

Université Jean Moulin – Lyon III

Faculté de droit

## L'ACCÈS À L'INFORMATION DANS L'UNION EUROPÉENNE

Thèse pour le Doctorat en Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 18 décembre 2004

par

Monsieur Claudio Parisi

### **Directeurs de thèse :**

Mme Christiane Alibert,	Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Thierry Debard,	Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III

### **Membres du jury :**

Mme Christiane Alibert,	Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Roberto Caranta,	Professeur à l'Université de Torino (Italie)
M. Thierry Debard,	Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Guy Guillermin,	Professeur à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble II
Mme Nicole Lerousseau,	Professeur à l'Université François Rabelais, Tours



Université Jean Moulin – Lyon III

Faculté de droit

## L'ACCÈS À L'INFORMATION DANS L'UNION EUROPÉENNE

Thèse pour le Doctorat en Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 18 décembre 2004

par

Monsieur Claudio Parisi

### **Directeurs de thèse :**

Mme Christiane Alibert,	Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Thierry Debard,	Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III

### **Membres du jury :**

Mme Christiane Alibert,	Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Roberto Caranta,	Professeur à l'Université de Torino (Italie)
M. Thierry Debard,	Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III
M. Guy Guillermin,	Professeur à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble II
Mme Nicole Lerousseau,	Professeur à l'Université François Rabelais, Tours



*L'Université Jean Moulin-Lyon 3 n'entend accorder aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



*A Juliette, Clara, Elena, Charlotte,*

*et Anne*

Je tiens avant tout à remercier Madame Christiane Alibert, Maître de Conférences à l'Université Lyon 3, pour m'avoir fait l'honneur de bien vouloir être ma Directrice de thèse, pour les bons conseils qu'elle m'a prodigués et pour sa disponibilité.

Je tiens également à remercier Monsieur Thierry Debard d'avoir accepté d'être mon co-directeur de thèse, pour les bons conseils qu'il m'a prodigués et pour sa disponibilité.



*«Toutes les actions relatives au droit d'autrui,  
dont la maxime n'est pas susceptible de publicité, sont  
injustes.»*

Immanuel Kant  
*Projet pour la paix perpétuelle*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Immanuel KANT, *Projet pour la paix perpétuelle (1796)*, Traduction d'un auteur anonyme, Pléiade, Gallimard, Tome III, Œuvres philosophiques, Les derniers écrits, 1986, p. 377.



# TABLEAU DES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AJDA	Actualités juridiques de droit administratif
Al.	Alinéa
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Article
a. v.	Ancienne version
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Journal officiel)
BimSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BullCE	Bulletin des Communautés européennes
BUR	Bulletin officiel des régions
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale)
BVerfGE	Amtl. Slg der Entscheidungssammlung des BVerfG (Recueil officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtl. Sammlung der Entscheidungen des BverwG
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CASS	Cour de cassation
CCDH	Comité directeur pour les Droits de l'homme
CCSDN	Commission consultative du secret défense nationale
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme (également ConvEDH)
CEE/NU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Cons. St.	Consiglio di Stato
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
D	Recueil Dalloz (depuis 1945)
DC	Décisions du Conseil constitutionnel français concernant la conformité à la Constitution (art. 54 et 61)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789
DEDH	Droit européen des droits de l'homme
DIDH	Droit international des droits de l'homme
D.M.	Décret ministériel
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DPR	Décret du Président de la République
DuD	Datenschutz und Datensicherung
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Ed.	Edition
EDCE	Étude et documents du Conseil d'État.

EuGRZ	Europäische Grundrechte - Zeitschrift
EuR	Europarecht
Europol	Europäisches Polizeiamt
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIDE	Fédération internationale de droit européen
For. It.	Il Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GU	Gazzetta Ufficiale
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
INPS	Institut national pour la prévention sociale (Italie)
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale
JEV	Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
LPA	Les Petites Affiches
n. v.	Nouvelle version
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OGM	Organisme génétiquement modifié
ONU	Organisation des Nations Unies
P	Page
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PNR	Passenger Name Record
Pt	Point
RDH	Revue des droits de l'homme
RDI	Rivista di diritto internazionale
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDS	Revue du droit suisse
Rec.	Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (depuis le 1 <sup>er</sup> janvier 1996) ; aussi, selon contexte, Recueil des arrêts de la CIJ, de la CJCE, des décisions du Conseil d'État (Rec. Lebon), des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Leb.	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)
REDP/EPLR	Revue européenne de droit public / European Public Law Review
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de sciences politiques
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RJC	Recueil de Jurisprudence constitutionnelle

RMC (RMCUE)	Revue du Marché commun (devenue : Revue du marché commun et de la communauté européenne)
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDP	Rivista trimestriale di diritto pubblico
SID	Système d'information des douanes
SIS	Système d'information Schengen
Spec.	Spécialement
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StUG	Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
TA	Tribunal administratif
TAR	Tribunale amministrativo regionale
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TPI	Tribunal de première instance
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
UEO	Union de l'Europe occidentale
UIG	Umweltinformationsgesetz
URP	Uffici relazioni con il pubblico
V.	Voir
Verf.	Verfassung (constitution)
VerfSchG	Verfassungsschutzgesetz
Vol.	Volume
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



# PLAN SOMMAIRE

<b>TABLEAU DES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>3</b>
<b>PLAN SOMMAIRE .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>9</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE LE DROIT D'ACCES GENERAL A L'INFORMATION ADMINISTRATIVE DANS L'UNION EUROPEENNE .....</b>	<b>25</b>
<b>TITRE I LE DROIT D'ACCES GENERAL AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS DANS L'UNION EUROPEENNE .</b>	<b>27</b>
<b>CHAPITRE I La transparence administrative au niveau communautaire.....</b>	<b>29</b>
<b>CHAPITRE II La transparence administrative dans les systèmes juridiques français, italien et allemand .....</b>	<b>119</b>
<b>TITRE II LE DROIT D'ACCES A L'INFORMATION ENVIRONNEMENTALE DANS L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>240</b>
<b>CHAPITRE I La reconnaissance du droit à l'information environnementale par le droit international et le droit communautaire.....</b>	<b>244</b>
<b>CHAPITRE II L'accès à l'information environnementale dans les États membres, l'exemple français, allemand et italien.....</b>	<b>300</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE LE DROIT D'ACCES PERSONNEL A L'INFORMATION .....</b>	<b>350</b>
<b>TITRE I LE DROIT D'ACCES A L'INFORMATION GARANTI DANS LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES ...</b>	<b>352</b>
<b>CHAPITRE I: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit communautaire .....</b>	<b>354</b>
<b>CHAPITRE II: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit français, allemand et italien.....</b>	<b>378</b>
<b>TITRE II LE DROIT D'ACCES AUX DONNEES A CARACTERE PERSONNEL.....</b>	<b>442</b>
<b>CHAPITRE I Un contexte international favorable à la protection des données à caractère personnel .....</b>	<b>444</b>
<b>CHAPITRE II Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit français.....</b>	<b>488</b>
<b>CHAPITRE III Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit allemand .....</b>	<b>558</b>
<b>CHAPITRE IV Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit italien .....</b>	<b>600</b>

<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>666</b>
<b>ANNEXE I .....</b>	<b>670</b>
<b>ANNEXE II.....</b>	<b>673</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>676</b>
<b>JURISPRUDENCES.....</b>	<b>700</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>712</b>



## Introduction

La notion de droit d'accès à l'information, pour contemporaine qu'elle soit, était pourtant déjà contenue dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »<sup>1</sup>. Cette notion figure à la base de la République –*res publica*, la chose publique, qui appartient à tous.

Le droit d'accès à l'information, entendu comme le droit et la faculté garantissant l'accès à l'information administrative, constitue le principe de transparence dans les relations entre l'administration et les administrés. Le droit d'accès à l'information se rapproche du principe de transparence : il en constitue même l'élément central.

Ce droit d'accès s'inscrit dans un vaste débat contemporain sur la transparence administrative. Tout le monde est pour la transparence, mais à être trop populaire, le terme risque de ne plus avoir de signification précise. La transparence administrative est « un concept qui n'a pas fini d'être en vogue »<sup>2</sup> : comment oublier que la *Glasnost* était le Credo pour symboliser la fin du totalitarisme soviétique ?

C'est en effet le terme de transparence qui est utilisé dans le langage courant, alors qu'il n'est apparu que très récemment dans les textes législatifs. L'italien *trasparenza* ou l'allemand *Transparenz* proviennent eux aussi de la même origine, *Trans Parere*, laisser paraître à travers, même si *Öffentlichkeit* semble préféré en langue allemande pour désigner l'ouverture, la publicité. Cette expression de transparence administrative est donc plus utilisée que celle de droit d'accès à l'information administrative, alors que cette dernière indique plus précisément ce dont il s'agit. C'est bien cette expression - droit d'accès à l'information ou droit d'accès aux documents - qui est utilisée par le législateur pour indiquer des mesures ayant comme finalité de garantir la transparence administrative.

Interprété de manière stricte, le droit d'accès à l'information peut signifier la liberté de rechercher l'information. C'est ce que l'on appelle l'information passive. On qualifie ainsi l'attitude de l'administration qui ne fait que répondre à une demande d'information initiée par une personne extérieure. C'est en fait le droit dont dispose toute personne physique ou morale

---

<sup>1</sup> Article 15.

<sup>2</sup> N. LENOIR, «La transparence au service de la légitimité démocratique des institutions communautaires», in J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: Mythe ou principe juridique?* CEDORE, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 255-269 (p. 255).

de demander des informations auprès des autorités publiques concernées. Dans ce cas, les autorités publiques ont l'obligation de répondre à toute demande d'information (sauf dispositions légales prévoyant des exceptions au droit d'accès à l'information et justifiant ainsi, un refus de l'administration). L'autorité publique doit donc s'abstenir d'interférer avec les actions pour obtenir l'accès à l'information qu'elle détient. Mais selon une interprétation large, le droit d'accès à l'information signifie aussi un droit à recevoir l'information. On parle alors d'information active par laquelle on décrit l'attitude de l'administration qui va de sa propre initiative informer le public. Il s'agit donc du droit de tout citoyen de recevoir des informations sans avoir à effectuer de demandes ou de démarches préalables.

Pour faire une approche scientifique de la notion de droit d'accès à l'information, il faut distinguer les différentes étapes d'analyse de la notion. D'abord la notion philosophique et morale du droit d'accès à l'information, qui constitue la source matérielle de la formulation juridique de ce droit. La transparence a aussi une fonction politique : le droit d'accès à l'information est en effet le fruit des débats politiques et sociaux. Enfin, l'analyse du droit positif avec le mécanisme institutionnel de garantie qui s'y rattache. L'intervention du juriste porte sur l'aspect du droit positif, donc sur l'aspect juridique, qui est l'objet de ce travail. On ne peut cependant négliger les fondements philosophiques et moraux du droit d'accès à l'information et faire abstraction de l'environnement idéologique et politique.

La transparence, dans le sens du droit d'accès à l'information administrative, fait partie de l'histoire récente de nos démocraties et de la construction européenne. Selon Habermas, le principe de l'ouverture, *Öffentlichkeitsprinzip*, appliqué à la constitution républicaine constitue le principe organisateur (*Organisationsprinzip*) de l'État de droit libéral<sup>1</sup>. Au contraire, la notion de secret administratif a des origines beaucoup plus anciennes. Il est donc nécessaire de rappeler d'abord la confrontation historique entre secret et transparence dans le fonctionnement de l'État.

Le principe de droit d'accès à l'information entendu comme principe de transparence administrative est donc récent, contemporain même et se trouve en opposition avec la tradition du secret. La notion de secret, voire de mensonge, liée à la raison d'État, est solidement ancrée, et ce, depuis l'Antiquité. Lorsqu'il analyse le rôle qu'il confère aux gardiens – les dirigeants - dans la cité, Platon explique que ces derniers ne doivent pas hésiter à utiliser le mensonge pour le bien des hommes : « C'est à une quantité considérable de mensonges et de tromperies que nos dirigeants risquent de devoir recourir dans l'intérêt de

ceux qui sont dirigés »<sup>2</sup>. Le mensonge est donc nécessaire, il est même « utile »<sup>3</sup>. Cette idée a été reprise avec succès par différents auteurs. Au XVI<sup>e</sup> siècle, Montaigne cite ce passage de Platon : « Il dit (...) en sa *République* que, pour le profit des hommes, il est souvent besoin de les piper.»<sup>4</sup> et le justifie en distinguant le vrai de l'utile : « C'est la misère de notre condition, que souvent ce qui se présente à notre imagination pour le plus vrai, ne s'y présente pas pour le plus utile à notre vie.» Plus loin, il explique encore « Qu'il est besoin que le peuple ignore beaucoup de choses vraies et en croie beaucoup de fausses »<sup>5</sup>. ou que « Le bien public requiert qu'on trahisse et qu'on mente et qu'on massacre »<sup>6</sup>. Un siècle plus tard, Pascal, dans ses *Pensées*<sup>7</sup>, reprend également ce passage de Platon. De même, lorsqu'il analyse le pouvoir impérial, Tacite a introduit l'expression « *arcana domus* », « les secrets de la maison » : « Les secrets de la maison impériale ne doivent pas être révélés à tout venant : telle est la règle du pouvoir absolu et le système ne peut fonctionner que si l'on ne doit de comptes qu'à un seul »<sup>8</sup>.

Cette notion de pouvoir secret, justifiée par la raison d'État, a trouvé son apogée avec Machiavelli<sup>9</sup>. Au nom de la raison d'État, la politique doit s'envelopper de secret. C'est seulement à travers le secret qu'il est possible de garder l'ordre juridique : le secret est donc une nécessité pour l'exercice du pouvoir. D'où la conception d'un système politique où la sujétion de l'administré est le fruit d'un équilibre entre les passions, entre les intérêts contrastés soit des différentes parties du corps social, soit des dirigeants et des dirigés. Le secret est donc justifié par l'intérêt public au nom de la raison d'État. Ainsi le machiavélisme en politique consiste à placer la Raison d'État au-dessus des règles de la morale.

Dans le même sens, Hobbes énonce le principe *auctoritas non veritas facit legem*<sup>10</sup>. En effet, le philosophe justifie le pouvoir absolu du souverain pour garantir la paix. La paix

---

<sup>1</sup> J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Luchterhand, Berlin, 1965, p.121.

<sup>2</sup> PLATON, *La République*, livre V [459 c], traduction G. Leroux, éd. GF Flammarion, 2002, p. 277.

<sup>3</sup> PLATON, *La République*, livre II [382 d], op. cit., p. 160.

<sup>4</sup> MONTAIGNE, *Essais*, Tome I, Livre II, chapitre XII, éd. Garnier Frères, Paris, 1962, p.569. « Piper » signifie duper, tromper.

<sup>5</sup> MONTAIGNE, *Essais*, Tome I, Livre II, chapitre XII, op. cit., p. 597.

<sup>6</sup> MONTAIGNE, *Essais*, Tome II, Livre III, chapitre I, op. cit., p. 206.

<sup>7</sup> PASCAL, *Pensées*, section V, pensée 294, éd. Brunsvicg : « C'est pourquoi le plus sage des législateurs disait que, pour le bien des hommes, il faut souvent les piper. » Bordas, Paris, 1966.

<sup>8</sup> TACITE, *Annales*, I, VI, 3, Tome 1, Willeumier Pierre, Le Bonniec Henri, Hellegouarc'h Joseph, éd. BELLES LETTRES, 1997.

<sup>9</sup> MACHIAVELLI, *Le Prince*, (1513), traduit par Y. Lévy, G.F. Flammarion, 1980. Voir en particulier le chapitre XVIII.

<sup>10</sup> Voir HOBBS, *Léviathan*, (1651), trad. G. Mairet, chap. XXVI, « Des lois civiles », Paris, Gallimard (coll. « Folio Essais »), 2000 : « Dans une cité constituée, l'interprétation des lois de nature ne dépend pas des

ne peut être garantie que si le souverain monopolise le pouvoir public et que la sphère de la société civile se trouve neutralisée. Autrement dit, c'est parce que la souveraineté hobbesienne est personnelle qu'elle se dispense de toute justification rationnelle ou morale<sup>1</sup>.

Or, si les références à la nécessité du secret comme élément central du fonctionnement de l'État sont nombreuses, il est beaucoup plus difficile de trouver des références revendiquant la transparence comme élément indispensable du fonctionnement de l'État.

C'est seulement un peu plus d'un siècle après Hobbes que Kant bouleverse cette théorie du secret comme raison d'État, en considérant que c'est seulement si la société a la possibilité de contrôler le pouvoir politique que la paix peut être garantie. Kant condamne le principe du machiavélisme en politique en considérant que le secret des décisions est à l'origine des guerres possibles : au contraire, une démocratie qui fonctionne a besoin de la plus grande transparence. Cette nécessité n'est pas seulement politique pour Kant mais aussi morale<sup>2</sup>. En effet, pour Kant, la politique doit se soumettre à la morale car elle se trouve dans la sphère publique où doit régner le droit. Kant énonce ainsi le critère formel qui permet de juger de la subordination effective de la politique à la morale : ce critère se rapporte à la publicité (au sens de ce qui est rendu public), à la transparence. Kant constate en effet que toute politique qui est incompatible avec la publicité, la transparence : toute politique qui par conséquent requiert le secret, voire le mensonge, est nécessairement injuste : seul celui qui ne suit pas le droit doit absolument cacher son jeu. L'incompatibilité d'une politique avec la publicité est donc un signe infaillible d'injustice. D'où le principe suivant :

« Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité, sont injustes »<sup>3</sup>.

Mais ce principe ne signifie pas pour autant que tout recours au secret soit forcément synonyme d'injustice : une politique juste mais prudente peut préférer garder le secret par souci d'efficacité sans pour autant être injuste. Dans un tel cas, la publicité n'est pas exclue, elle est seulement écartée dans la mesure du possible. Et inversement, une politique injuste peut parfois choisir la transparence par calcul, pour se donner une apparence de justice. Ainsi, seule l'incompatibilité d'une politique avec la publicité est un critère infaillible d'injustice.

---

docteurs, des écrivains qui ont traité de philosophie morale, mais de l'autorité de la cité. En effet, les doctrines peuvent être vraies : mais *c'est l'autorité, non la vérité, qui fait la loi.* »

<sup>1</sup> Cf. E. TUCHSCHERER, « *Le Léviathan dans la doctrine de l'État de Thomas Hobbes : sens et échec du décisionnisme politique* », *Astérior*, Numéro 2, 15 juillet 2004, <http://asterion.revues.org/document93.html>.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 91 et s.

<sup>3</sup> I. KANT, *Projet pour la paix perpétuelle (1796)*, op. cit. p. 377.

De même, enfin, le seul signe infaillible d'une politique juste n'est pas la transparence, mais le besoin de la transparence : seule une politique qui est incompatible avec le secret et le mensonge est nécessairement juste parce qu'elle ne peut rien avoir à cacher. D'où le second principe qui est, lui, positif :

« Toutes les maximes qui pour avoir leur effet ont besoin de publicité, s'accordent avec la morale et la politique combinées »<sup>1</sup>.

On comprend donc que la publicité, à elle seule, n'est pas un critère suffisant : elle ne permet pas de juger avec certitude si une politique est juste ou non. Seules l'incompatibilité avec la publicité ou l'incompatibilité avec le mensonge et le secret sont des critères suffisants de l'injustice ou de la justice d'une politique. La règle de la transparence permet que les exigences de la morale soient mises en accord avec les pratiques de la politique.

Ainsi, la pensée de Kant est indispensable, voire révolutionnaire, parce qu'elle rappelle sainement que le droit à la transparence doit rester la priorité absolue de la politique. L'avènement de l'État constitutionnel moderne a proclamé le principe de transparence du pouvoir. Néanmoins, même l'État le plus démocratique protège toujours une sphère privée ou secrète, mais par rapport aux États décrits par Hobbes, Macchiavelli ou Tacite, le secret est devenu l'exception, réglementé par les lois qui n'autorisent pas une extension illégitime du secret. Il est indéniable que Kant a anticipé le concept et le besoin de transparence aujourd'hui reconnu par le Traité sur l'Union européenne comme élément central de la construction européenne : le « traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens »<sup>2</sup>.

Ainsi, le droit d'accès à l'information dans la société contemporaine constitue un idéal de fonctionnement que nous serons tenté de qualifier de démocratie participative. Comme Bobbio le précise, « la démocratie est la tentative de rendre visible le pouvoir à tous ; elle est ou devrait être le pouvoir en public, autrement dit cette forme de gouvernement dans laquelle la sphère du pouvoir invisible est réduite au minimum »<sup>3</sup>. La transparence qui implique un processus participatif a comme effet le renforcement de la démocratie, elle permet d'éviter

---

<sup>1</sup> I. KANT, *Projet pour la paix perpétuelle* (1796), op. cit. p. 382.

<sup>2</sup> Article premier, alinéa 2 Traité sur l'Union européenne.

<sup>3</sup> BOBBIO, VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, éd. Laterza, Bari, 2003, p. 100. Notre traduction.

«(...) l'opacité des circuits de décision..(...)»<sup>1</sup>. L'examen de l'influence de la transparence sur les systèmes juridiques impose de s'interroger sur la fonction du droit d'accès à l'information et sa capacité à identifier et à réaliser les fondements d'une société démocratique transparente. En effet, l'accès à l'information ne doit pas être considéré seulement comme un principe éthique, relevant de la doctrine de la vertu, mais aussi comme un principe juridique, concernant le droit des hommes.

L'accès à l'information est depuis plusieurs années au centre des débats politiques des gouvernements et organisations internationales. Ainsi, au niveau des États, le droit d'accès à l'information est toujours objet de discussions et réflexions<sup>2</sup> et est au centre de réunions internationales<sup>3</sup>. Au niveau de l'Union européenne, la transparence a fait objet de nombreuses discussions et déclarations, mais le point de départ peut être fixé au Traité sur l'Union européenne et plus précisément à la Déclaration n° 17 adoptée par la Conférence intergouvernementale<sup>4</sup>. La Déclaration n° 17 est en effet relative au « *droit d'accès à l'information* ». Ainsi, pour la première fois est affirmé « au niveau politique » que « *la transparence du processus renforce le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration* ». Par la suite, la transparence est devenue l'un des thèmes de réflexion des Conseils européens<sup>5</sup>. Au niveau du Conseil de l'Europe, l'accès à l'information est au centre des travaux les plus récents<sup>6</sup>. Les débats et réflexions ont tous insisté sur la nécessité de garantir un droit d'accès à l'information et de permettre une pleine participation du citoyen aux activités de la société pour garantir le caractère démocratique de

---

<sup>1</sup> CE, «La transparence dans la vie publique »rapport public 1995, *La documentation française* 1996, p. 33.

<sup>2</sup> Voir le Colloque organisé par la CADA sur la transparence et secret en octobre 2003, et le Sommet symposium Informationsfreiheit en 2004 à Düsseldorf organisé par le délégué du *Land* pour la protection des données et la liberté d'information. Ces colloques montrent que la transparence est toujours d'actualité.

<sup>3</sup> Voir le XVIIIème Congrès FIDE (Fédération internationale de droit européen) qui s'est tenu à Stockholm du 3 au 6 juin 1998. Parmi les sujets traités, une place centrale revenait à la transparence administrative, et en particulier à l'accès du public aux documents.

<sup>4</sup> Déclaration n° 17 annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992.

<sup>5</sup> La transparence est devenue l'un des thèmes de réflexion des Conseils européens Birmingham (V. le texte de la Déclaration de Birmingham, Une Communauté proche de ses citoyens, du 16 octobre 1992, publié in Bull. CE 10/1992, p. 9 ann.I.), Edimbourg (V. Déclaration 12 décembre 1992, Bull. CE 12/1992, p. 10. pt. I-5), Madrid (15-16 décembre 1995, conclusion de la présidence, Bull. 12/1995, pt. I-101, I-102, et I-106.), et Florence (21-22 juin 1996, Bull. UE, 6/1993, spéc.pt.I-7).

<sup>6</sup> V. REC. 854(1979) / 15 janvier 1982 Accès du public aux documents gouvernementaux et à la liberté d'information, et les Documents des rapporteurs RAP-INF(2000) 8 22 novembre 2000 Rapporteur sur la Politique d'information (RAP-INF) Progrès vers la transparence Propositions du Rapporteur sur la Politique d'information. Mais surtout, lors de la 850e réunion des Délégués des Ministres, le 3 septembre 2003, le Conseil de l'Europe a donné un mandat occasionnel au Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) en vue de

l'État et de l'Union européenne. Ainsi, le Conseil de l'Europe s'est également exprimé dans ce sens en reconnaissant la transparence de l'administration publique comme principe universel. Le 21 février 2002, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation (2002) 2 portant sur l'accès aux documents détenus par les autorités publiques<sup>1</sup>. Cela montre l'importance du droit d'accès acquis en dehors de l'Union européenne.

Ainsi, la transparence administrative constitue un idéal vers lequel toute démocratie aspire, afin que cette dernière soit réellement, pour reprendre l'origine du mot, le « pouvoir du peuple » au nom de la raison d'État.

Le titre choisi : « L'accès à l'information dans l'Union européenne » nécessite quelques précisions. (Le sujet est vague : il faut le limiter pour donner un sens précis.) Ainsi, l'étude du droit d'accès à l'information dans l'Union européenne doit être entendue comme l'analyse de la transparence administrative qui se réalise à travers le droit pour les citoyens d'accéder aux documents des administrations publiques des États membres en limitant cette étude au système juridique français allemand et italien et des institutions communautaires.

Dresser le bilan du droit d'accès à l'information n'a rien d'un exercice futile et simplement rhétorique. Au contraire, cette étude a l'intention de montrer que démocratie et accès à l'information — donc transparence — vont de pair et que, aujourd'hui, l'Union européenne, à travers le droit communautaire, permet de faire évoluer et d'améliorer les législations nationales dans le domaine du droit d'accès à l'information.

« Le droit à l'information est une reconnaissance de la dignité de l'homme ; il apparaît comme l'expression de la démocratie libérale »<sup>2</sup>, selon les mots du Doyen Claude-Albert

---

l'élaboration d'un projet d'instrument juridique contraignant sur l'accès aux documents publics (CM(2003)96) 22 juillet 2003).

<sup>1</sup> Le préambule de ce texte souligne « l'importance que revêtent, dans une société démocratique pluraliste, une administration publique transparente et la disponibilité immédiate d'informations sur les questions d'intérêt public ». Cette Recommandation montre en quoi il est nécessaire pour le citoyen que l'action des autorités publiques soit transparente: « Estimant qu'un large accès aux documents publics, sur une base d'égalité et en application de règles claires :

— permet au public d'avoir un aperçu suffisant et de se former une opinion critique sur l'état de la société dans laquelle il vit et sur les autorités qui le gouvernent, tout en favorisant la participation éclairée du public aux affaires d'intérêt commun ;

— favorise l'efficacité de l'administration et contribue à maintenir son intégrité, en évitant le risque de corruption ;

— contribue à affirmer la légitimité de l'administration en tant que service public et à renforcer la confiance du public dans ses autorités ; (...). »

<sup>2</sup>

C.-A. COLLIARD, *Libertés Publiques*, Précis Dalloz, Paris 7<sup>e</sup> éd., 1989, p. 398.

Colliard. C'est en effet à travers le droit d'accès à l'information que la participation de la société civile aux grands débats de la société est aussi garantie. Sans l'information, le citoyen ne pourrait pas évaluer les actions du gouvernement, mais aussi celles de l'administration publique. Ainsi, ce droit agit comme une forme de contrôle des citoyens sur les dirigeants politiques : tout homme doit avoir le droit de savoir et de recevoir des informations ; ainsi, l'homme n'est plus uniquement citoyen électeur passif, mais il devient également acteur et participe activement à la vie administrative<sup>1</sup>.

Il est dès lors important de se poser la question du rôle de l'information dans notre société (A) avant de s'interroger sur le concept de droit d'accès à l'information et sur sa mise en œuvre (B).

### A Le rôle de l'information

L'évolution dans les dernières décennies des technologies des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel a permis de bouleverser le paysage économique et social tant sur le plan juridique que politique. Le livre blanc de la Commission européenne sur la croissance, la compétitivité et l'emploi le souligne<sup>2</sup> comme aussi le rapport Bangemann sur l'Europe et la société de l'information planétaire<sup>3</sup>. Enfin, le rapport intermédiaire du Groupe d'Experts de Haut Niveau, mandaté par la Commission, a publié « Construire la Société Européenne de l'information pour tous » qui prend en considération les aspects sociaux et sociétaux de la Société de l'Information<sup>1</sup> : les autorités administratives doivent veiller à ce que l'information, au sens large, soit accessible à tous les citoyens. En effet, il ne suffit pas que les technologies de l'information aient permis de rendre un grand nombre de documents plus facilement accessibles, il faut également que les autorités publiques aient la volonté de permettre cet accès.

Mais la circulation des informations pose la question de la vie privée : elle est une des questions essentielles à résoudre dans la société de l'information. Les législations sur la

---

<sup>1</sup> Voir sur ce sujet le Rapport sur la mise en œuvre de la «La loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé», Commission d'accès à l'information du Québec, Novembre 2002, p. 5 et 6. Ce rapport est disponible sur le site Internet de la Commission à l'adresse suivante: [www.cai.gouv.qc.ca](http://www.cai.gouv.qc.ca).

<sup>2</sup> «Croissance compétitivité, emploi, défis et les pistes pour entrer dans le XX<sup>e</sup> siècle», COM 593<sup>o</sup> 700, Supplément 6/93 Bull.CE.

<sup>3</sup> L'Europe et la société de l'information planétaire, Recommandation au Conseil européen, Bruxelles.



protection de la vie privée n'ont plus comme seul objectif de rendre transparentes des banques des données constituées *a priori* sur l'individu, mais bien de protéger ce dernier vis-à-vis d'utilisations possibles des données. L'information peut donc aussi représenter un danger dans le cas de la protection de la vie privée. Si les réglementations sur la vie privée permettent une protection de plus en plus efficace, en même temps le caractère international de la circulation de l'information rend compliquée l'application de telles réglementations. Le développement des techniques d'élaboration des informations permet en effet un accès en plus en plus rapide et vaste à ces informations. L'Union européenne a effectué un pas décisif dans la bonne direction avec l'adoption de la directive européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>2</sup>.

Ainsi, l'information a acquis une importance fondamentale. De plus, dans la société, l'information a également une fonction d'éclaircissement importante. Par exemple, la protection de l'environnement concerne la population entière et exige l'accessibilité et la publication des informations et des documents administratifs sur ce sujet. L'information correspond alors à une pression accrue du corps social à l'égard de l'administration et signifie alors plus de transparence : elle a une fonction de contrôle dans la mesure où elle oblige les autorités publiques à motiver les prises de décision. Les citoyens modernes mieux informés ne veulent plus obéir sans connaître<sup>3</sup>. Le citoyen a un droit de savoir, de contrôler : il est désormais un acteur et non un spectateur de la vie publique. Dans la plupart des administrations modernes, le concept passif d'administré est progressivement remplacé par le terme d'utilisateur.

---

<sup>1</sup> «Construire la Société européenne de l'Information pour tous» *Rapport intermédiaire du Groupe d'Experts de Haut Niveau*, janvier 1996.

<sup>2</sup> Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> C. DEBBASCH (sous la direction de), *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, Editions du CNRS, Paris 1990, p. 331 (p.11).

## 1 Ambivalence de l'information : Moyen de contrôle et instrument potentiel de danger

Dans l'État de droit, la Constitution, qui définit notamment les droits fondamentaux, implique, pour les organes de l'État, le devoir d'agir, dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés, pour favoriser le plein exercice et la concrétisation des libertés individuelles. C'est surtout au législateur qu'il appartient de définir les règles régissant l'accès à l'information en tant que moyen absolument indispensable à l'exercice des droits fondamentaux. L'accès à l'information comprend le droit de s'informer aux sources généralement accessibles à chacun et celui de disséminer librement l'information à l'intérieur du corps social. Ces valeurs sont valables aussi pour la Communauté européenne. En effet, dans le cadre communautaire et selon une jurisprudence maintenant bien assise, « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect ». En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour se considère tenue de s'inspirer « des traditions constitutionnelles communes aux États membres »<sup>1</sup>. Cette jurisprudence a créé, dans le droit communautaire, une large ouverture en faveur d'une partie extrêmement importante des traditions démocratiques des États membres<sup>2</sup>. Le système communautaire, afin de pouvoir fonder son efficacité sur des bases solides et de conférer à la Communauté le seul titre de légitimité formelle qui assurera définitivement sa place au milieu d'un ensemble de collectivités politiques démocratiques fondées sur la légitimité démocratique, nécessite de définir des règles qui régissent la transparence, dont fait partie l'accès à l'information.

Ainsi, l'information est un moyen de contrôle « dès lors que la liberté de s'informer implique nécessairement un *positivum* de l'État »<sup>1</sup>, en ce sens que les pouvoirs publics, mais surtout l'exécutif, en favorisent l'exercice en informant le citoyen sur leurs activités. Ce droit, le citoyen doit pouvoir l'exercer de façon directe, par exemple en assistant à une audience publique, ou en demandant des renseignements ou des documents à l'administration sur un problème donné. La publication des informations sur l'exercice de la souveraineté est nécessaire afin de permettre la prise de connaissance de la part de la population. Si un acte de souveraineté est rendu public, il crée automatiquement une pression légitime sur le pouvoir

---

<sup>1</sup> CJCE, arrêt Nold du 14-5-1974.

<sup>2</sup> P. PESCATORE, « L'exigence de la démocratie et la légitimité de la Communauté Européenne », in *Cahiers de Droit Européen*, 1974, Bruxelles, p. 512-514.

qui a agi dans l'intérêt public. Cette pression oblige de motiver cette décision et empêche dans le futur une déviation de la décision prise.

Mais ce droit d'accès à l'information ne saurait être toutefois absolu : il trouve ses limites dans les droits d'autrui et c'est tout le problème de la protection de la sphère privée. L'utilisation de l'information de façon incorrecte peut représenter un danger pour la vie privée du citoyen<sup>2</sup>. Pour faire face à ces dangers, la plupart des pays démocratiques ont des lois pour protéger le traitement des données personnelles. Ces lois (« informatique et liberté » en France, « *Datenschutz* » en Allemagne, « *legge sulla privacy* » en Italie) ont comme fonction d'empêcher l'accès aux données de la part de tiers et de préserver la vie privée de chaque individu.

De plus, ce n'est pas seulement la sphère de la vie privée qui doit être protégée, mais aussi la vie en société. Il y a des informations que l'État a le droit, ou même le devoir, de ne pas divulguer pour assurer sa propre survie : il s'agit des secrets militaires et des secrets d'État. Ces secrets doivent être protégés, sans qu'il soit toutefois toujours aisé de faire la différence entre ce qui est vraiment secret et les dossiers que l'administration protège et considère confidentiels pour de pures raisons de convenance personnelle.

## 2 L'information comme facteur économique

Par ailleurs, la façon selon laquelle l'information est collectée, distribuée et rendue accessible est l'élément fondamental pour l'économie, pour la société et les systèmes politiques<sup>3</sup>. Dans une authentique démocratie, il faut une communication aussi transparente que possible. Pour l'économie, l'évaluation des risques et l'élaboration des nouveaux produits dépendent en grande partie d'une information correcte des marchés et des consommateurs : concernant par exemple la protection de l'environnement, il faut informer l'utilisateur sur les produits qu'il consomme et sur leur respect éventuel de l'environnement.

L'information est donc, après le travail, le capital et la terre, le quatrième facteur productif de l'économie de marché<sup>4</sup>. Les organismes publics rassemblent et conservent un volume d'informations émanant du secteur public qui vont des données financières et

---

<sup>1</sup> Th. FLEINER, «Demokratie und Informationsfreiheit», *RDS*, 1970, vol.III, p. 376.

<sup>2</sup> H. ZEANEK: *Weltmacht Computer, Weltreich der Information*, Esslingen/München, 1991.

<sup>3</sup> W. Dohr: öffentliche Information und privater Informationsmarkt, Bedingungen eines Brückenschlages, Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, österreichisches Datenschutzkommission,

<sup>4</sup> K. STEINBUCH: « Über den Wert von Informationen », *GRUR*, 1987, 579 ff.

géographiques aux données touristiques. Ces informations pourraient constituer une mine de renseignements extrêmement riche pour les produits et les services d'information nouveaux<sup>1</sup>.

## B Le concept de droit d'accès à l'information et sa mise en œuvre

Cette analyse se limite à trois principes pour approfondir le concept de droit d'accès à l'information. Le premier, le droit de savoir ce qui se passe à l'intérieur de l'administration ; le deuxième, le droit de contrôler le bon fonctionnement de l'administration et donc de vérifier la légalité et l'opportunité des décisions administratives ; enfin le dernier, le droit de l'administré d'être un acteur et non un spectateur. Avec ces trois principes, « le concept passif d'administré est progressivement remplacé par le terme d'utilisateur »<sup>2</sup>, pour reprendre l'expression du Professeur Debbasch.

Ces principes sont mis en œuvre à travers les lois qualifiées de lois de « troisième génération des droits de l'homme »<sup>3</sup>, composées de deux droits aux fondements distincts. D'une part, le droit d'accès général à l'information qui consiste à prendre connaissance des données d'intérêt général et qui permet à l'administré d'être acteur, et non plus simplement spectateur de la vie administrative. Il s'agit donc d'un véritable droit à l'information des administrés. D'autre part, le droit d'accès personnel à l'information grâce auquel le citoyen soucieux de préserver ses intérêts privés a accès aux données qui sous-tendent les décisions des autorités publiques préjudiciables à ses intérêts. L'accès à l'information se retrouve alors comme ayant deux fonctions, d'une part respecter les impératifs de la procédure équitable et des droits de la défense, d'autre part, permettre le respect de la vie privée, eu égard en particulier aux données à caractère personnel.

Comme le relevait la Cour de justice des Communautés européennes, « la réglementation interne de la majorité des États membres consacre désormais de manière générale, à titre de principe constitutionnel ou législatif, le droit d'accès du public aux documents détenus par les autorités publiques »<sup>4</sup>. Les ordres juridiques des États membres consacrent généralement, sous l'une ou l'autre forme, un droit d'accès du public aux

---

<sup>1</sup> Leur valeur économique est estimée dans l'Union européenne à 68 milliards d'euros. La Commission propose une nouvelle directive sur l'exploitation de l'information émanant du secteur public, IP/02/814 5 juin 2002.

<sup>2</sup> C.DEBBASCH (sous dir.), *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, éd. CNRS, Paris, 1990, p. 231.

<sup>3</sup> G.BRAIBANT, *Droit d'accès et droit à l'information*, *Mélanges Charlier*, 1979, p. 703.

<sup>4</sup> Cf. CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, aff. C-58/94, Rec.1996 p. I-2169.

informations détenues par l'administration. Dans plusieurs États membres, ce droit est concrétisé par des règles relatives à l'accès du public aux documents officiels. Le droit d'accès aux documents s'impose aujourd'hui dans un grand nombre d'États (on en compte dans le monde plus de cinquante) qui ont traduit le principe de transparence administrative publique dans une loi garantissant le droit d'accès à l'information<sup>1</sup>. Dans la plupart des États membres de l'Union européenne, le droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques est érigé en principe général du droit administratif, et, dans certains pays, comme un droit fondamental garanti au niveau constitutionnel<sup>2</sup>.

On constate dans les différentes législations que les lois n'ont pas été prises en même temps : les lois relatives à la protection des données ont été prises avant celles relatives au droit d'accès général. Cela est souvent source d'incompatibilités entre les deux, voire parfois de conflits. De plus, le choix des États n'ont pas été les mêmes. Ainsi, à l'intérieur de l'Union européenne, on trouve une multitude de situations différentes dans le domaine du droit d'accès à l'information. Au sein de l'Union européenne, deux cultures administratives s'affrontent, que le commissaire européen M Joan de Deus Pinheiro décrit ainsi : « Il y a deux tendances en Europe. L'une, que je qualifierais de napoléonienne, où tout est secret, sauf ce qui est public. et l'autre selon laquelle tout est public, sauf une partie très limitée qui, pour diverses raisons, doit être tenue secrète »<sup>3</sup>. Le Danemark, les Pays-Bas, la Finlande et la Suède représentent en effet une pratique ouverte de l'administration, qui devrait être rangée dans la première catégorie, tandis que le Royaume-Uni, l'Allemagne la France, la Belgique, l'Italie et le Luxembourg constituent le noyau d'une tradition administrative plus fermée.

Certains ont une forte tradition dans le domaine du droit d'accès à l'information, comme c'est le cas de la Suède qui a reconnu depuis 1766 avec la Loi fondamentale sur la liberté de la Presse, une des lois fondatrices de la démocratie suédoise, un droit d'accès aux

---

<sup>1</sup> Albanie, Arménie, Australie, Autriche, Belgique, Belize, Bosnie Herzégovine, Bulgarie, Canada, Colombie, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Inde, Irlande, Italie, Jamaïque, Japon, Corée du sud, Liechtenstein, Lituanie, Mexico, Moldavie, Hollande, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pakistan, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Afrique du Sud, Espagne, Thaïlande, Trinidad et Tobago, Ukraine, Royaume-Uni, États-Unis, Ouzbékistan, Zimbabwe. Au contraire, en Suisse il n'existe actuellement aucune loi qui accorde aux citoyens un droit général à l'information. Pour une liste exhaustive avec les textes législatifs des États ayant promulgué une loi relative à la transparence administrative, voir Freedom of information and access to government record laws around the World, [www.freedominfo.org](http://www.freedominfo.org).

<sup>2</sup> Voir ANNEXE II.

<sup>3</sup> I.CALRLBERG, «L'opaque transparence de l'Union européenne», Le Monde diplomatique, juin, 1997, p. 32.

documents<sup>1</sup>. D'autres pays, comme la France, ont reconnu un droit d'accès général aux documents administratifs, mais dans une période beaucoup plus récente. D'autres ont fait un choix moins général comme l'Italie où le législateur a fait le choix de reconnaître le droit d'accès si la personne peut démontrer avoir un intérêt pour la protection de situations juridiquement importantes « *situazioni giuridiche rilevanti* ». Le choix du législateur a donc été de considérer le droit d'accès comme une forme de protection pour des intérêts personnels. Enfin, l'Allemagne a fait le choix de ne pas accorder au citoyen un droit d'accès général à l'information au niveau fédéral, mais certains *Länder* ont au contraire fait le choix de le garantir.

Or, pour la construction européenne, la diversité des approches nationales dans le domaine du droit d'accès à l'information peut constituer un obstacle à l'achèvement du marché intérieur, lorsque les différences entre les règles et pratiques nationales entravent le bon fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, dans le cas dans le domaine de l'environnement, la Communauté européenne considère que l'existence de disparités entre les législations en vigueur dans les États membres concernant l'accès à l'information en matière d'environnement détenue par les autorités publiques peut créer, au sein de la Communauté, une inégalité dans l'accès à l'information et/ou dans les conditions de concurrence ; et que donc il est nécessaire de garantir à toute personne, physique ou morale, dans l'ensemble de la Communauté, la liberté d'accès à l'information<sup>2</sup>. Il en est de même dans le domaine des droits fondamentaux des personnes concernées : en particulier si leur droit à la vie privée n'est pas protégé au niveau communautaire, la circulation transfrontalière des données pourrait être entravée<sup>3</sup>.

Ainsi, l'adoption d'une initiative au niveau communautaire a comme objectif d'arriver à un degré minimal d'harmonisation du cadre juridique relatif au droit d'accès à l'information pour permettre la réalisation du marché commun. Par conséquent, pour réaliser le marché unique, le droit communautaire est à la base d'un processus de mutation du droit national dans le domaine du droit d'accès à l'information qui était caractérisé jusqu'alors par la permanence des logiques nationales et donc par une autonomie de l'évolution du droit d'accès

---

<sup>1</sup> L'article 10 de cette Loi fondamentale garantissait le droit pour chacun de consulter et de publier, en règle générale, tout acte et mémorial administratif détenu par les autorités publiques. Pour un approfondissement sur le système suédois, voir , U. ÖBERG, *EU Citizen's Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 2, 1999, s. 303-328.

<sup>2</sup> Directive 90/313/CEE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement *Journal officiel n° L 158 du 23/06/1990 p. 0056 - 0058* considérant 5.

<sup>3</sup> Voir COM(90) 314 final - SYN 287 et 288, 13 septembre 1990, page 4.

à l'information. Cela dit, les mutations du droit d'accès à l'information n'ont pas seulement touché les États membres, mais concernent depuis une dizaine d'années également les travaux des institutions européennes.

En effet, depuis que la construction européenne n'a plus seulement un caractère économique, mais, comme l'affirme le Traité sur l'Union européenne, que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (...)», le droit d'accès à l'information a acquis un rôle central dans la construction européenne. Sur le plan normatif, c'est le Traité d'Amsterdam qui a concrétisé le droit d'accès à l'information en garantissant à tout citoyen de l'Union un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>1</sup>.

L'évolution du droit d'accès à l'information au niveau de l'Union européenne montre que le droit communautaire s'est largement inspiré des législations des États membres, mais que désormais c'est le droit communautaire qui apporte des mutations des droits des États membres dans le domaine du droit d'accès à l'information. En l'espèce, on assiste à la dénationalisation du droit d'accès à l'information à travers l'emprise du droit communautaire, ce qui confirme l'emprise du droit communautaire sur le droit administratif national, comme l'affirme le Professeur Chapus. Selon ce dernier, en effet, l'emprise du droit communautaire sur le droit administratif français «*paraît ne pas devoir connaître de limites ou de limites certaines*» et elle est «*susceptible d'emporter tout particulièrement la dénationalisation du droit administratif*»<sup>2</sup>.

De plus, là où le droit d'accès à l'information a pu s'affirmer, il a constitué une mutation fondamentale du droit administratif, et pour le citoyen, cela a créé une liberté nouvelle. C'est donc principalement à travers la liberté d'accès aux documents administratifs que le droit d'accès à l'information s'est réalisé, même si on ne peut limiter le droit d'accès à l'information au seul accès aux documents administratifs. Comme le montrent le Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>1</sup> ainsi que la Charte des droits fondamentaux, le droit d'accès à l'information est désormais reconnu comme un droit fondamental. Le Conseil de l'Europe suit cette logique, puisqu'il est actuellement en train d'élaborer un texte contraignant dans le domaine du droit d'accès à l'information. Par conséquent, ce droit

---

<sup>1</sup> TCE, article 255.

<sup>2</sup> Professeur CHAPUS, «L'administration et son juge. Ce qui change », p. 275 dans :*Étude et Documents* n°43, 1992, Conseil d'État, La Documentation Française.

renforce non seulement la conception de l'Union européenne comme *Communauté de droit* qui accepte de se soumettre à un contrôle permanent de ses citoyens, mais aussi la légitimité des autorités investies du pouvoir décisionnel »<sup>2</sup>. Ce droit, au niveau de l'Union européenne, « n'est plus un mythe, mais représente une valeur culturelle essentielle dans une société où le droit de savoir correspond à une profonde aspiration »<sup>3</sup>. Le droit d'accès aux documents constitue désormais « un principe démocratique qui est l'un des éléments de la construction communautaire »<sup>4</sup>.

La reconnaissance récente d'un droit d'accès général aux documents dans l'Union européenne conduit d'abord à regarder au-delà des frontières, à se poser la question des points communs et des différences dans les solutions retenues par les différents droits administratifs en matière d'accès à l'information et à s'interroger sur la place du droit d'accès général à l'information (Partie I). Il s'agira ici d'examiner le droit d'accès général à l'information garanti par les systèmes juridiques communautaire et nationaux (français, italien et allemand) à travers la reconnaissance d'un droit d'accès général aux documents, donc d'analyser « la transparence administrative comme fonction de contrôle social »<sup>1</sup>. Ce droit d'accès général revient à tous les citoyens (*erga omnes*). Ensuite, l'étude du droit d'accès personnel à l'information (Partie II), qui revient aux intéressés (*erga partes*), fera apparaître ce droit d'accès rattaché d'une part au droit de la défense garanti dans la procédure administrative non contentieuse, et d'autre part lié au respect de la vie privée à travers le droit d'accès aux données à caractère personnel. L'étude permettra de mettre en évidence les différences existant entre les droits nationaux et communautaire ainsi que l'originalité du mécanisme d'harmonisation du droit d'accès à l'information dans l'Union européenne, permettant une évolution progressive de la transparence dans toutes les phases du processus administratif.

---

<sup>1</sup> Signé à Rome 29 octobre 2004 par les Chef d'États et de gouvernements.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens N.LENOIR, «La transparence au service de la légitimité démocratique des institutions communautaires», in J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: Mythe ou principe juridique?* CEDORE, L.G.D.J., Paris. 1998, p. 255-269 (p. 261).

<sup>3</sup> N.LENOIR, «La transparence au service de la légitimité démocratique des institutions communautaires», in J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: Mythe ou principe juridique?* CEDORE, L.G.D.J., Paris. 1998, p. 255-269 (p. 269).

<sup>4</sup> Selon les termes employés par l'avocat général dans l'affaire CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, aff. C-58/94, Rec.1996 p. I-2169.



## PREMIÈRE PARTIE

### **Le droit d'accès général à l'information administrative dans l'Union européenne**

L'étude du droit d'accès général à l'information suppose que soit d'abord précisé de quelle façon est garanti le droit d'accès général aux documents dans l'Union européenne (*I<sup>er</sup> Titre*). Il s'agira ici de rechercher les fondements du droit d'accès aux documents garanti par le droit communautaire, et au niveau national (français, allemand et italien), la place de ce droit, la spécificité et les différences existant entre les différents systèmes, avant de constater comment le droit communautaire permet l'harmonisation du droit d'accès à l'information, comme c'est le cas du droit d'accès à l'information en matière d'environnement (*II<sup>e</sup> Titre*). L'étude du droit d'accès à l'information environnementale permettra de mettre en évidence l'originalité et l'efficacité du mécanisme communautaire d'harmonisation.

---

<sup>1</sup> G. COGLIANDRO, «Il diritto di accesso alle informazioni ambientali», *Rivista trimestriale di Scienza dell'amministrazione*, n. 1, 1993, p. 29-66.



# **TITRE I**

## **Le droit d'accès général aux documents administratifs dans l'Union européenne**

La notion de droit d'accès général aux documents est apparue sur la scène communautaire il y a seulement une dizaine d'années et ce, à la suite de pressions de pays comme les Pays — Bas et le Danemark, soucieux de rendre les travaux des institutions européennes plus proches des citoyens et donc plus transparents. La transparence n'est pas un « cadeau » des institutions aux citoyens, comme l'a affirmé le Parlement européen dans son rapport sur la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen<sup>1</sup>, mais simplement l'exercice de l'obligation, inscrite dans le traité instituant la Communauté européenne, d'arrêter des décisions dans le respect des principes démocratiques de transparence et de contrôle, définis à l'article premier du traité sur l'Union européenne. Ainsi, il convient de déterminer dans quelle mesure la transparence administrative est reconnue au niveau communautaire (Chapitre I) et de voir de quelle façon la transparence administrative existe au niveau national à travers l'analyse des systèmes juridiques français, italien et allemand (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> Rapport du Parlement européen, sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission) - Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures. Rapporteur: CASHMAN Michael A5-0318/2000, Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures PE 285.961/DEF.



## **CHAPITRE I La transparence administrative au niveau communautaire**

La notion de transparence est souvent utilisée dans le langage communautaire où elle désigne la clarté de fonctionnement des institutions communautaires<sup>1</sup>. Elle est liée aux demandes variées concernant un accès plus large pour le citoyen à l'information et aux documents de l'Union européenne, une participation accrue à la prise de décision ainsi qu'une meilleure lisibilité des textes (simplification des traités, consolidation et meilleure qualité rédactionnelle des textes législatifs). Le manque de transparence est souvent évoqué pour traduire un sentiment généralisé à l'égard d'institutions européennes lointaines et secrètes et de procédures de décision difficiles à comprendre pour le citoyen européen. Ainsi, le droit d'accès aux documents est l'expression essentielle du principe de transparence administrative, codifié par le traité CE.

L'analyse du concept de transparence administrative appliqué aux institutions communautaires concernera d'abord le droit d'accès aux documents dans l'Union européenne (Section I), puis les garanties du droit d'accès aux documents (Section II) et enfin les mesures d'information générales prévues par le Traité instituant la Communauté européenne (Section III).

---

<sup>1</sup> Il est difficile de trouver en droit français, italien et allemand une définition de la transparence. Selon J. CHEVALLIER, la transparence doit être considérée comme un « effort de rapprochement » de l'administration par rapport aux citoyens à travers une « véritable politique d'information et de diffusion ». Ainsi l'administration est « amenée à renoncer à l'hermétisme et à l'ésotérisme, à simplifier ses procédures, afin de se rendre accessible à tous » J.CHEVALLIER, *Sciences administratives*, P.U.F., 2ème éd., Paris, 1994, p. 420 et s.

## **SECTION I Le droit d'accès aux documents dans l'Union européenne**

La possibilité d'accéder aux documents des autorités publiques constitue une source essentielle d'information pour le citoyen. Le droit communautaire reconnaît au bénéfice des citoyens un véritable droit d'accès aux documents des institutions européennes à travers l'article 255 TCE, sous réserve des principes et des conditions qui sont d'une part fixées par le législateur communautaire<sup>1</sup>, c'est-à-dire par le Parlement européen et le Conseil<sup>2</sup>, et, d'autre part, par chaque institution visée par le droit d'accès qui élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents<sup>3</sup>. Afin d'évaluer la portée du droit d'accès aux documents dans l'Union européenne, il convient de rappeler le cadre juridique initial du régime communautaire de l'accès aux documents (§1) avant d'analyser la reconnaissance juridique explicite par le Traité d'Amsterdam du droit d'accès aux documents (§2).

### **§1 Le cadre juridique initial du régime communautaire de l'accès aux documents**

Si, dans les Traités institutifs la transparence n'était pas complètement absente, elle se limitait à des règles de procédure et de forme, destinées à assurer la coopération entre les institutions communautaires et les administrations nationales<sup>4</sup>. Mais la Communauté européenne a tardé à reconnaître un principe de publicité au niveau européen. La consécration par la CJCE de certains principes généraux du droit, comme le principe du respect des droits de la défense et de la sécurité juridique, ainsi que les obligations de publicité et de motivation

---

<sup>1</sup> En conformité avec le §2 de l'article 255 TCE.

<sup>2</sup> Agissant en codécision selon l'article 251 TCE.

<sup>3</sup> Décision du Conseil 2002/682/CE, Euratom du 22 juillet 2002 portant adoption de son règlement intérieur, J.O. L. 230 du 28 août 2002, p. 23

Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur JO n° L 345 du 29/12/2001 p. 94-98.

Décision du 28 novembre 2001 du Bureau du Parlement européen, J.O. C 374 du 29 /12/2001, p. 1.

<sup>4</sup> L'article 10 TCE impose une obligation de transparence à la charge des États membres envers les institutions, comme à la charge de ces dernières envers les États membres. Cette coopération impose, notamment aux États membres, de respecter les obligations générales et spécifiques d'information qui pèsent sur eux. Voir dans ce sens: CJCE 25 mai 1982, Commission contre Pays-Bas, aff. 96/81, Rec. p. 1791 ; V.J. Rideau, «La transparence administrative dans la CEE», *Ann.eur.adm. publ.* vol. XIII, 1989, p. 238 ss.

des actes ont permis à la transparence d'être déjà à certains égards présente dans le fonctionnement de la Communauté européenne. Mais celle-ci était uniquement destinée à garantir l'efficacité du fonctionnement de la Communauté et ne concernait pas le citoyen comme observateur de l'action des institutions communautaires. Un changement radical intervient seulement à partir des années 90: la question de l'accès des citoyens aux documents des institutions communautaires est devenue d'actualité. Le point de départ du droit d'accès aux documents des institutions communautaires est le Traité de Maastricht<sup>1</sup> qui, lors de son adoption le 15 décembre 1991, consacrait pour la première fois le terme « transparence ». Mais ce n'est pas le Traité lui-même qui a consacré le terme, c'est la Déclaration n° 17, relative au « droit d'accès à l'information », annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne qui marque le début d'une véritable politique de transparence communautaire. Cette Déclaration est importante, car elle affirmait pour la première fois le souci au niveau communautaire de garantir un droit d'accès à l'information des institutions pour « renforcer le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration communautaire et la construction européenne »<sup>2</sup>. Mais si cette Déclaration ne fait pas partie du Traité lui-même et donc n'a aucun caractère contraignant, elle constitue néanmoins la « première impulsion politique »<sup>3</sup> pour rendre le fonctionnement de l'Union européenne plus transparent.

Depuis, l'Union européenne n'a cessé d'évoluer dans le domaine de la transparence, et les déclarations (politiques)<sup>4</sup> et règles (internes) liées au principe de la transparence et applicables à ses institutions ont été multiples. En effet, lors des Conseils européens de Birmingham<sup>5</sup>, d'Édimbourg<sup>6</sup>, de Copenhague<sup>7</sup>, de Madrid<sup>1</sup>, et de Florence<sup>2</sup>, la nécessité

---

<sup>1</sup> Qui est entré en vigueur en novembre 1993.

<sup>2</sup> V. déclaration n°17 annexée à l'Acte final du Traité sur l'Union européenne du 7 févr.1992, Recueil des Traités, Tome I, Volume 1, p. 665: « La conférence estime que la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration. En conséquence, la conférence recommande que la Commission soumette au Conseil, au plus tard en 1993, un rapport sur des mesures visant à accroître l'accès du public à l'information dont disposent les institutions ».

<sup>3</sup> G.DRUESNE, « Le Régime communautaire d'accès aux documents » p. 1. Contributions au colloque « *Transparence et Secret du 16 et 17 octobre 2003* » Colloque à l'occasion du XXVème anniversaire de la loi 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation Française, Paris 2004, p. 334.

<sup>4</sup> La Commission a fait deux communications, celle du 5 mai 1993 sur l'accès du public aux documents des institutions, JOCE C. 156, 8 juin 1993 et la seconde, du 2 juin 1993 sur la transparence dans la Communauté, JOCE C. 17 juin 1993, *Rev. Europe*, août -sept 1998. comm. 319.

<sup>5</sup> Voir le texte de la Déclaration de Birmingham, « Une Communauté proche de ses citoyens », du 16 oct. 1992, publié in Bull. CE, 10/1992, p. 9, ann.I.

<sup>6</sup> 12 déc. 1992, *Bull. CE*, 12/1992, p. 10, pts. I-5.

<sup>7</sup> 22 juin 1993, *Bull. CE* 6/1993, p. 16, pts. I-22.

d'assurer une plus grande transparence dans le travail des institutions de l'Union<sup>3</sup> a été soulignée. Le Conseil européen demanda que soient adoptées des mesures visant à rendre la Communauté plus ouverte. Ces réunions ont mis l'accent en particulier sur la nécessité de renforcer le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance des citoyens en l'administration européenne, en leur garantissant une possibilité de contrôler ses actions en améliorant l'accès du public aux informations. Ces déclarations à caractère politique<sup>4</sup> ont été suivies effectivement par la mise en place par le Conseil et la Commission d'un premier régime en matière de droit d'accès dans les années 1993-1994. Le Conseil a pris en premier lieu deux décisions mettant en œuvre le Code de conduite, la première portant modification de son règlement intérieur<sup>5</sup>, la deuxième relative à l'accès du public aux documents du Conseil<sup>6</sup>. Peu après, la Commission prenait une mesure relative à l'accès du public à ses propres documents<sup>7</sup>. Le Parlement a, quant à lui, adopté des règles similaires par une décision de juillet 1997<sup>8</sup>. Ces mesures, et surtout le Code de conduite qui a été adopté dans le cadre du pouvoir d'auto-organisation, suscitent quelques réflexions sur le plan juridique. Ces mesures constituent selon le juge communautaire une exigence du droit communautaire, car « les institutions et organes communautaires ont une obligation légale de prendre des mesures appropriées pour agir conformément aux intérêts d'une bonne administration ». Ainsi, elles peuvent donc prendre des mesures en vertu de leur pouvoir d'organisation interne ayant pour objet le traitement des demandes d'accès aux documents tant que le législateur communautaire n'a pas adopté une réglementation générale sur le droit d'accès<sup>9</sup>. Mais,

---

<sup>1</sup> 15-16 déc. 1995, concl. de la Présidence, *Bull. UE* 12/1995, pts. I-101, I-102, et I-106.

<sup>2</sup> 21-22 juin 1996, *Bull. UE*, 6/1996, pts I-7.

<sup>3</sup> Pour une appréciation complète de l'évolution historique, voir les articles de F. LAFAY, «L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire», *RTDE*, 1997, p. 38 ss; P-A. FERAL, «L'accès du public aux documents des Institutions communautaires: la consécration d'un droit fondamental de l'Union européenne», *Europe* 2001, p. 5 ss; R. LETTERON, « Droit communautaire et accès aux documents administratifs », *Juris- Classeurs- 1994*, Fasc. 496; T. BLANCHET, « Transparence et qualité de la législation », *RTDE*, 1997, p. 915 ss.

<sup>4</sup> Le troisième Considérant du Code de conduite du Conseil et de la Commission précise en effet que le Code constitue un élément de « leur politique d'information et de communication ».

<sup>5</sup> Décis. 93/662/CE, 6 déc. 1993, préc.

<sup>6</sup> Décis. 93/731/CE, 20 déc. 1993, *JOCE L.* 340, 31 déc. 1993, p. 43 (document qui n'est plus en vigueur).

<sup>7</sup> Décision de la Commission, du 8 février 1994, relative à l'accès du public aux documents de la Commission 94/90/CECA, CE, Euratom., *JOCE n° L 046* du 18/02/1994, p. 58-61 (ce document n'est plus en vigueur).

<sup>8</sup> Décision du Parlement européen du 10 juill. 1997, relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen n° 97/632/CECA, CE, Euratom, *JOCE L.* 263 du 25 sept 1997, p. 27-29 (Ce document n'est plus en vigueur).

<sup>9</sup> «Il convient d'admettre que tant que le législateur communautaire n'a pas adopté une réglementation générale sur le droit d'accès du public aux documents détenus par les institutions communautaires, celles-ci doivent



d'autre part, le juge a affirmé que les mesures d'organisation du fonctionnement interne du Conseil ne créent pas en elles-mêmes un droit subjectif à l'information, mais ne font que l'organiser<sup>1</sup>. Néanmoins le juge a précisé que ces mesures d'ordre interne revêtent un caractère contraignant pour leur auteur, conformément à l'adage «*pater legem*»<sup>2</sup> et constituent par conséquent des actes susceptibles de conférer des droits aux tiers. Cependant, ces mesures ne créent pas un droit subjectif d'accès aux documents<sup>3</sup>, elles ne sont que des mesures ayant pour objet le traitement des demandes d'accès. Le juge communautaire n'a pas initialement reconnu un principe de publicité au niveau européen, mais s'est limité à reconnaître uniquement une «affirmation progressive du droit d'accès des particuliers aux documents détenus par les autorités»<sup>4</sup>. En effet, selon le juge communautaire, «le Conseil a modifié les règles de son organisation interne, basées jusqu'alors sur le principe du secret»<sup>5</sup>, mais a préféré se référer à une « affirmation progressive du droit d'accès des particuliers aux documents détenus par les autorités publiques ». Cela dit, la jurisprudence de la CJCE et du TPI a souligné dans les nombreux contentieux<sup>6</sup> la fragilité de ces mesures d'accès aux documents par le fait qu'elles n'ont bénéficié d'aucune base juridique explicite dans les Traités avant celui d'Amsterdam<sup>7</sup>.

Les modalités de traitement des demandes d'accès aux documents qui établissent le Code de conduite et les décisions du Conseil, de la Commission et du Parlement européen ont rapidement suscité un important contentieux devant les juridictions communautaires<sup>8</sup>, ce qui a

---

prendre les mesures ayant pour objet le traitement de telles demandes en vertu de leur pouvoir d'organisation interne, lequel les habilite à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer le fonctionnement interne dans l'intérêt d'une bonne administration». CJCE, 30 avril 1996, Royaume des Pays-Bas c/Conseil Affaire C-58/94. rec. I.- 2169.

<sup>1</sup> CJCE *Pays-Bas contre Conseil*, point 37.

<sup>2</sup> D. RIETLING «Accès du public aux documents de la Commission», *Europe* Mai 1997 N°147 p. 14-15.

<sup>3</sup> Selon l'avocat général G.Tesauro (CJCE 30 avr. 1996, Pays-Bas/ Conseil aff. C-58/94), le Conseil a à juste titre affirmé que la décision 93/731 constitue uniquement des mesures d'organisation de son fonctionnement interne, et ne crée en elle même aucun droit subjectif à l'information (pt 19). Voir Rev. Europe, juin 1996, comm. 244 D.S. « Droit communautaire et accès du public aux documents administratifs du Conseil».

<sup>4</sup> CJCE, Pays-basc/ Conseil , précité pt. 37.

<sup>5</sup> CJCE, 30 avril.1996, , Pays-bas c/ Conseil, aff. C-58/94, Rec. 1996, p. I-2169 pt. 36.

<sup>6</sup> TPI, 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet c/Conseil aff. T-174/95, Rec II-2289, TPI 19 oct 1995, , John Carvel, aff. T-194/94 Rec II, p. 2767, 5 mars 1997 , WWF UK, aff. T-105/95 Rec.II p. 313, 3 mars 1998, Hanne Norup Carlsen, aff. T- 610/97 ; 19 mars 1998, Gérard Van der Wal, aff. T-83/96 et CJCE 5 mars 1998, Inpesca , aff. C-199 et 200/94.

<sup>7</sup> C.J.C.E, 30 .avril. 1996, Pays-Bas c/Conseil, aff. C.58/94, Rec. I-2169.

<sup>8</sup> Le Code et les décisions ont donné lieu à de nombreuses affaires devant la Cour de justice et le Tribunal de Première Instance. Interprétation de la décision 94/90/CECA, CE, Euratom de la Commission: TPI 5 mars 1997, WWF UKc/ Commission, aff. T-105/95, p. II-313; TPI 14 octobre 1999, The Bavarian Lager Company Ltd c/ Commission aff. T-309/ 97, Rec 1999 p. II-3217; TPI 27 octobre 1999 Karl Meyer c/ Commission, aff. T-

permis au juge communautaire de dessiner les contours des principes que les institutions communautaires ont mis en œuvre afin d'assurer l'accès aux documents qu'elles détiennent<sup>1</sup>. Sur le plan normatif, c'est seulement avec le Traité d'Amsterdam que le droit d'accès aux documents a acquis une base juridique explicite.

## **§2 La reconnaissance juridique explicite par le Traité d'Amsterdam du droit d'accès aux documents**

Les éléments introduits par le Traité d'Amsterdam qui ont ancré la transparence dans les Traités sont : l'affirmation du principe d'ouverture<sup>2</sup>, et le droit d'accès aux documents<sup>3</sup>. Le Traité d'Amsterdam marque un changement radical de la politique de transparence entreprise par l'Union européenne, en créant pour la première fois un droit subjectif à l'accès aux documents des trois institutions mentionnées par l'article 255 TCE et mises en œuvre par le Règlement (CE) n° 1049/2001<sup>4</sup> qui sont le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Si l'invocabilité du droit d'accès aujourd'hui ne fait pas de doute, l'effectivité de ce droit apparaît moins réelle. Il apparaît donc indispensable d'analyser l'étendue de ce droit d'accès aux documents (A) mais aussi les conséquences de ce droit d'accès sur les travaux du Conseil agissant en sa qualité de législateur (B).

---

106/99, Rec. 1999, p. II-3273; CJCE 11 janvier 2000, aff. jointes C-174/98 P et C-189/98 P, Rec. 2000 p. I-1; TPI 13 septembre 2000, *Denkavit Nederland BVc/Commission*, aff. T-20/99, Rec. 2000, p. II-3011; TPI 11 décembre 2001 *c/Commission*, aff. T-191/99, Rec. 2001, p. II-3677; TPI 25 juin 2001 *British American Tobacco Ltd c/ Commission*, aff. T-311/00, Rec. 2002, p. II-2781; CJCE, 6 mars 2003, *Interpors Im- et Export GMBH c/ Commission*, aff. C-41/00P, Rec. 2003, p. I-2125.

Interprétation de la décision 93/731/CE du Conseil:

TPI, *Svenska journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, Rec. 1998 p. II-2289. TPI 19 juillet 1999 *Hautala c/ Conseil*, aff. T-14/98, Rec. 1999, p. II 2489; CJCE, 6 décembre 2001, *Conseil c/ Hautala*, aff. C-353/99P, Rec. 2001, p. I-9565; TPI 6 avril 2000 *Kuijjer c/ Conseil*, aff. T-188/98, Rec. 2000, p. II-1959; TPI 7 février 2002, *Kuijjer c/ Conseil*, aff. T-211/00, Rec. 2002, p. II-485. Voir aussi CJCE 30 avril 1996, *Pays-Bas c/ Conseil*, aff. C-58/94, Rec.1996 p. I-2169.

<sup>1</sup> La Décision 94/90/CECA/CE, Euratom de la Commission, la Décision 93/731/CE du Conseil et la Décision 97/632/CE, CECA, Euratom du Parlement européen du 10 juillet 1997 relatives à l'accès du public aux documents du Parlement européen ont été abrogées en vertu de l'article 255, paragraphe 3, TCE. Chaque institution élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents.

<sup>2</sup> Article premier TUE.

<sup>3</sup> Article 255 TCE.

<sup>4</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 JOCE n° L 145 du 31/05/2001 p. 0043 – 0048.

## **A L'étendue du droit d'accès aux documents dans l'Union européenne**

Le Règlement (CE) n° 1049/2001, applicable depuis le 3 décembre 2001, constitue le cadre juridique commun pour l'accès aux documents des trois institutions concernées, auquel il faut ajouter les règles de mise en œuvre prises par les trois institutions. L'étendue du droit d'accès doit être appréciée par la définition du champ d'application personnel (1) du champ d'application matériel (2) et les domaines d'activités concernés par le droit d'accès (3).

### **1 Le champ d'application personnel du droit d'accès**

Les principes énoncés par le Règlement (CE) n° 1049/2001 se retrouvaient déjà en grande partie dans le Code de conduite comme dans les décisions n° 93/731 du Conseil et 94/90 de la Commission qui ont mis en œuvre le Code de conduite. L'élaboration du Règlement (CE) n° 1049/2001 a tenu compte des exigences du droit d'accès telles qu'elles sont formulées par la Cour de justice, par l'interprétation du juge communautaire du droit d'accès aux documents et par l'action du Médiateur, permettant ainsi d'élargir les contours du droit d'accès. Afin de pouvoir apprécier l'étendue du droit d'accès, il est nécessaire de voir quel est son champ d'application institutionnelle (a), ce qu'il faut entendre par la notion d'institution couverte par le Règlement (CE) n° 1049/2001 (b) et qui sont les bénéficiaires du droit d'accès (c).

#### **a Le champ d'application institutionnel**

Le Règlement précise que le droit d'accès s'applique « aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission »<sup>1</sup>. Le fondement du droit d'accès est donc limité à ces trois institutions. Or, avec l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 1049/2001, les trois institutions concernées ont demandé aux autres institutions et organes ne relevant pas de l'article 255 TCE d'adopter des règles internes concernant l'accès du public aux documents qui tiennent compte des principes et limites définis par le Règlement (CE) n° 1049/2001. D'une part, les trois institutions « s'engagent à rendre le Règlement applicable aux agences et aux organes similaires créés par le législateur » et, d'autre part, elles « lancent un appel aux

---

<sup>1</sup> Article 255, paragraphe 1 TCE, Article premier point a). Règlement (CE) n° 1049/2001.

autres institutions et organes afin qu'ils adoptent volontairement des règles similaires»<sup>1</sup>. Cette demande reprend l'initiative du Médiateur européen qui invita dès 1996, les institutions et organes communautaires autres que le Conseil et la Commission<sup>2</sup> à adopter des règles en vue de l'accès du public à tous les documents qui n'étaient pas déjà couverts par des dispositions juridiques autorisant ou exigeant le secret<sup>3</sup>. Toutes les institutions et tous les organes couverts par l'enquête du Médiateur ont adopté des règles relatives à l'accès du public à leurs documents, qui furent en partie publiées sur le *J.O.C.E.*, sauf la Cour de justice et le Tribunal de Première Instance, qui en raison de leur rôle juridictionnel n'ont pas adopté de règles en matière d'accès à leurs documents. Les règles ne correspondent cependant plus en grande partie aujourd'hui aux exigences du Règlement (CE) n° 1049/2001. Seuls quelques organes ont, après l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, adopté de nouvelles décisions relatives à l'accès aux documents pour se conformer aux exigences du Règlement<sup>4</sup>. Ainsi, il existe un ensemble de déclarations, décisions et résolutions relatives au droit d'accès aux documents de l'UE, qui ne correspondent pas toutes aux exigences du Règlement (CE) n° 1049/2001<sup>5</sup>. La question qui se pose est de savoir ce qu'il faut entendre par Institution, étant donné que le texte de l'article 255 TCE et le Règlement (CE) n° 1049/2001 ne couvrent effectivement que les trois institutions.

---

<sup>1</sup> Voir Déclaration commune concernant le Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ( J.O. L. 145 du 31, mai 2001, p. 43) J.O. L 173 du 27/06/2001, p. 5.

<sup>2</sup> Les institutions et organes qui ont fait l'objet de l'enquête étaient: le Parlement européen, la Cour des Comptes, La Cour de Justice, le Comité des régions, la Fondation européenne pour la formation, la Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, le Centre de traduction des organes de l'Union européenne, l'Observatoire Européen des drogues et des toxicomanies, la Banque Européenne d'Investissement et le Comité Economique et Social. Les règles relatives à l'accès du public à leurs documents ont été pour le Parlement européen publiés au JOCE L 263 du 25-9-1997, p. 27 ; Banque européenne d'investissement, JOCE C. 243 du 9-8-1997; Comité économique et social, JOCE L 339 du 10-12-1997, p. 18; Comité des régions, JOCE L 351 du 23-12-1997 p. 70; L'Agence européenne pour l'environnement, JOCE C 282 du 18-9-1997, p. 5; Fondation européenne pour la formation, JOCE C 369 du 6-12-1997, p. 10 et l'Agence européenne des médicaments a publié ses règles sur le site internet : <http://www.eudora.org/emea.html>.

<sup>3</sup> Voir le rapport spécial du Médiateur européen au Parlement du 15/12/1997, J.O. C 44 du 10/2/1998, p. 10 «projet de recommandation du Médiateur européen dans le cadre de l'enquête d'initiative sur l'accès du public aux documents» ( 616/PUBAC/F/IJH) disponible sur le site internet du Médiateur européen « <http://www.euro-ombudsman.eu.int> »

<sup>4</sup> Règles relatives à l'accès du public aux documents de la Banque européenne d'investissement JO C 292, 27 novembre 2002. Décision n° 64/2003 du Comité des régions du 11 fév. 2003 relative à l'accès du public aux documents du Comité des régions J.O. L 160, 28 juin 2003. Décision 2003/603/CE du Comité économique et social du 1er juillet 2003 relative à l'accès du public aux documents du Comité économique et social européen J.O. L 205, 14 août 2003.

<sup>5</sup> Voir ANNEXE. I.

## **b La notion d'institution couverte par le Règlement (CE) n° 1049/2001**

L'article 2 paragraphe 3 du Règlement précise que celui-ci : «s'applique à tous les documents détenus par une institution», mais aucune définition de la notion d'institution n'est donnée par le Règlement.

Le manque de définition précise peut constituer un obstacle lors d'une demande d'accès, car si le document est considéré comme n'émanant pas d'une des institutions visées par le Règlement (CE) n° 1049/2001, la base juridique de la procédure d'accès n'est pas le Règlement (CE) n° 1049/2001, mais uniquement les mesures d'ordre interne prises par l'institution ou l'organe.

En effet, dans l'affaire Rothmans International BV /Commission<sup>1</sup> dans laquelle la Commission a considéré que le comité du Code des douanes qui est un comité de comitologie<sup>2</sup> est totalement distinct et indépendant de la Commission, et que donc les documents en cause ne sont pas des documents de la Commission : le demandeur aurait dû adresser, conformément à la Décision 94/90/CECA/CE/Euratom alors en vigueur, directement sa demande à l'auteur du document qui, selon la Commission, n'était pas la Commission<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La requérante est une société de droit néerlandais appartenant au groupe multinational Rothmans, dont la principale activité est la fabrication, la distribution et la vente de produits à base de tabac, en particulier les cigarettes. Par lettre du 23 janvier 1997, la requérante a demandé à la Commission l'accès à un certain nombre de documents parmi lesquels les procès-verbaux du comité du code des douanes. En l'absence de réponse, la requérante, par lettre du 14 mars 1997, a adressé au secrétaire général de la Commission une demande confirmative, au sens de l'article 2, point 2), de la décision 94/90. Par lettre du 30 avril 1997, le secrétaire général a communiqué certains documents émanant de la Commission mais a refusé de transmettre les procès-verbaux du comité au motif que la Commission n'en était pas l'auteur. Il indiquait, en outre, que, selon le règlement intérieur du comité, les travaux de celui-ci sont confidentiels. La Commission réfute être l'auteur des procès-verbaux même si elle concède qu'elle assure le secrétariat du comité et consigne, à ce titre, le contenu des réunions dans des procès-verbaux.

TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV/Commission, aff; T-188/97, Rec. 1999, II-2463.

<sup>2</sup> Selon les dispositions de la Décision 87/373/CEE du Conseil, du 13 juillet 1987, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (JOCE L 197, p. 33, ci-après «décision comitologie»), les comités constitués conformément à cette décision assistent la Commission lorsqu'elle arrête des mesures d'exécution au titre des pouvoirs qui lui ont été conférés par le Conseil. Les comités de comitologie trouvent leur origine dans l'article 145 du traité CE (devenu article 202 CE), qui prévoit que le Conseil peut conférer à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Ces comités, constitués conformément à la décision comitologie, sont composés des représentants des États membres et présidés par un représentant de la Commission.

58 Selon la décision comitologie, les comités constitués conformément à cette décision, tels que le comité du code des douanes, assistent la Commission dans l'exécution des tâches qui lui ont été conférées.

<sup>3</sup> La Commission a adopté le Code de conduite par la décision 94/90/CECA, CE, Euratom, du 8 février 1994, relative à l'accès du public aux documents de la Commission (JO L 46, p. 58, ci-après «décision 94/90») ( ce document n'est plus en vigueur, et a été abrogé par la Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur 2001/937/CE,CECA,Euratom: Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur [notifiée sous le numéro C(2001) 3714] JOCE n° L 345 du 29/12/2001 p. 0094

Par conséquent la règle de l'auteur aurait permis à la Commission de refuser l'accès au document demandé. A cet égard, selon le juge communautaire, «quelle que soit sa qualification, la règle de l'auteur établit une limitation du principe général de transparence de la décision 94/90»<sup>1</sup>. En effet il s'ensuit que si ladite règle est interprétée et appliquée de manière restrictive, elle permet de tenir l'application du principe général de transparence en échec. Enfin le Tribunal considère que les comités ne peuvent «être considérés comme une autre institution ou organe communautaire au sens du code de conduite adopté par la décision 94/90»<sup>2</sup>. En effet, les comités de comitologie «relèvent de la Commission elle-même»<sup>3</sup>. Même si ces comités sont composés des représentants des États membres, ils sont présidés par un représentant de la Commission<sup>4</sup>. Enfin, «au terme du règlement intérieur du comité, la Commission en assure le secrétariat, ce qui implique qu'elle dresse les procès-verbaux qui sont adoptés par celui-ci»<sup>5</sup>. Ainsi, les documents établis par les comités qui assistent la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution doivent être assimilés aux documents de la Commission et donc voient s'appliquer le Règlement CE n° 1049/2001. Autrement refuser l'accès aux procès-verbaux des nombreux comités de comitologie reviendrait à limiter considérablement le droit d'accès aux documents dont l'importance a été confirmée par la Cour<sup>6</sup> et par le Tribunal<sup>7</sup>. Or, une telle limitation ne concorde pas avec l'objectif même du droit d'accès aux documents.

Le juge communautaire considère que ces comités ne peuvent «être considérés comme une autre institution ou organe communautaire au sens du code de conduite adopté par la

---

- 0098). Le Code de conduite, tel qu'adopté par la Commission, énonce le principe général suivant: «Le public aura le plus large accès possible aux documents détenus par la Commission et le Conseil.» Il définit le terme «document» comme étant «tout écrit, quel que soit son support, contenant des données existantes, détenu par la Commission ou le Conseil» et il dispose sous la rubrique intitulée «Traitement des demandes initiales», troisième alinéa (ci-après «règle de l'auteur»):

«Lorsque le document détenu par une institution aura pour auteur une personne physique ou morale, un État membre, une autre institution ou organe communautaire ou tout autre organisme national ou international, la demande devra être adressée directement à l'auteur du document.»

<sup>1</sup> TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV/Commission, aff. T-188/97, Rec. 1999, II-2463, pt. 55.

<sup>2</sup> TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV/Commission, aff. T-188/97, Rec. 1999, II-2463, pt. 59.

<sup>3</sup> TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV/Commission, aff. T-188/97, Rec. 1999, II-2463, pt. 46.

<sup>4</sup> JO L46 du 18.2.1994, p. 58 Décision modifiée par la Décision 96/567/CE, CECA, Euratom (JO L 247 du 28.9.1996, P. 45).

<sup>5</sup> TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV/Commission, aff; T-188/97, Rec. 1999, II-2463, pt. 58.

<sup>6</sup> CJCE arrêt du 30 avril 1996, Pays-Bas/Conseil aff.C-58/94, Rec. p. I-2169).

<sup>7</sup> TPI arrêt du 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet/Conseil (T-174/95, Rec. p. II-2289).

décision 94/90»<sup>1</sup> étant donné que les comités de comitologie relèvent de la Commission elle-même. C'est donc à celle-ci qu'il revient de statuer sur des demandes visant l'accès aux documents de ces comités. Cela signifie que le Règlement 1049/2001 s'applique aussi aux comités de comitologie. Les comités de comitologie trouvent leur origine dans l'article 202 Traité CE qui prévoit que le Conseil peut conférer à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit<sup>2</sup>. Le TPI annula la décision de la Commission refusant l'accès aux procès-verbaux du comité du code des douanes fondé sur la règle de l'auteur. Cet arrêt montre que la Commission a fait une interprétation erronée de «la règle de l'auteur» alors en vigueur, a donc limité considérablement le principe général de transparence garantie par la décision 94/90, mais a en outre donné une interprétation restrictive d'institution communautaire.

Le Conseil lui non plus n'a pas défini dans son règlement intérieur ce qu'il convient d'entendre par «document du Conseil». Le seul indice qui peut donner un renseignement est la définition de document émanant d'un État membre: document établi par un État membre exprimant ses positions en tant que tel et non pas en sa qualité de membre du Conseil dans le cours de ses travaux<sup>3</sup>. Ainsi, tous les autres documents doivent être considérés comme «documents du Conseil».

Le règlement intérieur du Parlement européen entend par «document du Parlement»<sup>4</sup> tout document «établi ou reçu par les titulaires d'un mandat du Parlement, les organes du Parlement, les commissions et les délégations interparlementaires ainsi que le Secrétariat du Parlement», et également «les documents établis par les députés ou les groupes politiques s'ils sont déposés». Cela signifie que les documents établis par les députés ou les groupes politiques non ou non encore déposés ainsi que les documents émanant de tiers, mais détenus par les députés ne font pas partie des documents du Parlement et donc ne rentrent pas dans le champ d'application du Règlement (CE) n° 1049/2001.

---

<sup>1</sup> Point 59 aff.. T-188/97 Rothmans/ Commission.

<sup>2</sup> En effet, les comités de comitologie assistent la Commission, qui en assure la présidence, dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées. En outre, ils ne disposent pas d'une administration, d'un budget, d'archives, de locaux et encore moins d'une adresse qui leur soient propres. Il s'ensuit qu'un comité, tel le comité du code des douanes, qui n'appartient à aucune catégorie d'auteurs tiers, ne peut être considéré comme une «autre institution au sens de la Décision» 87/373/CEE du Conseil, du 13 juillet 1987, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution confiées à la Commission (JO L 197, p. 33, ci-après «décision comitologie»). Les comités constitués conformément à cette décision assistent la Commission lorsqu'elle arrête des mesures d'exécution au titre des pouvoirs qui lui ont été confiés par le Conseil.

<sup>3</sup> Décision du Conseil 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur (2004/338/CE, Euratom), JO. L 106 du 15.4.2004, p. 22-45. Spéc. annexe II, article 11, paragraphe 6.

<sup>4</sup> Règlement intérieur du Parlement européen, article 172, paragraphe 2, 1er et 2ème alinéas.

Concernant les Agences et organes, la proposition législative de Règlement du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission <sup>1</sup> prévoyait que les organes et agences créés par les institutions devaient appliquer les principes énoncés dans le présent Règlement, de manière à ce que les institutions ne puissent déroger à ces principes par le transfert de responsabilités aux organes et agences en question, nuisant ainsi à l'efficacité de la législation communautaire<sup>2</sup>. Or, le Règlement (CE) n° 1049/2001 limite l'application aux trois seules institutions prévues par le Règlement. Cependant, le Conseil et le Parlement étendent l'application du Règlement (CE) n° 1049/2001 aux différentes Agences<sup>3</sup> en modifiant l'ensemble des Règlements instituant les Agences et rendent le Règlement (CE) n° 1049/2001 applicable à eux-mêmes<sup>4</sup>. Ainsi, les Agences sont désormais soumises aux modalités d'application du Règlement<sup>5</sup>

Un changement ultérieur devrait intervenir si les dispositions de la Convention d'Århus sont applicables également aux autres institutions communautaires, car, comme il est prévu par la proposition de Règlement sur l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de la Convention d'Århus<sup>6</sup>, celle-ci s'appliquera à tous les institutions et organes de CE<sup>7</sup>. Cependant, l'application sera limitée aux demandes d'informations environnementales, étant donné que la Convention concerne uniquement l'environnement. Tout l'intérêt sera donc de définir à quel moment une information touche l'environnement ou est «susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement»<sup>8</sup>. Enfin, une généralisation du droit d'accès devrait se réaliser avec le projet de Traité établissant une Constitution pour

---

<sup>1</sup> COM(2000) 30 - C5-0057/2000 - 2000/0032(COD).

<sup>2</sup> FINALA5-0318/2000 COR/1 Par1 27 octobre 2000.

<sup>3</sup> Sont concernés l'Agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement; l'Autorité européenne de sécurité des aliments; l'Agence européenne de la sécurité aérienne; l'Agence européenne pour la sécurité maritime; le Centre de traduction des organes de l'Union européenne.

<sup>4</sup> Règlement (CE) 1641/2003 à 1655/2003, JO L 245 du 29.9.2003.

<sup>5</sup> Le premier a été l'Office d'Harmonisation dans le Marché intérieur.

<sup>6</sup> COM (2003)622 finale du 24 octobre 2003.

<sup>7</sup> Pour la Cour de justice et le Tribunal de Première Instance, elles s'appliqueront uniquement dans le cas où elles n'agissent pas en qualité d'instance juridictionnelle.

<sup>8</sup> La définition donnée par l'article 2 de la nouvelle directive 2003/4CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la Directive 90/313/CEE du Conseil est très large. Ainsi, par exemple les informations concernant les «activités ayant ou susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement » sont considérées comme des informations environnementales (L'accès à l'information en matière d'environnement fera l'objet de la Partie I, titre II, chapitre I).



l'Europe qui élargit le droit d'accès aux documents aux « institutions, organes et agences de l'Union »<sup>1</sup>.

### **c Les bénéficiaires du droit d'accès aux documents**

Selon l'article 255 TCE, les bénéficiaires du droit d'accès sont: «toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre». Le Règlement CE n° 1049/2001 élargit le champ des bénéficiaires en laissant aux institutions la possibilité « d'autoriser l'accès aux documents à toute personne physique ou morale non domiciliée ou n'ayant pas son siège dans un État membre »<sup>2</sup>. En effet, la décision 2001/937/CE, CECA, Euratom de la Commission<sup>3</sup> qui a abrogé la décision 94/90/CECA, CE, Euratom, et qui adapte le règlement intérieur aux dispositions du Règlement CE n° 1049/2001, élargit le droit d'accès aux documents de la Commission aux citoyens de pays tiers n'ayant pas leur résidence dans un État membre ainsi que les personnes morales n'ayant pas leur siège dans l'un des pays membres, aux mêmes conditions que les bénéficiaires visés à l'article 255, paragraphe 1 du Traité CE<sup>4</sup>. Le Parlement européen a également prévu dans son Règlement intérieur l'extension du droit d'accès aux documents à d'autres personnes que celles prévues par le Règlement CE n° 1049/2001. Il convient de noter que, dans la pratique, le Parlement

---

<sup>1</sup> Partie I, article 49, paragraphe 3 du projet établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>2</sup> Article 2 paragraphe 2 Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>3</sup> Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur (2001/937/CE, CECA, Euratom; JOCE, L 345 du 29/12/2001, p. 94-98.

<sup>4</sup> Voir la Décision du Conseil du 29/11/2001 (2001/840/CE) modifiant le règlement intérieur; annexe III du règlement intérieur, article 1er et la Décision de la Commission du 5/12/2001 (2001/937/CE, CECA, Euratom), annexe II du règlement intérieur, article premier 2ème alinéa. Au contraire, selon la décision 93/731/CE du Conseil (article premier) et la Décision 94/90/CECA, CE, Euratom de la Commission, les demandes d'accès spécifient uniquement que le «public» peut faire une demande d'accès, sans donner une définition de «public». Ainsi la Décision 94/90/CE, CECA, Euratom garantissait un champ d'application relatif aux bénéficiaires plus large que la nouvelle version du Règlement (CE) n° 1049/2001. De la même façon, les mesures d'ordre interne prises avant l'entrée en vigueur du Règlement CE n° 1049/2001, comme par exemple la Décision de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998 concernant l'accès du public aux documents et aux archives de la Banque centrale européenne (BCE/1998/12) JO L 110 du 28/04/1999 p. 30-32 article premier spécifie que « Le public a accès aux documents(...)». Cette décision est par ailleurs toujours en vigueur et garantit donc un champ d'application relatif aux bénéficiaires plus large que le Règlement CE n° 1049/2001). De la même façon, l'article premier de la décision n° 18/97 portant sur les règles internes relatives au traitement des demandes d'accès aux documents dont dispose la Cour des comptes européenne, garantit que « le public a accès aux documents de la Cour des comptes, quel qu'en soit le support». Au contraire les mesures d'ordre interne prises après l'entrée en vigueur du Règlement limitant l'accès aux «citoyens de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre» comme par exemple l'article premier de la décision n° 64/2003 du Comité des régions du 11 février 2003 relative à l'accès du public aux documents du Comité des régions, JO n° L 160 du 28/06/2003, p. 96-99; et l'article premier de la décision 2003/603/CE Décision du

européen «a donné suite à toutes les demandes émanant de citoyens de pays tiers ne résidant pas dans l'Union européenne»<sup>1</sup>. Toutefois, en vertu de l'article 195, paragraphe 1 TCE, ces personnes n'auront pas la faculté de présenter une plainte auprès du Médiateur, mais pourront, au cas où «la Commission refuse partiellement ou totalement l'accès à un document après une demande confirmative, introduire un recours devant le TPI des Communautés européennes»<sup>2</sup>. D'autre part, étant donné que la mise en œuvre du droit d'accès prévoit que les demandes d'accès peuvent être formulées par courrier électronique, il est difficile de vérifier si le demandeur est un citoyen de l'Union ou s'il réside ou a son siège sur le territoire de l'Union européenne<sup>3</sup>. Par ailleurs, dans le cas où la demande d'accès aux documents porte sur des informations en matière d'environnement ou susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement, conformément à la Convention d'Århus, l'accès serait garanti à tous. En effet, en cas d'adoption du Règlement sur l'application de la Convention d'Århus aux institutions communautaires<sup>4</sup>, l'accès à l'information environnementale serait automatiquement garanti à toute personne physique ou morale.

Le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, lui, fait une différenciation entre les citoyens et résidents de l'Union d'une part, et les citoyens de pays tiers ne résidant pas dans un des États membres ou les personnes morales non établies sur le territoire communautaire de l'autre<sup>5</sup>.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union qui constitue la Partie II du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe limite quant à elle le droit d'accès aux documents aux citoyens de l'Union ou à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un des États membres. Il est souhaitable que, dans un souci d'équité et de clarté, cette différence de traitement soit abolie.

La pratique montre que concernant les catégories de personnes ayant utilisé leur droit d'accès, (selon les rapports statistiques émis par les institutions), les demandes d'accès

---

Comité économique et social du 1er juillet 2003 relative à l'accès du public aux documents du Comité économique et social européen, JO L 205 du 14/08/2003, p. 19-23.

<sup>1</sup> Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, (COM (2004) 45 final p. 10.

<sup>2</sup> Article premier alinéa 3 de l'annexe de la décision 2001/937/ CE, CECA, Euratom.

<sup>3</sup> Par ailleurs l'accès aux procès-verbaux de la Commission sont librement accessibles sur le site internet de la Commission sans aucune nécessité de justifier son identification ni son lieu de résidence.

<sup>4</sup> COM(2003) 622 final du 24 octobre 2003.

<sup>5</sup> Voir article 49, paragraphe 3 «Transparence des travaux des institutions de l'Union».

émanent généralement du secteur académique et des secteurs professionnels<sup>1</sup>. Dans le domaine professionnel il apparaît que les journalistes n'ont pas fait un usage accru du droit d'accès; ceci « semble dû au fait que les journalistes (..) ne peuvent attendre 15 jours ouvrables avant de recevoir une réponse »<sup>2</sup>. Les demandes émanant des personnes sont dans la plupart des cas faites sur des documents qui ne sont communicables qu'aux personnes concernées et ne sont pas mises dans le domaine public<sup>1</sup>. Étant donné que c'est «le droit d'accès aux documents » qui est garanti par l'article 255 TCE, on peut se demander ce qu'il faut entendre par «document», qui permet de définir le champ d'application matériel du droit d'accès garanti par l'article 255 TCE.

## **2 Le champ d'application matériel du droit d'accès à l'information limité par la définition de «document»**

La Déclaration n° 17 annexée au Traité de Maastricht fait mention de «droit d'accès à l'information ». Or, l'article 255 TCE, comme par ailleurs le fait déjà la décision 94/90/CECA, CE, Euratom de la Commission et le Code de conduite, ne font plus référence au droit d'accès à l'information, mais uniquement au «droit d'accès aux documents». Ainsi, il est nécessaire dans un premier temps d'examiner la définition de document(a). Les précisions jurisprudentielles du juge communautaire ont permis d'élargir la définition de document en permettant l'accès partiel aux documents. Dans un deuxième temps, il est donc nécessaire d'examiner le droit d'accès partiel aux documents (b).

---

<sup>1</sup> Rapport de la Commission européenne, «Transparence, accès aux documents, relations avec la société civile de 2001»; SG.B.2/VJ/CD D(2001) 350360. Il ressort du rapport que de 1997 à 2000 la majorité des demandes d'accès ont été formulées par le secteur académique ( 25,4% en 1997 et 20,4 en 2000); les demandes des avocats sont de plus en plus nombreuses: elles sont passées de 10,3% en 1997 à 21,6% en 2000); les demandes des citoyens sont restées assez stables (en représentant 12,2% en 1997, et 10,5 en 2000); les demandes qui ont pour origine les lobbies sont également constantes ( 15,6 en 1997 à 17% en 2000). Les demandes ayant comme origine les journalistes n'ont représenté en 1997 que 1,7% des demandes et sont passées en 2000 à 5,7%. Concernant l'origine géographique des demandes en 1997, la Belgique représentait 30,2% des demandes d'accès aux documents de la Commission, et en 2000 28,5% des demandes. On constate de la part de l'Italie une forte évolution puisque ce pays qui, en 1997, ne représentait que 3,8% des demandes, en représentait en 2000 12,1%. Les demandes en provenance d'Allemagne sont restées dans leur ensemble très stables: ces demandes sont passées de 10,7% en 1997 à 9,3 en 2000; on constate pour la France une situation comparable: elle représentait 7,3% des demandes en 1997 et 6,6 % en 2000. Les demandes en provenance d'Europe mais hors communauté représentaient 1,2% en 1997 et 2,8 en 2000; enfin, les demandes d'origine hors Europe ont été de 2,5 % en 1997 et de 1,3% en 2000.

<sup>2</sup> Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement (CE) n° 1049/2001, op.cit. p. 11.

## a Un droit d'accès limité par la définition de document

L'article premier point a). du Règlement précité précise que l'objet du Règlement est le : « droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ». La distinction entre droit d'accès à l'information et droit d'accès aux documents est importante : le juge communautaire dans l'affaire Karl L.Meyer/ Commission<sup>2</sup> considère qu'il faut faire une distinction entre la notion de «document» et celle «d'information» aux fins de l'application de la Décision 94/90, relative à l'accès aux documents de la Commission. Selon le code de conduite annexé à la décision 94/90, «on entend par document tout écrit, quel que soit son support, contenant des données existantes, détenu par la Commission ou le Conseil»<sup>3</sup>. Selon le juge, en effet «aucune disposition de cette décision et du Code de conduite ne traite du droit d'accès à une information, ce droit ne visant que des documents»<sup>4</sup>. Ce qui signifie que le devoir de répondre à toute demande de renseignement ne peut être déduit du «droit d'accès aux documents». Ceci ne constitue-t-il pas un revirement de la jurisprudence du juge communautaire ? Dans l'arrêt *Journalistförbundet*<sup>5</sup>, le juge avait affirmé que «la décision 93/731 a pour but de traduire le principe d'un accès aussi large que possible des citoyens à l'information, en vue de renforcer le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public dans l'administration»<sup>6</sup>. Ainsi c'est l'accès à l'information et non seulement l'accès aux documents que le juge considère comme garanti par la décision 93/731.

Or, le Tribunal de Première Instance et la Cour de justice ont par la suite précisé que dans le cas de l'accès partiel aux documents, le droit d'accès aux documents doit être

---

<sup>1</sup> Idem. p. 11.

<sup>2</sup> Ordonnance du Tribunal de Première Instance 27 octobre 1999, Karl L.Meyer/ Commission aff. T-106/99. Rec. 1999 II-3273.

<sup>3</sup> Décision de la Commission du 8 février 1994 relative à l'accès du public aux documents de la Commission (94/90/CECA, CE, Euratom) ANNEXE, Code de conduite concernant l'accès du public aux documents de la Commission et du Conseil Principe général.

<sup>4</sup> En effet, seul le premier considérant de la décision 94/90 fait état de la déclaration relative au droit d'accès à l'information annexée à l'Acte final du Traité sur l'Union européenne, mais sans donner aucune explication complémentaire. Par ailleurs ce document n'est plus en vigueur, étant donné qu'il a été abrogé par la Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur ( notifié sous le numéro C(2001)3714) J.O.C.E. n° L 345 du 29/12/2001, p. 94-98; la décision de la Commission du 5 décembre 2001 ne change pas par rapport à la décision 94/90/ CECA, CE, Euratom de la Commission et limite le droit d'accès aux seuls «documents» définis par le Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>5</sup> TPI arrêt du 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet/Conseil T-174/95, Rec. p. II-2289 pt 66.

<sup>6</sup> TPI 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet c/ Conseil aff. T-174/95, Rec. 1998 II-2289, pt.66.

interprété comme «un droit d'accès aux éléments d'informations qu'ils contiennent»<sup>1</sup>. La Cour s'est prononcée dans le même sens en affirmant d'une part que la Décision 93/731 ne viserait pas que l'accès aux documents comme tel, «mais plutôt l'accès aux éléments d'information contenus dans ceux-ci»<sup>2</sup>. Les conclusions de l'Avocat général vont dans le même sens: «la notion d'accès aux documents» doit «être lue en ce sens qu'elle désigne l'accès aux informations contenues dans le document de cette institution»<sup>3</sup>. Par conséquent le droit d'accès conféré par le Règlement (CE) n°1049/2001 est un droit d'accès limité aux informations contenues dans un document existant.

Le Règlement (CE) n° 1049/2001 élargit la définition de document par rapport à celle donnée par le Code de conduite du Conseil et la Commission qui limitait la définition de document à «tout écrit, quel que soit son support, contenant des données existantes, détenues par le Conseil ou la Commission»<sup>4</sup>. Cette définition a été profondément modifiée par le Règlement n° (CE) 1049/2001, qui définit de façon très large le document comme : «tout contenu quel que soit son support (écrit sur support-papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence de l'institution»; toute information conservée sous quelque forme que ce soit constitue donc un document dans le sens du Règlement. Ainsi, il devient désormais difficile de distinguer information et document. En effet, si on compare la définition de document donnée par le Règlement (CE) n° 1049/2001, avec celle d'information donnée par la Directive relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement<sup>5</sup>, il n'existe pas de différence de fond et de forme : «toute information disponible sous forme écrite, visuelle, sonore, électronique ou tout autre forme matérielle»<sup>6</sup>.

Pour le droit «d'accès aux documents», l'information doit non seulement se trouver dans un document, mais en outre, il est nécessaire que les documents soient «détenus par une institution, c'est-à-dire établis ou reçus par elle et en sa possession, dans tous les domaines

---

<sup>1</sup> Arrêts dans les affaires T-14/98 Hautala/Conseil et C-353/99 Conseil/ Hautala, précités.

<sup>2</sup> CJCE 6 décembre 2001 Conseil de l'Union européenne/ Heidi Hautala, C-353/99, rec.I-9565.

<sup>3</sup> Conclusions de l'avocat général Léger, présentées le 10 juillet 2001. CJCE 6 décembre 2001 Conseil de l'Union européenne contre Heidi Hautala, C-353/99, rec.I-9565Rec. I-9567.

<sup>4</sup> Principe général, Code de Conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, 93/730/CE, J.O. L. 340 du 31/12/1993, p. 41-42.

<sup>5</sup> Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la Directive 90/313/CEE du Conseil, JO L 41 14.2.2003, p. 26.

<sup>6</sup> Article 2, paragraphe 1 Directive 2003/4/CE.

d'activité de l'Union européenne»<sup>1</sup>. En d'autres termes, la législation sur l'accès aux documents couvre à la fois les documents émanant de l'administration et les documents émanant de tiers et conservés par l'institution.

Cela ne signifie pas que l'administration communautaire garantisse l'accès aux seuls documents qu'elle utilise à des fins administratives, comme c'est, par exemple, le cas en Italie, mais qu'elle l'ouvre par le simple fait que le document est en possession de l'institution<sup>2</sup>. Un problème peut se poser si les informations demandées ne sont pas disponibles dans un ou plusieurs documents et nécessitent alors la recherche dans des sources différentes, et donc nécessitent l'élaboration d'un document spécifique. Dans ce cas, la demande dépasse clairement le champ d'application du Règlement selon la Commission. En effet « le Règlement n'oblige aucunement les institutions à créer des documents afin de répondre à une demande »<sup>3</sup>. Le fait que le Traité d'Amsterdam ait élargi le droit d'accès aux documents à tous les domaines d'activité de l'Union européenne constitue une innovation majeure. Seuls les documents qualifiés de «sensibles» selon le Règlement (CE) n° 1049/2001<sup>4</sup> font l'objet d'un traitement particulier, et ce, qu'ils émanent des institutions ou de leurs agences, des États membres, pays tiers ou d'organisations internationales. En effet, ces documents ne peuvent être traités que par des personnes habilitées à en prendre connaissance; de la même façon ces documents ne peuvent être inscrits au registre<sup>5</sup> ou divulgués qu'avec le consentement de leur auteur<sup>6</sup>.

Cependant le Règlement a au moins le mérite de soumettre les documents classés au jeu des exceptions au Règlement (CE) n° 1049/2001 et à un contrôle juridictionnel<sup>7</sup>. Ce qui signifie que pour le Règlement précité, la classification d'un document n'est pas en soi un

---

<sup>1</sup> Article 2 paragraphe 3 Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>2</sup> Alors que par exemple la législation italienne est restrictive car elle limite l'accès aux documents soit établis par l'administration publique soit utilisés à des fins administratives, la législation suédoise, elle garantit un accès beaucoup plus large car l'accès est ouvert à tout document «officiel». On entend par là tout document dès lors qu'il est en la possession d'une administration publique. Cette définition ressemble à celle de la Finlande, où la législation sur l'accès aux documents couvre tous les documents administratifs et où un document détenu par une autorité administrative devient automatiquement administratif.

<sup>3</sup> Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement (CE) n° 1049/2001, op. cit. sp. p. 12.

<sup>4</sup> Selon la définition de l'article 9, paragraphe 1 du Règlement (CE) n° 1049/2001 précité.

<sup>5</sup> Avec la Décision du Conseil du 6 décembre 1999 concernant l'amélioration de l'information sur les travaux du Conseil et le registre public des documents du Conseil (2000/23/CE) JOCE L. 9/22 du 13 janvier. 2000, un registre public accessible depuis le 1er janvier 2000, sur Internet (<http://ue.eu.int>) a été créé.

<sup>6</sup> Article 9, paragraphes 2 et 3.

<sup>7</sup> L'article 9 renvoie en effet à la procédure de l'article 8 qui prévoit que l'absence de réponse de l'institution dans les délais requis est considérée comme une réponse négative, et habilite le demandeur à former un recours juridictionnel contre l'institution.

motif de refus de communication suffisant<sup>1</sup>. Selon le Règlement, sont considérés comme sensibles les documents classés « confidentiels UE, secrets, et top secrets/très secrets » en vertu des règles en vigueur au sein de l'institution<sup>2</sup> concernée, protégeant «les intérêts fondamentaux de l'Union européenne ou d'un ou plusieurs de ses États membres dans les domaines définis à l'article 4, paragraphe 1 point a». Ainsi, cette définition protège les documents sensibles du domaine d'intérêt public (sécurité publique, défense, relations internationales, politique financière, monétaire ou économique); en sont au contraire exclus les documents, même classés, qui ne concernent pas l'un des domaines de l'intérêt public ou qui n'émanent pas d'une autorité publique. Or, le nombre de documents classés est très faible et les demandes sont donc très faibles<sup>3</sup>. Pourtant la décision du Conseil de classer comme confidentiels les ordres du jour des réunions du groupe de haut niveau et du groupe de travail UE/États-Unis, au motif que les autorités nord-américaines s'opposent à leur publication parce qu'il s'agirait de documents de gouvernement à gouvernement constitue selon le Parlement européen une violation du Règlement CE n° 1049/2001<sup>4</sup>. Si ces documents sont particulièrement protégés, il existe un accord interinstitutionnel concernant l'accès du Parlement européen à des informations sensibles du Conseil dans le domaine de la politique de sécurité et de défense<sup>5</sup>. Conformément à cet accord, les possibilités d'information du Parlement européen sont exclues lorsqu'il s'agit de document classé «très sensible». Pour les autres catégories de documents sensibles, les modalités de consultation des documents sensibles font l'objet d'un accord préalable entre les deux institutions. Le 23 octobre 2002, le Parlement européen a adopté une décision relative à la mise en œuvre de cet accord interinstitutionnel annexée à son Règlement<sup>6</sup>. Ainsi en cas de crise ou à la demande du Président du Parlement européen ou du Président de la Commission des affaires étrangères, des droits de l'homme, de la sécurité commune et de la politique de défense, de telles

---

<sup>1</sup> Au contraire, au regard de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, ces documents sont soustraits au régime général des documents.

<sup>2</sup> Les règles de sécurité de la Commission sont définies par la décision 2001/844, JO 317 du 3.12.2001, p. 1 et pour le Conseil, par la décision 2001/264, JO L 101 du 11. 4. 2001, p. 1.

<sup>3</sup> Voir rapport de la Commission sur la mise en œuvre du Règlement CE n° 1049/2001, op.cit. p. 20 et 21.

<sup>4</sup> Selon le Parlement européen, le Conseil ne respecte pas l'article 4, paragraphes 4 et 6, du Règlement. Dans le cas de documents de tiers, l'institution consulte le tiers afin de déterminer si une exception prévue au paragraphe 1 ou 2 est d'application, à moins qu'il ne soit clair que le document doit ou ne doit pas être divulgué (paragraphe 4), et si une partie seulement du document demandé est concernée par une ou plusieurs des exceptions susvisées, les autres parties du document sont divulguées (paragraphe 6).

<sup>5</sup> Accord interinstitutionnel concernant l'accès du Parlement européen à des informations sensibles du Conseil dans le domaine de la politique de sécurité et de défense JO C 298 du 30.11.2002, p. 4.

<sup>6</sup> Annexe VII - Procédures à appliquer pour l'examen des documents confidentiels transmis au Parlement européen.

informations sont fournies dans les meilleurs délais<sup>1</sup>. Le Président du Parlement européen et le Comité spécial peuvent demander de consulter les documents en question dans les locaux du Conseil. Les informations obtenues lors de la consultation dans les locaux du Conseil «ne font l'objet d'aucune divulgation, diffusion et reproduction totale ou partielle»<sup>2</sup>. Ainsi, les fonctionnaires habilités et censés avoir accès aux informations sensibles sont tenus au secret.

## **b Le droit d'accès partiel aux documents**

Les précisions jurisprudentielles du juge communautaire ont permis encore une avancée déterminante du droit d'accès aux documents communautaires en consacrant le principe d'un accès partiel aux documents. Ce principe est désormais reconnu au niveau législatif par le Règlement CE n° 1049/2001, article 7 paragraphe 1 qui spécifie que l'institution soit octroie l'accès au document demandé soit communique au demandeur « les motifs de son refus total ou partiel »<sup>3</sup>. Le juge communautaire s'est sans doute inspiré de la législation des États membres en matière de droit d'accès en consacrant le principe d'un droit d'accès partiel aux documents. Dans l'affaire Hautala<sup>4</sup>, le Tribunal de Première Instance (ci-après: « TPI ») avait annulé la décision du Conseil de l'Union européenne (ci-après « Conseil ») du 4 décembre 1997 qui refusait à Madame Heidi Hautala l'accès au rapport du groupe de travail du Conseil « Exportations d'armes conventionnelles ». Les faits sont les suivants: Madame Hautala, membre du Parlement européen, pose une question écrite au Conseil par laquelle elle demande des clarifications quant aux huit critères d'exportation d'armes définies par les Conseils européens de Luxembourg et de Lisbonne. Elle affirme être préoccupée par la violation des droits de l'homme entretenu par les exportations d'armes des

---

<sup>1</sup> Article 3, paragraphe 2 de l'Accord interinstitutionnel précité.

<sup>2</sup> Article 9 de la Décision du Parlement européen du 23 octobre 2002 relative à la mise en œuvre de l'Accord interinstitutionnel, précité.

<sup>3</sup> De même, l'article 5 de l'annexe II de la Décision du Conseil portant adoption de son règlement intérieur (2004/338/CE, Euratom), affirme que: «Lorsque l'accès est totalement ou partiellement refusé, le demandeur est informé(..)». Il n'exclut donc pas l'accès partiel aux documents. De la même façon, la Décision du bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen ( 2001/C374/01) affirme dans plusieurs articles (13, 14, et 16), spécialement l'article 14 paragraphe 3 que: « Le Parlement européen, dans un délai de quinze jours ouvrables à partir de l'enregistrement de la demande, soit octroie l'accès au document, soit communique par écrit les motifs de son refus total ou partiel ». De plus, la Décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur (2001/937/CE, CECA, Euratom) dispose dans l'annexe « Dispositions concernant la mise en œuvre du Règlement CE n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil », que «La direction générale ou le service dépositaire donne une suite favorable à la demande (...) lorsque (...) la divulgation, éventuellement partielle de son contenu ne porte manifestement pas atteinte à l'un des intérêts visés à l'article 4 du Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>4</sup> TPI 19 juillet 1999, Heidi Hautala / Conseil, T-14/98, Rec. p. II- 2489.



États membres de l'Union européenne. Le Conseil d'une part répond que l'un des critères dont tiennent compte les décisions d'exportation d'armes touche au respect des droits de l'homme par les pays destinataires, et d'autre part, il informe madame Hautala que le Comité politique a approuvé un rapport de son groupe de travail « Exportations d'armes conventionnelles » pour améliorer la mise en œuvre des critères communs. Madame Hautala demande alors que le rapport lui soit communiqué. Mais le Conseil lui en refuse l'accès en se fondant sur l'article 4 paragraphe 1 de la décision 93/731<sup>1</sup>, justifiant son refus d'accès par le fait que le rapport en question contient « des informations extrêmement sensibles dont la divulgation porterait atteinte à l'intérêt public, dans le domaine de la sécurité publique ». Suite à une demande confirmative de la part de Madame Hautala que le Conseil rejette, madame Hautala s'adresse au TPI, qui conclut qu'il convient d'accorder *un accès partiel* aux données non couvertes par l'exception (pt 87), alors que le Conseil soutient plutôt une position globalisante. Selon le Conseil, en effet, la restriction à l'accès justifiée sur la base de l'article 4 §1 de la décision 93/731/CE ne peut s'appliquer qu'aux documents dans leur ensemble, et non aux éléments d'information qui s'y trouvent. Pour le TPI, la décision 93/731/CE n'impose pas expressément au Conseil d'examiner si un accès partiel aux documents peut être accordé, elle n'interdit pas non plus explicitement une telle possibilité. Par conséquent, le TPI annule la décision du Conseil, la jugeant entachée d'une erreur de droit, étant donné que le Conseil n'a pas procédé à un tel examen, estimant que le principe d'accès aux documents ne s'applique qu'aux documents comme tels et non aux éléments d'information se trouvant dans ce document<sup>2</sup>.

Le Conseil, dans le cadre du pourvoi<sup>3</sup> demande alors à la Cour d'annuler le jugement du TPI. Mais la Cour rejette le pourvoi et confirme les propos du TPI émis dans son jugement du 19 juillet 1999. Elle affirme d'une part que la décision 93/731 ne viserait pas que l'accès aux documents comme tels, mais plutôt l'accès aux éléments d'information contenus dans ceux-ci<sup>4</sup>. Les conclusions de l'Avocat général vont dans le même sens<sup>1</sup>. Pour celui-ci « la notion d'accès aux documents » doit (...) « être lue en ce sens qu'elle désigne l'accès aux informations contenues dans le document de cette institution » autrement dit, « le refus

---

<sup>1</sup> Décision 93/731/CE du Conseil, du 20 décembre 1993, relative à l'accès du public aux documents du Conseil, JO L 340/43 (31.12.1993).

<sup>2</sup> N.THWAITES, Conseil de l'Union européenne / Heidi Hautala, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 4/2001p. 1010.

<sup>3</sup> Article 49 du statut CE de la Cour de justice.

<sup>4</sup> CJCE, 6 décembre 2001 Conseil de l'Union européenne / Heidi Hautala, C-353/99, rec.I-9565.

opposé par le Conseil d'examiner s'il convient d'accorder un accès partiel aux données non couvertes par les exceptions est, à l'évidence, contraire au principe de proportionnalité (...). La pratique du tout ou rien observée par le Conseil peut le conduire à marquer du sceau du secret un document entier (...) pour la seule raison qu'il contient une information isolée justifiant un refus d'accès. La plus grande partie de ce document se trouverait soustraite à la connaissance du public sans aucune justification »<sup>2</sup>. Pour la Cour, le refus d'un accès partiel constitue une violation du droit à l'information, car aucun motif ne justifie que des éléments d'informations qui ne relèvent pas de l'article 4, paragraphe 1 de la Décision 93/731 puissent être gardés secrets par une institution (attendu 29). Ainsi, selon la jurisprudence, le Conseil doit assurer au public un accès le plus large et le plus complet possible aux documents qu'il détient et donc permettre un accès partiel aux documents demandés, s'il est possible de masquer les aspects confidentiels, quand il apparaît qu'il est impossible de donner accès complet aux documents. Le législateur communautaire a finalement suivi (l'interprétation donnée par) le juge communautaire en reconnaissant l'accès partiel dans le Règlement (CE) n° 1041/2001. Cependant, l'accès partiel aux documents sous forme sonore ou audiovisuel, qui nécessite la réalisation d'une copie du document demandé, l'analyse du document et le travail proprement dit pour rendre partiellement audible ou visible le document, tout cela peut constituer une charge de travail importante. L'accès partiel aux documents conservé sur support électronique (formats Word, PDF, HTML, etc..) est, lui, beaucoup plus facile. À cet égard la jurisprudence a reconnu qu'il existe des cas dans lesquels la demande porte sur un volume important de documents ou le travail nécessaire pour supprimer certains passages jugés confidentiels entraîne pour l'administration en question un travail inapproprié. Dans ce contexte, le principe de proportionnalité permet aux institutions « de mettre en balance, d'une part, l'intérêt de l'accès du public à ces parties fragmentaires et, d'autre part, la charge de travail qui en découlerait »<sup>3</sup>. Toutefois, la conséquence directe est qu'un demandeur ne reçoive pas un document authentique, mais seulement des informations parcellaires, ce qui n'irait pas à l'encontre de l'objectif de transparence poursuivi par le Règlement (CE) 1049/2001. Ainsi l'accès partiel aux documents peut constituer aussi une limite au droit

---

<sup>1</sup> Voir les conclusions de l'avocat général Léger, présentées le 10 juillet 2001. Conseil de l'Union européenne / Heidi Hautala, C-353/99 Rec. I-9567.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Arrêt du TPI Hautala c/ Conseil T-14/98, précité ( paragraphe 86). Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt de la CJCE ; Conseil / Hautala C-353/99 P ( paragraphe 30), arrêts du TPI , Mattila c/ Conseil et Commission, aff. T-204/99 précité ( paragraphes 68 et 69) et Kuijter c/ Conseil, aff; T-211/00, rec. 2002, p. II-485 (paragraphe 57).

d'accès. Cependant, le Règlement prévoit que les exceptions sont appliquées pour une période limitée dans le temps.

L'article 4 paragraphe 7 du Règlement (CE) 1049/2001 stipule que les exceptions peuvent s'appliquer seulement pendant une période maximale de trente ans. Au-delà de cette période, seules les exceptions relatives à la vie privée aux intérêts commerciaux ainsi que le régime spécifique aux documents sensibles peuvent encore être applicables en cas de besoin. A ceci il faut ajouter le Règlement (CE Euratom) n° 1700/2003<sup>1</sup> concernant l'ouverture au public des archives historiques de la CEE et CEEA, selon lequel tous les documents des institutions communautaires deviennent accessibles à l'issue d'une période de trente ans. Cette règle connaît les mêmes limites que l'article 4, paragraphe 7 du Règlement 1049/2001. Il existe cependant une différence importante entre les deux Règlements: le Règlement des archives historiques s'applique à toutes les institutions ainsi qu'à tous les organes de l'Union européenne<sup>2</sup> alors que le Règlement 1049/2001 limite son champ d'application aux trois institutions.

La Commission a reconnu que le Règlement n'était pas parfait, mais qu'il représentait surtout : « le point d'équilibre entre les caractéristiques des institutions et le point de vue des États membres »<sup>3</sup>. L'évolution intervenue au niveau européen en matière de droit d'accès aux documents fait que l'Union européenne ne présente plus aujourd'hui de retard marquant par rapport aux législations définies au niveau international et à celles des États membres<sup>4</sup>. Au contraire, l'Europe a achevé des travaux importants dans ce domaine<sup>1</sup>. Le droit communautaire apparaît à certains égards comme innovateur par rapport aux législations de certains États membres et peut ainsi jouer un rôle d'incitation et d'harmonisation positive sur les systèmes juridiques des États membres, surtout pour ceux qui ne sont pas encore dotés

---

<sup>1</sup> Règlement (CE Euratom) n° 1700/2003 du Conseil du 22 septembre modifiant le Règlement (CEE, Euratom) n° 354/83 concernant l'ouverture au public des archives historiques de la Communauté Economique Européenne et de la Communauté de l'Energie Atomique, J.O. n° L 243 du 27/08/2003, p. 1-4.

<sup>2</sup> Article premier alinéa 2 dispose que :« (.) chaque institution de la Communauté européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, ainsi que le Comité économique et social, le Comité des régions et les agences et organismes similaires créés par le législateur communautaire, établit ses archives historiques et les rend accessibles au public, dans les conditions prévues par le présent Règlement et après l'écoulement d'un délai de trente ans à compter de la date de production des documents».

<sup>3</sup> Commissaire Michel Barnier in Bulletin Europe, n°7957, 4 mai 2001, p.11.

<sup>4</sup> Pourtant, pour les États comme la Suède, qui va bientôt célébrer les 250 ans de la Loi fondamentale sur la liberté de la presse de 1766, une des lois fondatrices de la démocratie suédoise, le droit d'accès aux documents administratifs est considéré comme étant menacé par les principes du droit communautaire ( Voir dans ce sens Ulf ÖBERG, Un droit fondamental de la première génération; Colloque à l'occasion du XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, 16 et 17 octobre 2003, Paris ( non encore publié).

d'une réglementation garantissant un droit d'accès général aux documents administratifs. L'analyse du droit d'accès général aux documents administratifs garanti par le système juridique français, italien et allemand montre que le système communautaire s'est inspiré du modèle français. Par conséquent, il n'est pas étonnant que certaines similitudes existent entre les différents systèmes; l'évolution du droit d'accès au niveau national et communautaire montre qu'il y a une influence réciproque.

### **3 Un droit d'accès aux documents s'appliquant à tous les domaines d'activités de l'Union européenne**

Le droit d'accès aux documents garanti par l'article 255 TCE a élargi le champ d'application dans la mesure où il s'applique désormais également aux titres V et VI du Traité de l'Union européenne. Les articles 255 CE et 207 CE sont expressément repris dans la liste des dispositions du Traité CE rendues applicables au titre V article 28 du TUE «Dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune» et au titre VI article 41 «Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale » du Traité TUE. Au contraire, les Traités CECA et Euratom ne reprennent pas les dispositions concernant l'accès aux documents garantis par l'article 255 CE et l'article 207 CE. Cependant la Déclaration n° 41 annexée à l'acte final d'Amsterdam affirme que : «le Parlement Européen, le Conseil et la Commission, lorsqu'ils agissent au titre CECA et du Traité Euratom, devront s'inspirer des dispositions en matière de transparence, d'accès aux documents (...) en vigueur dans le cadre du Traité instituant la Communauté européenne», et le Traité CE dispose que « les dispositions du présent Traité ne dérogent pas aux stipulations du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique»<sup>2</sup>. Ainsi, elle a tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle les dispositions prises en

---

<sup>1</sup> Des prescriptions, comme celles de la résolution n° 81-19 du 25 novembre 1981, du Conseil de l'Europe et de la recommandation Rec (2002) 2 du Conseil de l'Europe du 21 février 2002 sur l'accès aux documents publics, se retrouvent bien dans le système juridique européen sur le droit d'accès aux documents administratifs .

<sup>2</sup> TCE, article 305 paragraphe 2.

application du Traité CE à défaut de dispositions spécifiques<sup>1</sup> s'appliquent aux matières relevant du Traité CECA et Euratom<sup>2</sup>.

Le TPI avait donné une interprétation large du champ d'application avant l'entrée en vigueur du Règlement CE n° 1049/2001 en reconnaissant à toute personne le droit de demander d'avoir accès à «n'importe quel document non publié» de la Commission, sans qu'il soit nécessaire de motiver la demande<sup>3</sup>. Dans l'affaire Svenska Journalistförbundet/Conseil<sup>4</sup>, le TPI a fait valoir que la Décision 93/731/CE<sup>5</sup> relative à l'accès du public aux documents du Conseil est applicable «à tout document du Conseil, indépendamment de son contenu»<sup>6</sup>. Avec le Traité d'Amsterdam, les actes pris en application de l'article 207, paragraphe 3, du Traité CE, qui constitue la base juridique de la décision 93/731, sont applicables aux dispositions relatives à la PESC. Enfin « la circonstance que le tribunal n'est pas, en vertu de l'article 46 TUE, compétent pour apprécier la légalité des actes relevant du titre V dudit Traité, ne fait pas obstacle à sa compétence pour se prononcer en matière d'accès auxdits actes »<sup>7</sup>. Il faut également remarquer que le règlement intérieur du Conseil de 1999 a prévu une certaine publicité des votes lorsque le Conseil agit dans le cadre des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne. Les résultats de vote et les explications de vote sont rendus publics lorsque le Conseil établit une convention en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Au contraire, les déclarations inscrites au procès-verbal du Conseil et les points de ce procès-verbal relatifs à l'adoption de ces conventions sont rendus publics uniquement par décision du Conseil ou du Coreper pris à la demande d'un de leurs membres<sup>8</sup>. Dans les cas où le Conseil agit dans le cadre de la PESC, ou lorsque le Conseil adopte une position commune dans le domaine de la coopération, policière et

---

<sup>1</sup> Par exemple les documents classifiés en vertu des régimes de secret prévus par le Règlement (CEE) n°3 de 1958, qui met en application l'article 24 du Traité Euratom se situent hors du champ d'application du Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>2</sup> CJCE, 15 déc. 1987, Deutsche Babcock, aff. 328/85: Rec. 1987, p. 5119. Dans ce renvoi préjudiciel, la Cour a interprété le premier paragraphe de l'article 305 CE dans le sens que le Traité CE et les dispositions prises en application de celui-ci s'appliquent aux matières relevant du Traité CECA à défaut de dispositions spécifiques dans ce Traité ou dans les réglementations adoptées sur la base de celui-ci.

<sup>3</sup> Cf. arrêt du TPI, 6 février 1998, Interporc/ Commission, T-124/96, Rec. p. II-231, point 48).

<sup>4</sup> TPI, 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet c/ Conseil, aff. T-174/95: Rec. 1998 II-2289.

<sup>5</sup> Article premier, paragraphe 2 et article 2ème, paragraphe 2 décision 93/731/CE .

<sup>6</sup> TPI, 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet c/ Conseil, aff. T-174/95: Rec. 1998 II-2289, pt 81.

<sup>7</sup> CJCE, Conseil c/Hautala, 6 déc. 2001, aff. C-353/99P., Rec. 2001, p. I-9565, sp. pt 42).

<sup>8</sup> Article 7 paragraphe 2 règlement intérieur de 1999.

judiciaire en matière pénale, les résultats de vote sont rendus publics seulement par décision unanime du Conseil ou du Coreper pris à la demande d'un de leurs membres<sup>1</sup>.

Le Traité d'Amsterdam marque la volonté de garantir la plus grande transparence du processus législatif en imposant au Conseil d'identifier les cas où il doit être considéré comme agissant en sa qualité de législateur afin de permettre un meilleur accès aux documents.

## **B La transparence des travaux du Conseil agissant en sa qualité de législateur**

Le Conseil de l'Union européenne a été défini comme «l'institution qui a le plus mal vieilli, car son esprit diplomatique tourné vers le compromis et le secret nuit à l'exercice d'une fonction législative efficace et transparente»<sup>2</sup>. La transparence est l'un des aspects de la qualité de la législation si l'on veut améliorer l'accessibilité de la législation et surtout si l'on veut rendre plus transparent le processus décisionnel menant à l'adoption de l'acte. Cependant, on constate que les mesures garantissant la transparence du processus législatif (1) limitent le droit d'accès aux documents «législatifs» en phase finale d'adoption (2).

### **1 Les mesures garantissant la transparence du processus législatif**

Le deuxième alinéa du §3 de l'article 207<sup>3</sup>, impose au Conseil d'identifier les cas où «Il doit être considéré comme agissant en sa qualité de législateur afin de permettre un meilleur accès aux documents dans ce cas, tout en préservant l'efficacité de son processus de prise de décision. En tout état de cause, lorsque le Conseil agit en sa qualité de législateur, les résultats et les explications des votes, ainsi que les déclarations inscrites au procès-verbal, sont rendus publics»<sup>4</sup>. Par cette disposition, on a voulu garantir la plus grande transparence du processus législatif<sup>5</sup> au niveau communautaire. Or, depuis 1993, date à laquelle le Conseil,

---

<sup>1</sup> Article 7, paragraphe 3 lett. a)., règlement intérieur du Conseil de 1999.

<sup>2</sup> Selon la formule du député européen, Alain Lamassoure, in Commentaire n° 90/2000, pp. 259-272.

<sup>3</sup> Introduit par le Traité d'Amsterdam.

<sup>4</sup> L'article 207 paragraphe 3 TCE.

<sup>5</sup> Le RIC définit dans l'article 7, les cas où le Conseil agit comme législateur au sens de l'article 207, paragraphe 3, second alinéa. Ainsi, selon les termes de cet article, le Conseil agit comme législateur « lorsqu'il adopte des normes juridiquement obligatoires dans ou pour les États membres, par des Règlements, directives, décisions-cadres ou décisions sur la base des dispositions pertinentes des Traités, à l'exclusion des délibérations conduisant à l'adoption de mesures d'ordre intérieur, d'actes administratifs ou budgétaires, d'actes concernant

afin d'améliorer la transparence du processus décisionnel d'actes à caractère législatif, a modifié son règlement intérieur<sup>1</sup> pour rendre publics les votes lors de l'adoption des positions communes dans le cadre des procédures de coopération<sup>2</sup> et de codécision<sup>3</sup>, les améliorations de la transparence du processus décisionnel du Conseil agissant en sa qualité de législateur ont été multiples.

La première mesure a été la résolution du 8 juin 1993 avec laquelle le Conseil a manifesté sa volonté de rendre «la législation communautaire plus claire, plus simple, plus concise et compréhensible»<sup>4</sup>. La résolution afin d'améliorer la qualité rédactionnelle prévoit ainsi des mesures d'informations importantes, par exemple l'exigence d'un préambule justifiant le dispositif de l'acte<sup>5</sup>.

Or, malgré ces mesures et déclarations allant dans le sens de la transparence, le paragraphe 3 de l'article 207 TCE affirme en même temps le souci de l'efficacité du processus de prise de décision, qui, selon le Conseil, signifie que les délibérations du Conseil relèvent du secret professionnel. La possibilité de limiter le droit d'accès aux documents pour préserver l'efficacité du « processus de prise de décision »<sup>6</sup> n'est donc pas exclue; en réalité, cela signifie que le droit d'accès est limité par les enjeux politiques.

## **2 Le droit d'accès aux documents limité aux documents «législatifs» en phase finale d'adoption**

Le règlement intérieur du Conseil<sup>7</sup>, qui est resté en vigueur jusqu'au 31 mai 1999, date à laquelle il a été remplacé par la décision du Conseil portant adoption de son nouveau règlement intérieur<sup>8</sup>, disposait que la publicité automatique du résultat des votes doit être

---

les relations interinstitutionnelles ou internationales ou d'actes non obligatoires (tels que conclusions, recommandations ou résolutions)».

<sup>1</sup> Décision du Conseil n° 93/662 du 6 décembre 1993 portant adoption de son règlement intérieur, J.O.C.E. L. 304, 10 déc. 1993. p. 1. modifiée par la Décision du Conseil n° 95/24 du 6 fév. 1995 (J.O.C.E. L. 31, 10 fév. 1995, p. 4.

<sup>2</sup> Article 252 TCE (ex- article 189C).

<sup>3</sup> Article 251 TCE (ex-article 189B).

<sup>4</sup> Résolution du Conseil du 8 juin 1993 relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire (93/C166/01).

<sup>5</sup> Point 6 de la résolution précité.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Décision du Conseil 93/662/CE, JO L 304 du 10/12/1993, p. 1-7. du 6 décembre 1993 portant adoption de son Règlement intérieur.

<sup>8</sup> Décision, 1999/385/CE, CE, CECA, Euratom, JO L 147 du 12/06/1999, p. 13-22.

garantie lorsque le Conseil agit comme législateur<sup>1</sup>, y compris les votes lors de l'adoption des positions communes dans le cadre des procédures de coopération et de codécision ainsi que les votes exprimés dans le cadre du Comité de conciliation prévu dans la procédure de codécision<sup>2</sup>. Lorsque les votes sont rendus publics, les explications de vote (si elles existent) faites par les membres du Conseil sont également rendues publiques, à la demande du membre du Conseil concerné, à condition de respecter le règlement intérieur, la sécurité juridique et les intérêts du Conseil<sup>3</sup>. En revanche, concernant les procès-verbaux du Conseil et les décisions qui y sont inscrites, lorsque le Conseil n'agit pas comme législateur, ils sont normalement confidentiels par le fait qu'ils reflètent les délibérations du Conseil qui sont elles-mêmes couvertes par le secret professionnel<sup>4</sup>. Le Conseil peut cependant décider à la majorité simple et au cas par cas de les rendre publics<sup>5</sup>. Le Conseil considère en effet, comme il l'a résumé dans l'affaire Carvel c/Conseil, que « dans le cadre d'un processus de négociation et de compromis, au cours duquel ses membres expriment librement leurs préoccupations et leurs positions nationales (...), il serait essentiel que les positions prises par ses membres doivent rester confidentielles (...) pour permettre l'adoption de la législation communautaire »<sup>6</sup>. Ainsi dans le cas où le procès-verbal et les déclarations relatives aux actes ne concernent pas des documents législatifs en phase finale d'adoption, c'est la confidentialité qui prédomine.

Il en va de même pour les actes préparatoires qui précèdent l'adoption définitive d'actes législatifs qui ne sont pas rendus publics, sauf décision contraire du Conseil à la majorité simple. En revanche, dès que l'acte en question est définitivement adopté, l'accès est plus facilement accordé. Le Code de conduite du Conseil du 2 octobre 1995<sup>7</sup> concernant la publicité des procès-verbaux et des déclarations aux procès-verbaux du Conseil agissant comme législateur va également dans ce sens. Ce Code prévoit que le Conseil examinera systématiquement la question de la publicité des points des procès-verbaux du Conseil et des déclarations, qui concernent « l'adoption définitive » d'un acte législatif. Toutefois, le Code

---

<sup>1</sup> Le Conseil agit comme législateur au sens de l'article 7 paragraphe 5 premier tiret du règlement intérieur du Conseil (décision 1993/662/CE) « lorsqu'il adopte des normes juridiques obligatoires dans ou pour les États membres, que ce soit au moyen de Règlements, de directives ou de décisions(..). » Annexe décision du Conseil du 6 décembre 1993 portant adoption de son règlement intérieur ( 93/662/CE) JO L. 304 du 10/12/1993, p. 7.

<sup>2</sup> Article 7, paragraphe 5 du règlement intérieur du Conseil de 1993.

<sup>3</sup> Article 5, paragraphe 1, 2° al. du RIC.

<sup>4</sup> Article 5, paragraphe 1 du RIC.

<sup>5</sup> Article 5, paragraphe 1 du règlement intérieur de 1993.

<sup>6</sup> TPI 19/10/1995, Carvel c/Conseil, aff. T-194/94, Rec 1995, p. II-2765 paragraphe 52.

<sup>7</sup> Doc. 10204/95 (Presse 271), p. 15- 18.



précise qu'il sera tenu compte de l'opinion des membres du Conseil dont les positions sont reprises dans le procès-verbal en question. Le Traité d'Amsterdam, qui modifie l'article 207, dispose que lorsque le Conseil agit en sa qualité de législateur, « les résultats et les explications des votes, ainsi que les déclarations inscrites au procès-verbal, sont rendus publics ».

Cependant, le règlement intérieur entré en vigueur le 23 mars 2004<sup>1</sup> reprend les dispositions prévues par les anciens règlements intérieurs du Conseil de 1993 et celui adopté en 1999<sup>2</sup>. Ainsi, le Conseil agit comme législateur seulement lorsque le Conseil « adopte des normes juridiques obligatoires »<sup>3</sup>. Par conséquent, la publicité automatique des résultats et des explications de vote des membres du Conseil, ainsi que les déclarations inscrites au procès-verbal du Conseil et les points de ce procès-verbal relatifs à l'adoption d'actes législatifs sont garantis au sens de l'article 7 du RIC. La même règle s'applique aux résultats des votes et aux explications de vote, aux déclarations inscrites au procès-verbal du Conseil et aux points de ce procès-verbal relatif à l'adoption d'une position commune en application des articles 251 ou 252 du Traité CE, aux résultats des votes et aux explications de vote des membres du Conseil ou de leurs représentants au comité de conciliation, ainsi qu'aux déclarations inscrites au procès verbal du Conseil et aux points du procès-verbal relatifs à la réunion du comité de conciliation. Par ailleurs, le Règlement CE n° 1049/2001 précise que l'accès à un document destiné à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution est refusé même après que la décision a été prise à condition que « la divulgation du document porte gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution »<sup>4</sup>.

La règle de la publicité s'applique aussi aux résultats des votes et aux explications de vote ainsi qu'aux déclarations inscrites au procès-verbal du Conseil et aux procès-verbaux relatifs à l'établissement par le Conseil d'une convention sur la base du titre VI du Traité sur l'Union européenne<sup>5</sup>. Afin de juger de l'application des nouvelles règles en question, la demande du 9 septembre 2002 d'accès aux documents faisant apparaître la position des différents États membres sur la proposition de réforme de la politique commune de la pêche

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil du 22 mars 2004, (2004/338/CE, Euratom), JO. L. 106 du 15/04/2004, p. 22-45.

<sup>2</sup> Décision du Conseil, du 31 mai 1999, portant adoption de son règlement intérieur (1999/385/CE, CECA, Euratom, JO L 147 du 12/06/1999, p. 13-22.

<sup>3</sup> Article 7 RIC de 2004.

<sup>4</sup> Article 4, paragraphe 3 alinéa 2.

<sup>5</sup> Voir article 9, paragraphe 1, lett. a; b; et c. du RIC de 2004.

est significative<sup>1</sup>. Le Conseil, conformément au Règlement CE n° 1041/2001<sup>2</sup>, rejeta la demande le 19 septembre 2002 en motivant qu'une divulgation trop précoce rendrait difficile le traitement en cours de cette question importante. La divulgation des documents qui contiennent les positions des délégations est selon le Conseil à même de faire courir un risque aux possibilités de parvenir à une solution. Le demandeur présenta une demande confirmative le 23 septembre 2002 dans lequel il faisait valoir que les documents de travail contenant les positions des différents États membres sur d'autres questions (droit au regroupement familial) sont accessibles et qu'il est difficile de justifier sur la base des Traités des règles différentes dans différents secteurs. Le 21 octobre 2002 (donc au-delà du terme des quinze jours prescrits), le Conseil donna accès partiellement aux documents demandés. Cependant, les documents joints reprenaient uniquement les positions de la Suède et des Pays-Bas qui par ailleurs étaient déjà bien connues du public selon lesquelles seuls ces deux États avaient donné leur accord. En revanche, pour la position des autres États membres le Conseil précise : « Si ces positions devaient être rendues publiques alors que le débat se trouve encore à une phase très préliminaire et en particulier lorsque d'importants intérêts nationaux sont en jeu, la possibilité qu'ont les délégations de revoir leurs positions à la lumière des débats en cours serait considérablement réduite ». Enfin, le Conseil, dans sa réponse, précise aussi que l'évaluation doit se faire au cas par cas, en tenant compte du contenu de chaque document, du stade des délibérations du Conseil et de la sensibilité politique du dossier concerné<sup>3</sup>. Cela signifie que selon la situation le Conseil peut prendre des conclusions différentes en ce qui concerne la divulgation des prises de position des délégations. Ainsi le droit d'accès à ces types de documents est décidé en fonction d'une appréciation politique de la sensibilité du sujet traité.

Au contraire, l'ouverture au public des délibérations du Conseil est nouvelle, c'est-à-dire la retransmission publique par des moyens audiovisuels des débats et des votes du Conseil prévue par l'article 8 du RIC. Cependant, cette ouverture est limitée aux délibérations du Conseil sur les actes adoptés selon la procédure de codécision visée à l'article 251<sup>4</sup> du

---

<sup>1</sup> Voir Staffan DAHLLÖF, «Une Union européenne plus ouverte sur les documents de l'UE pouvant être obtenus sur demande et les documents qui ne sont pas communiqués», , [www.authorsrights.org](http://www.authorsrights.org).

<sup>2</sup> Article 4, paragraphe 3, Règlement (CE) n° 1049/2001.

<sup>3</sup> Cf. Staffan DAHLLÖF ( Une Union européenne plus ouverte (...), op. cit.

<sup>4</sup> Alors que le champ d'application de la procédure de codécision prévu par l'article 251 (ex-article 189B), introduit par le Traité sur l'Union européenne, était initialement limité, il a connu une extension avec le Traité d'Amsterdam, qui a procédé à une extension significative du champ d'application de la procédure de codécision. Sont soumis à la procédure de codécision les domaines de coopération douanière, politique, sanitaire et

Traité CE et selon les conditions définies par le règlement intérieur<sup>1</sup>. Au contraire, « les délibérations conduisant à des votes indicatifs ou à l'adoption d'actes préparatoires ne donnent pas lieu à publicité des votes »<sup>2</sup>. Cela révèle un manque important de transparence, car ces délibérations reflètent la position des délégations des États membres au sein du Conseil, avant l'adoption d'une position commune.

Enfin, il ressort des dispositions du règlement intérieur que sont ouverts au public la présentation par la Commission de ses « principales propositions législatives » et le débat qui s'ensuit au sein du Conseil. Mais cela ne signifie pas pour autant que toutes les propositions législatives sont ouvertes au public. Néanmoins, le Conseil doit tenir un débat public sur les nouvelles propositions législatives importantes autres que celles visées ci-dessus. Le vote sur les actes législatifs est ouvert au public, de même que les délibérations finales du Conseil aboutissant à ce vote et les explications de ce vote qui l'accompagnent. Cependant, les membres du Conseil sont prévenus par la présidence dans l'ordre du jour provisoire, en utilisant les mots « délibérations publiques » les points sur lesquels le Conseil votera à la fin des délibérations<sup>3</sup>. Au contraire, les autres questions qui seront traitées par le Conseil et qui touchent aux intérêts de l'Union ne sont pas rendues publics, sauf si le Conseil ou le Coreper décide à la majorité qualifiée, que les débats seront publics<sup>4</sup>. Concernant les documents accessibles au public, on constate, comme dans le cas des délibérations et des votes, qu'en sont exclus les actes préparatoires qui précèdent l'adoption définitive d'actes législatifs. Selon le règlement intérieur, après l'adoption d'une décision sur la base de la procédure de codécision prévue par l'article 251 TCE et les projets communs approuvés par le comité de conciliation ou l'adoption définitive de l'acte concerné, le Conseil (à travers le secrétariat général) rend accessibles au public tous les documents législatifs relatifs à cet acte qui ont été établis avant l'une des décisions et qui ne sont couverts par aucune des exceptions<sup>5</sup>, du Règlement (CE) n° 1049/2001. Ces documents législatifs<sup>1</sup> peuvent être les notes d'information, les rapports, les rapports d'étape et les rapports sur l'état des travaux du

---

vétérinaire, de transparence de lutte contre la fraude, le domaine de la libre circulation des citoyens européens, d'établissements, de transports, de formation professionnelle, comme aussi la recherche, l'environnement, l'éducation, la culture, la santé etc.. Pour une analyse de la procédure de codécision, voir C. REICH, «Le Traité d'Amsterdam et le champ d'application de la procédure de codécision.», *RMC*, 1997 p. 665.

<sup>1</sup> Article 8 paragraphe 1 règlement intérieur ( 2004/338/CE, Euratom).

<sup>2</sup> Article 9, paragraphe 3, règlement intérieur ( 2004/338/CE, Euratom).

<sup>3</sup> Voir article 8 , paragraphe 1 points b et c du règlement intérieur ( 2004/338/CE, Euratom).

<sup>4</sup> Voir article 8, paragraphe 3, règlement intérieur du Conseil ( 2004/338/CE, Euratom).

<sup>5</sup> Visées à l'article 4, paragraphes 1 et 2, et paragraphe 3, deuxième alinéa.

Conseil ou d'une instance préparatoire, à l'exclusion des avis et des contributions du service juridique. Cependant, à la demande d'un État membre, les documents législatifs qui ont été établis avant l'adoption d'une décision ou l'adoption définitive de l'acte concerné et qui reflètent la position de la délégation de cet État membre au sein du Conseil, ne sont pas rendus accessibles au public en vertu du règlement intérieur<sup>2</sup>.

Cela montre donc que le Conseil agissant en sa qualité de législateur est encore une institution caractérisée par un « esprit diplomatique tourné vers le compromis et le secret »<sup>3</sup>. Tant que la confidentialité prévaudra sur la transparence, il sera difficile de réaliser cette Union européenne, qui se veut « sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens »<sup>4</sup>. Cependant, le Règlement 1049/2001a permis d'améliorer sensiblement la mise en œuvre pratique du droit d'accès aux documents, par rapport aux règles précédentes.

## **SECTION II Les garanties du droit d'accès aux documents**

Le Règlement (CE) n° 1049/2001 vise à optimaliser l'accès aux documents dans le plus grand respect du principe d'ouverture<sup>5</sup>. Le quatrième considérant précise que ce Règlement doit donner « le plus large effet possible au droit d'accès du public aux documents »<sup>6</sup> le dix-septième considérant précise qu'en « vertu du traité CE<sup>7</sup>, chaque institution élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Annexe II RIC, article 11, paragraphe 2 entend par « documents législatifs », les documents établis ou reçus au cours des procédures d'adoption d'actes législatifs au sens de l'article 7 du règlement intérieur du Conseil.

<sup>2</sup> Voir annexe II. article 11, paragraphes 6 et 7 RIC.

<sup>3</sup> Alain Lamassoure, in Commentaire n° 90/2000, op. cit.

<sup>4</sup> Article premier ( ex-article A) Traité Union européenne.

<sup>5</sup> Selon le juge communautaire, les décisions 93/731/CE et 94/90 CECA/CE/EURATOM (désormais substituée par le Règlement n° 1049/2001) ont pour but de traduire « le principe d'un accès aussi large que possible des citoyens à l'information, Cf. TPI, John Carvel et Guardian Newspapers Ltd/ Conseil ,l'affaire T-194/94, Recueil 1995, p. II-2765, et TPI , WWF UK / Commission, l'affaire T-105/95 , Recueil 1997, p. II-313.

<sup>6</sup> Article 255, paragraphe 2 TCE.

<sup>7</sup> Article 255, paragraphe 3.

<sup>8</sup> La décision 93/731/CE du Conseil du 20 décembre 1993 relative à l'accès du public aux documents du Conseil, JOCE L 304 du 31 décembre 1993, p. 43, la décision 94/90/CECA, CE, Euratom de la Commission du 8 février 1994 relative à l'accès du public aux documents de la Commission, JOCE L 46 du 18 février 1994, p. 58, la décision 97/632/CE, CECA, Euratom du Parlement européen du 10 juillet 1997 relative à l'accès du public aux

Ainsi, c'est le Règlement qui doit mettre en œuvre le droit d'accès aux documents et en définir les principes généraux. L'expérience acquise dans sa mise en œuvre est donc faible, et ne permet pas encore d'évaluer sa portée à la lumière de la jurisprudence communautaire. L'étude de la mise en œuvre du droit d'accès suppose que soient d'abord précisés les aspects procéduraux du droit d'accès (§1), avant l'analyse de la mise en place d'un système actif d'information (§2). Enfin, l'étude des exceptions au droit d'accès permettra de montrer une interprétation large des exceptions de la part des institutions (§3).

## **§1 Les aspects procéduraux du droit d'accès aux documents**

Le Règlement précité fixe un ensemble d'éléments procéduraux applicables aux demandes d'accès, qui sont l'obligation d'une demande écrite (A), le délai de réponse (B) et, en cas de refus, l'accès des voies de recours externes(C).

### **A La nécessité d'une demande écrite**

L'unique condition pour qu'une demande soit recevable est qu'elle soit formulée par écrit, dans une des langues officielles de la Communauté<sup>1</sup>. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont précisé dans leurs dispositions de mise en œuvre les modalités pour présenter une demande<sup>2</sup>. Ces dispositions prévoient la possibilité d'envoyer par courrier postal, par fax ou par courrier électronique les demandes. Le Parlement européen met à disposition un formulaire électronique sur son site internet<sup>3</sup>, enfin un accusé de réception est adressé au demandeur<sup>4</sup>. L'article 6, paragraphe 1 du Règlement CE n° 1049/2001 précise que « le demandeur n'est pas obligé de justifier sa demande ». Contrairement à certaines législations nationales, le Règlement ne contient pas de clauses relatives aux demandes

---

documents du Parlement européen, JOCE L 263 du 25 septembre 1997, p. 27, devraient donc être, le cas échéant, modifiées ou abrogées.

<sup>1</sup> Parlement européen et Conseil, Règlement CE n° 1049/2001 précité, article 6, paragraphe 1.

<sup>2</sup> Décision du Conseil (2004/338/CE, Euratom) Annexe II, articles 2 à 11. Décision de la Commission (2001/937/CE, CECA, Euratom) article 2. Décision du Bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen (2001/C374/01) article 8.

<sup>3</sup> [www4.europarl.eu.int/registre/recherche/DemandeDocuments.cfm](http://www4.europarl.eu.int/registre/recherche/DemandeDocuments.cfm).

<sup>4</sup> Article 7 du Règlement CE n° 1049/2001; article 3 de la Décision de la Commission (2001/937/CE, CECA, Euratom), article 9 de la Décision du Bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen (2001/C374/01).

abusives, répétitives ou manifestement déraisonnables. Le Règlement<sup>1</sup> prévoit uniquement qu'« en cas de demandes portant sur un document très long ou un très grand nombre de documents l'institution peut se concerter avec le demandeur de manière informelle afin de trouver un arrangement équitable ». Cependant, on constate que lorsque les demandes sont considérées comme « démesurées », la Commission a invoqué le principe de proportionnalité en répondant au demandeur que le traitement de sa requête entraînerait une surcharge administrative qui porterait atteinte au principe de bonne administration. Le Tribunal de Première Instance est actuellement saisi de deux décisions de refus de la Commission fondées sur le principe de proportionnalité.<sup>2</sup> Le Règlement prévoit que les demandes d'accès doivent être traitées avec promptitude afin de permettre un accès rapide aux documents demandés.

## **B Le délai de réponse aux demandes d'accès**

Le Règlement prévoit que dans un délai de quinze jours<sup>3</sup> ouvrables à partir de l'enregistrement de la demande, l'institution soit octroie l'accès au document demandé, soit communique les motifs de son refus total ou partiel<sup>4</sup>. Le défaut de réponse dans les quinze jours suivant l'introduction de la demande initiale vaut décision de refus, comme suite à laquelle le demandeur est habilité à présenter une demande confirmative. Les demandes confirmatives doivent être également traitées dans un délai de quinze jours<sup>1</sup>. Le défaut de réponse dans les quinze jours suivants l'introduction de la demande confirmative vaut

---

<sup>1</sup> L'article 6, paragraphe 3 Règlement (CE) n° 1049/2001.

<sup>2</sup> TPI Verein für Konsumenteninformation c/ Commission aff. T-2/03, et TPI British American Tobacco (Investments) Ltd c/ Commission T 170/03, ces affaires sont toujours pendantes.

<sup>3</sup> Le délai de réponse prévu antérieurement par l'article 7, paragraphe 1 de la décision 93/731/CE était d'un mois, idem pour la demande confirmative, l'article 7, paragraphe 3 prévoit un délai de réponse d'un mois; le défaut de réponse dans le mois suivant l'introduction de la demande confirmative vaut décision de refus.

<sup>4</sup> Le projet initial de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 – 2000/0032 (COD)) présenté par la Commission au Parlement européen le 28 janvier 2000, conformément à l'article 251, paragraphe 2, et à l'article 255, paragraphe 2, du traité CE, prévoyait un délai de réponse d'un mois accordé aux institutions. Or le Parlement européen a justement considéré que ce délai de réponse était trop long et « ne peut s'appliquer à une administration moderne et efficace. L'instauration de procédures internes cohérentes et, en particulier, d'un registre complet des documents détenus par chaque institution réduirait de manière significative le délai de traitement de demandes ». Rapport sur la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 C5-0057/2000 2000/0032(COD)) Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures Rapporteur Michael Cashman.

décision de refus et habilite le demandeur à former un recours juridictionnel contre l'institution et/ou à présenter une plainte au Médiateur<sup>2</sup>. Il faut ici ouvrir une parenthèse pour bien apprécier la portée de ces mesures.

Lors de la présentation de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, — présentation effectuée par la Commission —, celle-ci a insisté sur la nécessité de reconnaître le principe du silence positif au stade de la demande confirmative, ce qui représente un renforcement des droits du citoyen<sup>3</sup>. Mais le texte promulgué n'a pas retenu cette proposition : «l'absence de réponse de l'institution dans le délai requis est considérée comme une réponse négative»<sup>4</sup>.

Dans ce délai de réponse est inclus aussi le cas où l'institution est saisie d'une demande d'accès à un document qu'elle détient, mais qui émane d'un tiers. Les trois institutions ont prévu dans leurs règles intérieures une procédure de consultation des tiers afin de déterminer si une des exceptions prévues aux articles 4 et 9 du Règlement CE n° 1049/2001 est d'application. Le Parlement impose un délai de réponse impérative de 5 jours ouvrables<sup>5</sup>, le Conseil prévoit un « délai raisonnable » et la Commission un délai qui ne peut être inférieur à cinq jours ouvrables, mais qui doit permettre à la Commission de respecter ses propres délais de réponse<sup>6</sup>. Cependant, le règlement intérieur de la Commission prévoit que dans le cas de demandes complexes ou volumineuses, ce délai peut être prolongé de quinze

---

1 Article 8, Règlement CE n° 1049/2001

<sup>2</sup> Au Conseil, les décisions initiales sont prises par le Secrétariat général ( annexe II, article 7 RIC), alors que le pouvoir de décision sur les demandes confirmatives appartient au Conseil (annexe II article 8 RIC). En principe les décisions sont adoptées à la majorité simple sur proposition du Groupe de l'Information et du Coreper. Au sein de la Commission qui opère de façon plus décentralisée, les demandes initiales sont traitées par le directeur général ou le chef de service concerné par la demande, soit par un directeur désigné à cet effet au sein du Secrétariat général ou par un directeur désigné au sein de l'OLAF (Office Européen de Lutte Antifraude) (voir annexe , article 3, décision 2001/937/CE, CECA, Euratom); en cas de demandes portant sur des documents relatifs aux activités de l'OLAF (voir article 2, paragraphes 1 et 2 de la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'OLAF; JO. L 136 du 31.5.1999, p. 20), les demandes confirmatives sont au contraire réexaminées par le secrétaire général ou par le Directeur général de l'OLAF lorsque la demande confirmative concerne des documents relatifs aux activités de l'OLAF. Au niveau du Parlement européen , les décisions initiales sont prises par le Secrétaire général ou par un fonctionnaire habilité (article 12, paragraphe 1 (décision 2001/C 374/01), la réponse à toute demande confirmative incombe au bureau du Parlement européen (article15, paragraphe 1) (décision 2001/C 374/01).

<sup>3</sup> «L'absence de réponse dans le délai requis vaut décision positive». Article 6, paragraphe 2 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, COM (2000) 30 final, p. 10.

<sup>4</sup> Article 8, paragraphe 3 Règlement (CE) n° 1049/2001.

<sup>5</sup> Article 9 paragraphe 3, (Décision 2001/C 374/01).

<sup>6</sup> Annexe , article 5, paragraphe 5, Décision ( 2001/937/CE, CECA, Euratom).

jours ouvrables<sup>1</sup>. Il ressort du rapport du 30.1.2004, sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001, que compte tenu de l'obligation d'examiner chaque demande au cas par cas, le délai de 15 jours ouvrables est généralement insuffisant pour traiter de telles demandes<sup>2</sup>. L'accès comme suite à la demande peut s'exercer soit par consultation sur place, soit par délivrance d'une copie sur support papier ou électronique<sup>3</sup>. La pratique a montré que la majorité des documents sont envoyés sous forme électronique, seuls les documents les plus anciens font l'objet d'un envoi sous forme papier et la consultation sur place n'intervient que quand le volume des documents est très important<sup>4</sup>. Le Règlement prévoit que l'envoi des copies « peut être mis à la charge du demandeur »; mais, « il ne peut excéder le coût réel de la réalisation et d'envoi des copies »<sup>5</sup>. Ainsi donc le coût le plus important que représentent la recherche et la collation des documents ne peut être facturé. Toutefois, il s'avère dans la pratique que la faculté de facturer est rarement utilisée à cause de la lourdeur de la procédure et du fait que le coût de la facturation serait supérieur au montant encaissé<sup>6</sup>. Le Parlement européen prévoit, dans le cas de demandes volumineuses (délivrance de documents excédant vingt pages A4), que celles-ci soient assujetties d'une redevance de 10 euros plus 0.03 euro par page<sup>7</sup>.

Dans le cas où la réponse à la demande confirmative est négative, le demandeur dispose de différentes voies de recours, à savoir le recours externe administratif auprès du Médiateur et le recours juridictionnel selon les dispositions pertinentes du Traité CE.

---

<sup>1</sup> Annexe , article 2 alinéa 2 Décision de la Commission 2001/937/CE, CECA, Euratom).

<sup>2</sup> Selon la Commission la prolongation du délai est généralement imputable aux problèmes dus à la recherche et la localisation des documents, à l'identification des documents lorsque les demandes sont vastes et peu précises, à la disponibilité limitée des personnes ayant l'expertise requise afin de déterminer le préjudice que causerait la divulgation des documents demandés, la nécessité de consulter les tiers auteurs et le problème lié à la traduction des demandes et des réponses. Point 4.2 «Délais de réponse» , Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 COM (2004)45 final.

<sup>3</sup> Article 10, paragraphe 1 Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>4</sup> Voir rapport de la Commission op. cit. point 4.4, p. 34 et sv.

<sup>5</sup> Article 10, paragraphe 1 Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>6</sup> Voir rapport de la Commission op. cit. point 4.4, p. 34 et sv.

<sup>7</sup> Article 23 décision du Bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen (2001/C374/01).



## C Les voies de recours externes

Concernant les voies de recours, le Règlement prévoit que la confirmation du refus ou l'absence de réponse de l'institution dans les délais requis constitue une réponse négative et « habilite le demandeur à former un recours juridictionnel contre l'institution et/ou à présenter une plainte au Médiateur, selon les dispositions pertinentes du Traité CE »<sup>1</sup>. Le recours en annulation dirigée contre une décision du Conseil, ou de la Commission ou du Parlement européen, refusant l'accès à des documents<sup>2</sup>, relève de la compétence de la Cour de justice, même si les décisions ont été adoptées sur la base des dispositions des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, concernant une politique étrangère et de sécurité commune et la coopération intergouvernementale dans les domaines policiaire et judiciaire en matière pénale.

Le Règlement CE n° 1049/2001 précise qu'il s'applique à tous les documents détenus par une institution, dans tous les domaines d'activités de l'Union européenne<sup>3</sup>. Le nouveau règlement intérieur du Conseil (2004/338/CE, Euratom) affirme que « toute personne physique ou morale a accès aux documents du Conseil »<sup>4</sup> donc indépendamment de leur contenu. Conformément à l'article 28 TUE, les actes pris en application de l'article 207, paragraphe 3, CE qui constitue la base juridique de la décision 2004/338/CE, Euratom, sont applicables aux dispositions relatives aux domaines visés au titre V du Traité sur l'Union européenne. Cela signifie qu'en absence de dispositions contraires, les documents relevant du titre V du Traité UE sont couverts par le Règlement CE n° 1049/2001 et la décision 2004/338/CE, Euratom<sup>1</sup>. Enfin même si le tribunal n'est pas, en vertu de l'article 46 TUE (ex-article L), compétent pour apprécier la légalité des actes relevant des titres V et VI dudit Traité, ceci ne fait donc pas obstacle à sa compétence pour se prononcer en matière d'accès

---

<sup>1</sup> Article 8 paragraphe 3 du Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>2</sup> Pour l'année 2002, le nombre de recours et de plaintes par rapport au nombre de demandes a été le suivant:  
Demandes initiales PE, 637; Conseil 2394 et Commission 991  
Demandes confirmatives PE 1, Conseil 43, Commission 96  
Nombre de plaintes au Médiateur: PE 0, Conseil 3, Commission 4  
Nombre de recours devant le Tribunal : PE 0, Conseil 1, Commission 6.

<sup>3</sup> Voir article 2 paragraphe 3 du Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>4</sup> Article premier, Annexe II «Dispositions particulières concernant l'accès du public aux documents du Conseil», Décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur 2004/338/CE, Euratom, J.O. n° L 106 15/04/2004 p. 22-45.

aux dits actes <sup>2</sup>. Le juge communautaire s'est prononcé dans ce sens en faisant valoir dans l'arrêt Svenska Journalistförbundet<sup>3</sup> qu'en absence de dispositions contraires, les documents relevant du titre VI du Traité sur l'Union européenne sont couverts par la décision 93/731 et «donc l'appréciation de la légalité de la décision contestée entre dans sa compétence » pour contrôler, au titre de l'article 230 TCE, la légalité des décisions adoptées par le Conseil en application de la décision 93/731<sup>4</sup>. Au contraire le juge n'a pas la compétence pour apprécier la légalité sur la coopération intergouvernementale dans les domaines V et VI du Traité sur l'Union européenne. Dans le cadre du contrôle de légalité fondé sur l'article 230 TCE, la juridiction communautaire n'est pas compétente pour prononcer des injonctions soit à la Commission soit à un État membre, dans le cadre du contrôle de légalité au titre du contentieux d'annulation<sup>5</sup>. En effet dans l'affaire Mattila c/Conseil et Commission<sup>6</sup>, le requérant dans son pourvoi demanda à la Cour de lui accorder l'accès aux documents demandés (point 15). Or, la Cour a considéré que le pourvoi était irrecevable pour « autant qu'il vise à ce que la Cour invite le Conseil et la Commission à accorder l'accès aux documents concernés au requérant au pouvoir, ou à lui accorder l'accès, au moins partiel, auxdits documents ». Cependant, la Cour annule les décisions du Conseil et de la Commission comme étant entachées d'erreur de droit en ce qu'elles ont été adoptées sans que le Conseil ni la Commission eussent envisagé la possibilité d'un accès partiel aux documents visés (point 38).

Enfin, le Règlement prévoit aussi parmi les dispositions pratiques la mise en œuvre du droit d'accès des mesures actives d'information.

---

<sup>1</sup> De même l'article 46 TUE (ex-article L TUE) ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour de justice pour se prononcer en matière d'accès du public aux documents du Titre V, car selon le dit article la Cour n'est pas compétente pour apprécier la légalité des actes relevant de ce même titre V.

<sup>2</sup> TPI Heidi Hautala c/ Conseil de l'Union européenne, aff. T-14/98 rec. 1999, p. 2489 (point 42).

<sup>3</sup> TPI, Svenska Journalistförbundet c/ Conseil, 17 juin 1998, aff. T\_174/95, Rec II-2289.

<sup>4</sup> Remplacée aujourd'hui par la décision du Conseil du 22 mars 2004 portant adoption de son règlement intérieur (2004/338/CE, Euratom).

<sup>5</sup> Il ressort d'une jurisprudence constante que le juge communautaire ne saurait adresser des injonctions à une institution communautaire (voir arrêts du TPI 16/04/1997, Kuchlenz-Winter/ Commission, Rex. p. II-637, IA-79, II-235, TPI du 30 novembre 1995, Branco/Cour des Comptes, T-507/93, Rec. FP p. II-797, point 49, TPI du 20 mai 1994, Obst/ Commission, T-510/93, RecFP p. II-461, point 27, du 10 avril 1992, Bollendorf/ Parlement, T-15/91, Rec. p. II- 1679, point 57).

<sup>6</sup> CJCE, Mattila c/ Conseil et Commission, aff. C-353/01P., 22/01/2004, Rec. 2004 p. 0.

## **§2 La mise en place d'un système actif d'information**

Le Règlement CE n° 1049/2001 prévoit (art 11 à 18) notamment la mise en place de registres publics de documents à travers un accès direct du public, sous forme électronique ou par l'intermédiaire d'un registre, aux documents détenus par l'institution, en particulier ceux qui sont d'ordre législatif (art 12). Par ailleurs, le Règlement prévoit (art 15) que les institutions créent une commission interinstitutionnelle chargée de réfléchir aux meilleures pratiques, de traiter les litiges éventuels et d'étudier les meilleures évolutions dans le domaine de l'accès du public aux documents. L'obligation que chaque institution concernée a de publier un rapport annuel dans lequel sont mentionnés tant le nombre de refus d'accès aux documents que les motifs de ces refus est intéressante.

L'article 11 du Règlement prévoit que, pour permettre aux citoyens de jouir de manière concrète des droits résultants du Règlement, chaque institution rende accessible un registre de documents sous forme électronique. Le Règlement reprend ainsi l'initiative du Conseil concernant l'amélioration de l'accès à ces documents par la tenue d'un registre public des documents accessible sur Internet<sup>1</sup> depuis le 1er janvier 1999<sup>2</sup>. Le Parlement européen et la Commission ont ouvert leurs registres le 3 juin 2002<sup>3</sup>. Ces registres se limitent à mentionner les documents des institutions, mais ces derniers ne sont pas pour autant rendus automatiquement accessibles au public. Le Règlement n'oblige pas les institutions à disposer d'un registre couvrant l'ensemble des documents qu'elles reçoivent ou qu'elles produisent, ni ne spécifie quels sont les documents qui doivent figurer dans ces registres; une certaine liberté est ainsi laissée aux institutions dans le choix du type de documents. Cependant une fois que l'institution a choisi le type de documents, tous les documents appartenant à ce type doivent y être référencés. Enfin, les registres peuvent rendre directement accessibles des documents. Le Règlement prévoit dans son article 12 que « les institutions mettent autant que possible les documents à la disposition directe du public, sous forme électronique ou par l'intermédiaire

---

<sup>1</sup> <http://ue.eu.int>

<sup>2</sup> Décision du Conseil du 6 décembre 1999 concernant l'amélioration de l'information sur les travaux du Conseil et le registre public des documents du Conseil (2000/23/CE) JOCE L. 9/22 du 13. 1. 2000.

<sup>3</sup> Pour le Parlement européen, le registre de référence (décision du bureau relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen 2001/C 374/01) précité; pour la Commission, décision 2001/937/CE, CECA, Euratom.

d'un registre conformément aux règles au sein de l'institution »<sup>1</sup> sauf pour les documents dits « sensibles » qui sont les documents émanant des institutions ou des agences créées par elles, des États membres, de pays tiers ou d'organisations internationales, classifiés « très secrets/top secrets », « secrets », ou « confidentiels », qui ne seront inscrits dans un registre que moyennant l'accord des personnes autorisées à prendre connaissance du contenu de ces documents et après l'accord préalable de l'autorité d'origine<sup>2</sup>. Conformément à l'article 17, paragraphe 1 du Règlement (CE) n° 1049/2001, les rapports que les institutions doivent présenter chaque année, doivent mentionner « le nombre de documents sensibles non inscrits au registre ». Le rapport de la Commission de 2004 a précisé qu'en 2002 le Parlement européen n'a pas établi ni reçu des documents sensibles<sup>3</sup>, la Commission affirmait que les trois catégories de documents actuellement couverts par le registre (les documents COM, C et SEC) de 2001 et 2002) ne comprennent pas de documents sensibles au sens de l'article 9 du Règlement<sup>4</sup>. Le Conseil au contraire a indiqué que sur les 250 documents classés sensibles, moins d'un tiers n'ont pas fait l'objet d'une mention au registre.

Le registre de la Commission<sup>1</sup> répertorie certaines catégories de documents, notamment les documents législatifs: il s'agit des documents portant les cotes COM, C, et SEC ainsi que les ordres du jour et les procès-verbaux des réunions de la Commission. Cependant, ce registre contient uniquement des références aux documents produits depuis le 1er janvier 2001. Les informations qui sont fournies sont la cote ou le numéro de référence, le

---

<sup>1</sup> Les trois institutions ont défini dans leurs règlements intérieurs les catégories de documents qui sont rendues directement accessibles par voie électronique, voir Annexe XV au règlement intérieur du Parlement européen, disponible sur le site internet du Parlement européen: <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2>. Article 11 de la décision 2001/840 du Conseil modifiant le règlement intérieur du Conseil JO L 313 du 30/11/2001 p. 40-43; et article 9 de l'annexe à la décision 2001/937 de la Commission.

<sup>2</sup> Le projet initial de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 – 2000/0032 (COD)) présenté par la Commission au Parlement européen le 28 janvier 2000 prévoyait que « tous les documents détenus par une institution doivent être incorporés au registre ». Cela s'applique également aux documents classés, dont l'accès peut être refusé pour certaines raisons. En ayant la possibilité de consulter un registre public reprenant tous les documents, les citoyens pourront se faire une idée précise des activités d'une institution, même si tous les documents ne sont pas divulgués mais surtout « l'instauration (..) d'un registre complet des documents détenus par chaque institution réduirait de manière significative le délai de traitement de demandes ». Rapport sur la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 C5-0057/2000 2000/0032(COD)) précité, Amendement 7, Article 5, paragraphe 5.

<sup>3</sup> Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission des Communautés Européennes Bruxelles, le 30.1.2004 COM(2004) 45 final, p. 40, sp. pt 5.1.2.

<sup>4</sup> Rapport de la Commission concernant l'application au cours de l'année 2002 du Règlement n° 1049/2001 COM 2003/216/ final (spéc. point 15) disponible <http://europa.eu.int/serlet/portail/RenderServlet>.

titre du document dans les langues dans lesquelles celui-ci est disponible, la date du document, les langues dans lesquelles le document est disponible et le service responsable pour l'élaboration.

Le registre du Conseil couvre tous les documents « standards », que sont les documents liés aux travaux du Conseil soumis à l'un de ses organes<sup>2</sup>. Ainsi une liste des points figurant à l'ordre du jour provisoire des sessions du Conseil et des réunions de ses organes préparatoires qui portent sur des cas où le Conseil agit en sa qualité de législateur est rendue accessible au public. Cette liste contient aussi des références des documents examinés à propos de ce point. Le registre du Conseil contient également des références à la cote et à l'objet des documents classés. Cependant il n'est pas fait référence à l'objet si la divulgation de cette information est susceptible de porter atteinte aux différents intérêts publics et privés protégés<sup>3</sup>. Le registre indique les documents qui ont été déjà rendus accessibles au public et leur contenu sont publiés sur Internet<sup>4</sup>.

Le registre couvre l'ensemble des documents liés aux travaux parlementaires, les documents d'information générale, les documents officiels transmis par les autres institutions, les documents des tiers et les documents administratifs<sup>5</sup>.

Ces registres complètent finalement la base de données des procédures interinstitutionnelles accessible via le site « PreLex »<sup>1</sup> qui permet d'effectuer des recherches sur les travaux des institutions dans l'élaboration de la législation communautaire. Les registres doivent ainsi être rangés dans la catégorie d'informations « actives » qui sont les informations mises à disposition non pas sur demande, mais directement par l'institution, facilitant ainsi aux citoyens une recherche plus aisée des documents, alors que l'accès aux

---

<sup>1</sup> Il faut bien parler de registre car au registre de la Commission s'ajoute le registre du courrier du Président et le registre des documents relatifs aux comités de Comitologie qui assistent la Commission dans l'exercice des compétences d'exécution.

<sup>2</sup> Groupe de travail, Coreper, formations du Conseil.

<sup>3</sup> Voir articles 1 et 2 Décision 2000/23/CE du Conseil concernant l'amélioration de l'information sur les travaux du Conseil et le registre public des documents du Conseil.

<sup>4</sup> Article E décision 2000/23/CE, précité.

<sup>5</sup> Ordres du jour, comptes rendus *in extenso* des séances, procès-verbaux provisoires et définitifs, listes de présence, résultats des votes par appel nominal, textes adoptés, textes consolidés, décisions budgétaires, projets d'ordre du jour, projets définitifs d'ordre du jour, amendements destinés à la plénière, aux propositions de résolution commune, documents relatifs aux activités des députés comme les déclarations d'intérêts financiers des députés, questions écrites, documents des commissions parlementaires tels que ordre du jour, procès-verbaux, projet de rapport, rapports, documents des délégations parlementaires tels que ordre du jour, procès-verbaux, documents de travail, liste de présence, recommandations et déclarations, enfin aussi documents d'information générale et documents officiels transmis par les autres institutions, documents des tiers et documents administratifs. Pour une vue globale, voir règlement intérieur du Parlement européen, annexe XV « Liste des documents directement accessibles par l'intermédiaire du registre ».

documents sur demande vise l'information dite « passive » et donc s'intègre dans une politique globale d'information du public. La mise en service des registres a, selon le rapport de la Commission sur la mise en œuvre du Règlement, engendré une augmentation du nombre de demandes d'accès surtout au Parlement et au Conseil<sup>2</sup>. Les registres ont permis de mettre en œuvre l'accès direct aux documents et la diffusion d'informations conformément à l'article 12 du Règlement qui prévoit que les documents doivent être mis « autant que possible » à la disposition directe du public, sous forme électronique ou par l'intermédiaire d'un registre. Cet objectif d'accessibilité directe vise en particulier les documents législatifs. Les catégories de documents qui sont, dans la mesure du possible, rendus directement accessibles par voie électronique (notamment par la création de liens entre les références reprises au registre et les textes intégraux) ou bien en les remettant automatiquement sur demande<sup>3</sup>. Une partie substantielle des documents figurant dans les registres des trois institutions est désormais accessible en texte intégral. Au fur et à mesure de l'extension de la couverture des registres, le nombre de documents accessibles d'office devrait augmenter de manière significative. Dès à présent, plus de la moitié des documents repris dans les registres du Parlement et du Conseil sont directement accessibles<sup>4</sup>. De plus les trois institutions ont fortement développé au cours des dernières années et grâce aux moyens de communication modernes (internet) l'information diffusée au public par leurs sites sur l'Internet. Ceux-ci contiennent un ensemble de données factuelles destinées à l'information générale du public. Le serveur EUROPA permet, à partir d'un portail commun, d'accéder de manière guidée vers ces différents sites et le site de chacune des trois institutions contient des liens vers les registres des autres institutions. Ce dispositif est complété par des services d'information tels que «le Courrier du Citoyen » du Parlement, l'unité «Information au public» du Conseil ou le service «Europe Direct » de la Commission. Ces services garantissent des services de réponse aux demandes d'information du public. La mise en place des registres publics par les trois institutions a permis aux citoyens une recherche plus aisée des documents pouvant les

---

<sup>1</sup> L'adresse du site Pre Lex est : [http:// europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=fr](http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=fr).

<sup>2</sup> Selon le rapport de la Commission, le Conseil a constaté, à partir de la mise en service du registre, une augmentation de 70% des demandes et le Parlement est passé de 117 demandes pour la période janvier - mai 2002, à 520 pour la période juin - décembre 2002. Cf. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, COM (2004) 45 final, op.cit p. 41.

<sup>3</sup> Annexe XV au règlement intérieur du Parlement.

Article 11 de la décision 2001/840.

Article 9 de l'annexe à la décision 2001/937 de la Commission.

<sup>4</sup> Cf. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, op. cit p. 41 et sv.

intéresser et contribue à rendre plus transparent le fonctionnement des institutions communautaires.

### **§3 Un droit d'accès aux documents limité par une interprétation large des exceptions**

Comme le faisait déjà le système précédent,<sup>1</sup> le Règlement soumet le droit d'accès à des exceptions, qui ne sont pas présentées dans une liste détaillée et précise. Le Règlement détermine les intérêts publics ou privés devant être protégés. Les administrations chargées d'appliquer le Règlement doivent par conséquent vérifier que la divulgation d'un document ne lèse pas l'un de ses intérêts. La jurisprudence du juge communautaire a montré que l'utilisation incorrecte par les institutions communautaires des exceptions a constitué un frein à l'efficacité du droit d'accès garanti par le Règlement CE n° 1049/2001. La jurisprudence communautaire démontre la réticence des institutions à se conformer aux obligations en matière d'accès aux documents administratifs, auxquelles elles ont pourtant elles-mêmes souscrit<sup>2</sup>.

De nombreuses plaintes émanant de citoyens qui se sont vu refuser l'accès à des documents sont à la base des recours judiciaires (contentieux) et des plaintes adressées au Médiateur. Ces plaintes ont démontré en effet que les institutions sont encore très réticentes envers le droit d'accès aux documents et qu'elles partent souvent du principe, que les documents sont secrets, à moins que les citoyens ne parviennent à prouver l'inverse devant le tribunal<sup>1</sup>.

Les exceptions prévues à l'article 4 du Règlement correspondent aux limites habituelles au droit d'accès telles qu'elles figurent dans la plupart des législations nationales, ainsi que dans la recommandation (2002) 2 du Conseil de l'Europe et dans la Convention de Århus. La législation communautaire en matière d'accès aux documents n'est ni plus ni moins restrictive que celle qui est en vigueur dans la plupart des pays. Les exceptions doivent être interprétées restrictivement, de sorte que l'application du principe général consistant à

---

<sup>1</sup> Le Code de conduite adopté par la décision 94/90, relative à l'accès du public aux documents de la Commission, prévoit deux catégories d'exceptions au droit d'accès; La première catégorie, rédigée dans des termes impératifs, rassemble les «exceptions obligatoires» qui visent à protéger soit les intérêts de tiers, soit l'intérêt du public en général. La seconde, rédigée dans les termes facultatifs, porte sur les délibérations internes de l'institution qui mettent uniquement en jeu les intérêts de celles-ci.

<sup>2</sup> F. BERROD et D. RITLÉNG, Accès du public aux documents du Conseil, Europe - Éditions du Juris-Classeur, Août Septembre 1998 p. 11 point 271.

conférer le plus large accès possible ne soit pas tenue en échec<sup>2</sup>. Il faut alors faire une distinction entre les motifs d'exceptions. En effet, il y a des motifs d'exception qui sont absolues (A)<sup>3</sup> dès lors que la divulgation d'un document causerait un préjudice à l'un des intérêts visés. Dans ce cas les institutions sont obligées de refuser impérativement l'accès lorsque l'accès aux documents porterait atteinte à la protection de l'intérêt public et lorsque la preuve de cette dernière circonstance est rapportée. En revanche, pour la deuxième catégorie, les institutions jouissent d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de rejeter, le cas échéant, les demandes d'accès à des documents, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé. Ainsi la deuxième catégorie est soumise à un test d'intérêt public (B). La distinction entre les deux catégories d'exceptions prévues dans le Règlement CE n°1049/2001 s'explique par la nature des intérêts que les catégories respectives visent à protéger car si ces intérêts sont prépondérants, les documents sont divulgués malgré l'applicabilité d'une exception<sup>4</sup>. Dans le premier cas, l'institution ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire et le préjudice ne doit pas être mis en balance avec un autre intérêt. Dans le deuxième cas, l'institution dispose d'un pouvoir discrétionnaire et le préjudice est mis en balance avec l'intérêt public de prendre connaissance du contenu des documents concernés.

### **A Les exceptions absolues**

Le libellé du premier paragraphe de l'article 4 du Règlement est rédigé dans des termes impératifs, et prévoit que « les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public (sécurité publique, défense et affaires militaires, relations internationales, politiques financières, monétaires ou économiques de la communauté ou d'un État membre) <sup>5</sup>, et à la vie privée et à l'intégrité de l'individu. Cependant même si l'institution dans ce cas ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire et que, le préjudice ne doit pas être mis en balance avec un autre intérêt,

---

<sup>1</sup> Médiateur européen DisCours 19/10/1999 , [www.europarl.eu.int/ombudsman/speeches:fr/cfi10.htm](http://www.europarl.eu.int/ombudsman/speeches:fr/cfi10.htm).

<sup>2</sup> Selon le juge communautaire, «en vue de renforcer le caractère démocratique des institutions», il souligne que les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive, Cf. TPI, John Carvel et Guardian Newspapers Ltd/ Conseil ,l'affaire T-194/94, Recueil 1995, p. II-2765, et TPI , WWF UK ( / Commission, l'affaire T-105/95 , Recueil 1997, p. II-313.

<sup>3</sup> Ce sont les motifs d'exception visés par l'article 4, paragraphe 1 du Règlement CE n° 1049/2001.

<sup>4</sup> Ce sont les motifs d'exception visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4 du Règlement CEn° 1049/2001.

<sup>5</sup> La décision 93/731/CE relative à l'accès du public aux documents du Conseil modifiée par la décision 2000/527/CE du 14 août 2000; l'article 4, paragraphe 1, le premier tiret précise ce qu'il faut entendre par «protection de l'intérêt public»: « sécurité publique, sécurité et défense de l'Union européenne ou d'un ou plusieurs de ses États membres, gestion militaire et non militaire des crises, relations internationales, stabilité monétaire, procédures juridictionnelles, activités d'inspection et d'enquête».



l'institution doit néanmoins le motiver dans le cas où les institutions refusent l'accès au document<sup>1</sup>. La motivation des décisions individuelles a pour double objectif de permettre, d'une part aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits et d'autre part, au juge communautaire d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision<sup>2</sup>.

Dans le cas où l'institution refuse l'accès aux documents en invoquant l'une des exceptions prévues par Règlement<sup>3</sup>, la motivation doit contenir, pour chaque catégorie de documents concernée, les raisons spécifiques pour lesquelles l'institution considère que la divulgation des documents demandée tombe sous le coup d'une des exceptions prévues par l'article 4 du Règlement<sup>4</sup>.

La pratique a montré au contraire que souvent, les institutions, quand elles refusent l'accès aux documents en invoquant les exceptions prévues par l'article 4 du Règlement précité, ne donnent pas d'indications sur les raisons pour lesquelles la divulgation des documents serait effectivement susceptible de porter atteinte à un aspect quelconque des exceptions prévues par l'article 4 du Règlement précité. La simple invocation de la sécurité publique suffit à justifier le motif de refus d'accès aux documents (1), de même dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales (2) l'accès doit être refusé. Enfin dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection «de la vie privé et de l'intégrité de l'individu», les institutions sont obligées, en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel, de refuser l'accès aux documents (3).

## **1 L'invocation de la sécurité publique comme motif de refus d'accès aux documents**

La sécurité publique trouve son application dans le domaine de la politique extérieure, de sécurité et de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures; ces politiques étant ainsi principalement mises en œuvre par le Conseil, celui-ci est amené à l'invoquer de manière significative.

---

1 Conformément à l'article 253 TCE (ex-article 190).

2 Voir notamment, arrêt de la CJCE du 14 février 1990, Delacare e.a/ Commission, C-350/88, Rec. p. I-395, point 15 et arrêt du TPI du 12 janvier 1995, Branco/Commission, T-85/94, Rec. p. II-45, point 32.

3 Article 4, paragraphe 1 du Règlement CE n° 1049/2001.

4 Voir notamment les arrêts du TPI du 5 mars 1997, WWF UK/Commission, T-105/95, Rec. p. II-313, point 64 et 74, et arrêt du TPI du 6 février 1998, Interporc c/ Commission, T-124/96, Rec II-p. 321, point 54.

Le refus d'accès aux documents justifié par le fait que la divulgation des documents porterait atteinte à l'intérêt public et plus précisément à la sécurité publique<sup>1</sup> a été au centre de l'affaire Svenska journalistförbundet c/Conseil. Le TPI a pu constater que le Conseil indiquait simplement que « la divulgation des documents en question attentait à l'intérêt public (sécurité publique) et que ces documents concernaient des délibérations du Conseil, y compris les opinions défendues par des membres du Conseil, et tombaient pour cette raison dans le champ de l'obligation de confidentialité »<sup>2</sup>. Ainsi le Conseil a invoqué l'exception impérative, tirée de l'intérêt public (sécurité publique) et l'exception facultative, tirée de la protection du secret de ses délibérations, sans pour autant préciser s'il considérait que certains documents étaient couverts par la première exception et d'autres par la seconde; mais surtout le Conseil n'a pas expliqué pourquoi cette exception tirée de la protection de l'intérêt public (sécurité publique) est « applicable sans compromettre la fonction essentielle de l'exception en cause, telle qu'elle résulte de la nature même de l'intérêt public qui doit être protégé et du caractère obligatoire de cette exception » (point 122). Il s'ensuivit que le requérant n'a pas été en mesure de connaître les justifications de la mesure prise et donc le Tribunal fut dans l'impossibilité d'apprécier les raisons pour lesquelles les documents refusés relèveraient de l'exception tirée de la protection de l'intérêt public (sécurité publique). La décision du Conseil de refuser l'accès ne permet pas aussi de vérifier si le Conseil a observé son obligation de mettre réellement en balance les intérêts en présence<sup>3</sup>. En effet, la décision contestée se réfère uniquement au fait que le document demandé concernait les délibérations du Conseil, y compris les opinions défendues par des membres du Conseil, sans indiquer si celui-ci a fait une analyse mettant en balance, d'une part, les intérêts des citoyens demandant des informations et, d'autre part, les critères de confidentialité des délibérations du Conseil<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> La jurisprudence de la Cour de justice montre que la notion de sécurité publique n'a pas une seule et unique signification. Cette notion couvre à la fois la sécurité intérieure d'un État membre et sa sécurité extérieure (voir arrêt CJCE, 17 octobre 1995, Werner, C-70/94, Rec. p. I-3189, point 25), ainsi que l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Communauté ou des États membres au point de mettre en danger leur existence (Svenska Journalistförbundet/Conseil précité point 102).

<sup>2</sup> TPI 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet, aff. T-174/95 Rec. II - p. 2289, pt 118.

<sup>3</sup> Résultant de l'article 4 paragraphe 2, de la décision 93/731 CE et désormais résultant de l'article 4, paragraphes 2 et 3 du Règlement précité qui précise : « L'accès à un document du Conseil peut être refusé pour protéger le secret des délibérations du Conseil », le texte en vigueur est le Règlement CE n° 1049/2001 qui affirme dans son article 4, paragraphe 3, alinéa 1, que « l'accès à un document (...) est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de (...) l'institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé ».

<sup>4</sup> Voir notamment l'arrêt TPI du 19/10/1995, Carvel et Guardian Newspapers/Conseil, aff. T-194/94, Rec. 1995, p. II-2765.

Ainsi le juge communautaire a permis de préciser que lorsque la divulgation de certains documents « porterait » atteinte à la protection de l'intérêt public, le Conseil est tenu « d'examiner, si au regard des informations dont il dispose, la divulgation est effectivement susceptible de porter atteinte à l'un des aspects de l'intérêt public protégé » par la première catégorie d'exceptions. Si tel est le cas, il est tenu de refuser l'accès au document en question<sup>1</sup>.

Toujours selon l'article 4 paragraphe 1 du Règlement précité, les institutions refusent l'accès au document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales.

## **2 Les relations internationales et le refus d'accès**

Les relations internationales couvrent un champ très large : relations entre institutions communautaires et les pays tiers ou les organisations internationales dans le champ politique, commercial, etc. Cette exception a été invoquée en 1999 et 2001 par le Conseil pour refuser l'accès au rapport du groupe de travail « Exportations d'armes conventionnelles » : l'affaire a permis aux juges communautaires d'élargir le droit d'accès puisque grâce à la jurisprudence dans l'affaire Conseil/Heidi Hautala<sup>2</sup>, les institutions sont tenues d'examiner s'il convient d'accorder un accès partiel aux données non couvertes par les exceptions. Cependant cette possibilité d'accorder un accès partiel aux documents peut aussi constituer une limite au droit d'accès. La Commission a invoqué l'exception «relations internationales» en vue de protéger des négociations avec des pays tiers, bilatérales ou multilatérales dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce<sup>3</sup>. Ces décisions ont donné lieu à une plainte auprès du Médiateur européen, qui a accepté l'argumentation de la Commission selon laquelle la divulgation des documents demandés<sup>4</sup> porterait atteinte aux relations commerciales avec les États-Unis. Parmi les autres exceptions absolues se trouve la protection de la défense et des affaires militaires; cette exception n'était pas prévue dans les mesures d'ordre interne prises

---

<sup>1</sup> Voir arrêt Interporc/ Commission, aff. (point 52) et arrêt du Tribunal du 19 mars 1998, Van der Wal/ Commission, aff. T-83/96, Rec. p. II-545, point 43.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens arrêt de la CJCE du 6 décembre 2001, Conseil/ Heidi Hautala, aff. C-353/99 P., Rec. 2001 I-9565, point 87 et sv.

<sup>3</sup> Voir rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement (CE) n° 1049/2001 précité p. 18.

<sup>4</sup> Il s'agissait du refus de divulguer des documents internes de la Commission rédigés en préparation de conférences transatlantiques; voir plainte 1128/2001/IJH concernant la Commission européenne.

par les institutions règlementant l'accès aux documents. En effet, lors de l'adoption du Code de conduite du Conseil et de la Commission, la Communauté n'avait aucune compétence dans le domaine de la défense. C'est seulement l'intégration dans l'Union européenne de l'Union de l'Europe Occidentale qui a donné naissance à une politique européenne de sécurité et de défense<sup>1</sup>. Par ailleurs, le Conseil<sup>2</sup> avait exclu les documents classés relatifs à la politique européenne de sécurité et de défense. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement CE n° 1049/2001, le droit d'accès s'étend explicitement à cette catégorie de documents.

Enfin le Règlement dispose que l'exercice du droit d'accès ne doit pas porter atteinte à la protection «de la vie privé et de l'intégrité de l'individu»<sup>3</sup>. Par conséquent, lors d'une demande d'accès aux documents, les institutions doivent tenir compte du droit à la protection des données et le cas échéant refuser l'accès aux documents.

### **3 La protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu comme limite au droit d'accès aux documents**

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement CE n° 45/2001 qui régit la protection des données à caractère personnel<sup>4</sup>, les institutions sont obligées, dès l'instant où une demande d'accès aux documents ( ou du moins les parties de ces documents) concerne des données personnelles, d'appliquer les conditions prévues par ce Règlement<sup>5</sup>. Cependant il existe une différence de couverture entre les deux Règlements: le Règlement (CE) n° 45/2001 ne couvre que les matières qui relèvent en tout ou en partie du champ d'application du droit

---

<sup>1</sup> Concrètement l'article 17 du Traité d'Amsterdam prévoit que la PESC inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune qui pourrait conduire à une défense commune, si le Conseil européen en décide ainsi. Mais cet article a surtout transféré des compétences de l'Union de l'Europe occidentale (UEO) à l'UE comme aussi presque toutes les missions dites « de Petersberg ». Cependant la compétence principale qui reste au sein de l'UEO concerne l'article V du Traité UEO- la défense collective- et son transfert à l'échelle européenne semble reporté. L'article 17 ( ex-article J.7), paragraphe 1, alinéa 3 du TUE précise en effet que «la politique de l'Union au sens du présent article n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains États membres (...) qui considèrent que leur défense commune est réalisée dans le cadre de l'OTAN(...)» et l'alinéa 4 dispose que:« La définition progressive d'une politique de défense commune est étayée, dans la mesure où les États membres le jugent approprié(...)».

<sup>2</sup> Décision du Conseil du 14 août 2000 (2000/527) modifiant la décision 93/73.

<sup>3</sup> Règlement CE n° 1049/2001, article 4, paragraphe 1, sous b.

<sup>4</sup> Règlement n° 45/2001 du 18/12/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12 janvier 2001, p. 1.

<sup>5</sup> L'article 4, paragraphe 1, sous b) du Règlement 1049/2001 CE contient un renvoi explicite vers la législation communautaire en matière de protection des données à caractère personnel.

communautaire mais pas la PESC ni la JAI<sup>1</sup>, alors que le Règlement (CE) n°1049/2001 s'applique aussi à la PESC et à la JAI. De plus, dans la pratique, l'articulation entre les deux Règlements est assez subtile, comme c'est le cas dans les pays membres disposant d'une réglementation en matière de protection des données à caractère personnel et d'une réglementation garantissant un droit d'accès général aux documents.

Une question se pose alors: quelles sont les conséquences que peut avoir la protection des données à caractère personnel sur le droit d'accès garanti par le Règlement (CE) n° 1049/2001? D'autant plus que la définition du Règlement (CE) n° 45/2001 de «donnée à caractère personnel» est très large: « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (...). Est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale»<sup>2</sup>. La situation pourrait être que, dès qu'apparaît dans un document l'un de ces éléments, l'institution communautaire doit appliquer le Règlement (CE) n° 45/2001. Par conséquent la question se pose de savoir dans quelle mesure la divulgation d'un document avec le nom d'une personne, et qui constitue donc «une donnée à caractère personnel», peut s'effectuer en conformité avec les règles relatives à la protection des données à caractère personnel. La divulgation d'un document qui cite un nom d'un fonctionnaire, d'une personne, ou d'un participant à une réunion, à un concours ou à un programme communautaire constitue-t-elle une atteinte à la vie privée? A cet égard il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que les termes «vie privée» protégés par l'article 8 de la CEDH ne devaient pas être interprétés de façon restrictive et qu'«aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles de la notion de vie privée»<sup>3</sup>. Pour le moment les demandes portant sur les données à caractère personnel demeurent modestes au niveau communautaire. Cependant l'applicabilité du Règlement (CE) n° 45/2001 dans le cadre d'une demande d'accès aux listes

---

<sup>1</sup> Article 3, paragraphe 1 du Règlement 45/2001 précise: « Le présent Règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel par toutes les institutions et tous les organes communautaires, dans la mesure où ce traitement est mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui relèvent en tout ou en partie du champ d'application du droit communautaire».

<sup>2</sup> Article 2, a) du Règlement 45/2001.

<sup>3</sup> Voir notamment, CourEDH, arrêt Amann c. Suisse du 16 février 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, §65, et Rotaru c. Roumanie du 4 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, §43.

de présence de réunions d'un comité composé d'experts des États membre a donné lieu à un recours juridictionnel<sup>1</sup>.

Or la question de la divulgation de l'identité des personnes s'était déjà posée avant l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 45/2001, dans le cas d'une demande d'accès aux noms des personnes ayant participé à une réunion organisée par la Commission<sup>2</sup>. A l'époque, conformément à l'article 286 TCE, la Commission avait appliqué les principes contenus dans la Directive 95/46/CE. L'article 286 TCE dispose en effet que les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces dernières sont applicables aux institutions et organes institués par le Traité ou sur la base de celui-ci. En conséquence, la Directive sur la protection des données 95/46/CE s'applique aux institutions communautaires, y compris à la Commission. Dans cette affaire, le plaignant<sup>3</sup> a demandé, en vertu de la décision 94/90 de la Commission concernant l'accès du public, les documents versés au dossier<sup>4</sup> et les noms des personnes ayant assisté à la réunion organisé par la Commission le 11 octobre 1996. La Commission a rejeté la demande et refusé une demande de confirmation. Le plaignant a alors adressé une plainte au Médiateur européen concernant ce refus. L'enquête menée par le Médiateur a montré que la Commission considère que la protection des données à caractère personnel nécessite que la Commission garde secrets les noms des personnes qui lui communiquent des opinions ou des informations concernant l'exercice de ses fonctions<sup>5</sup> et que la protection de la vie privée protégée par la Directive 95/46/CE interdit à la Commission de communiquer les noms des personnes concernées sans leur consentement exprès. La réponse de la Commission est intéressante, car elle permet de constater qu'elle donne une interprétation juridique de la Directive 95/46/CE non conforme au principe d'ouverture pourtant garanti par le Traité sur l'Union européenne<sup>6</sup>. Elle donne ainsi une interprétation restrictive du droit d'accès aux documents.

En effet, selon la Commission, le fait de communiquer des noms constitue un traitement de données à caractère personnel<sup>7</sup>, dès lors le traitement des données à caractère

---

<sup>1</sup> TPI, British American Tobacco (Investments) LTDc/ Commission, aff. T-170/03, affaire pendante.

<sup>2</sup> Plainte 713/98/IJH, rapport spécial du Médiateur et résolution A5-423/2001 du Parlement européen.

<sup>3</sup> Le Directeur de la Bavarian Lager Company Ltd. qui importe de la bière allemande au Royaume-Uni.

<sup>4</sup> Dossier P/93/4490/UK.

<sup>5</sup> Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la plainte 713/98/IJH, 23/11/2000., p; 7 et sv.

<sup>6</sup> Article premier, deuxième paragraphe du TUE.

<sup>7</sup> Voir rapport Rapport spécial du Médiateur européen plainte 713/98/IJH, 23/11/2000, op. cit. p. 3et 4.

personnel ne peut être effectué que si la personne concernée « donne indubitablement son consentement»<sup>1</sup>; si elle refuse de donner son consentement, le traitement des données à caractère personnel ne peut donc être effectué. Enfin la Commission considère que «l'intérêt et les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée, notamment de sa vie privée, prévalent sur l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement et le ou les tiers auxquels les données sont communiquées si le consentement de la personne concernée n'est pas obtenu»<sup>2</sup>. Ainsi la Commission utilise l'article 7 de la Directive uniquement pour refuser la transmissions des données, sans vraiment mettre en balance les droits et intérêts en jeu qui sont d'une part l'information du demandeur et d'autre part la protection des personnes concernées. A ce propos, selon le Médiateur européen, la communication pourrait être considérée comme nécessaire au respect d'une obligation légale,<sup>3</sup> qui constitue un des motifs pouvant justifier le traitement (y compris la communication des données) dans la mesure où le Traité sur l'Union européenne établit que l'ouverture est une obligation incombant aux institutions communautaires<sup>4</sup>. Ce cas montre que la Commission fait une interprétation large de la protection des données à caractère personnel et une interprétation restrictive du principe de bonne conduite administrative prévu par le code de bonne conduite administrative<sup>5</sup> qui exige qu'un fonctionnaire responsable du domaine concerné fournisse au public les informations qu'il demande<sup>6</sup> ainsi que du principe selon lequel les décisions doivent être prises de la manière la plus transparente possible<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> En vertu de l'article 7, a), de la Directive 95/46/CE:« les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si :a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement».

<sup>2</sup> Idem, p. 7.

<sup>3</sup> L'article 7 de la directive prévoit six catégories permettant d'autoriser le traitement ( y compris la transmission) des données à caractère personnel. Le point c) de l'article 7 justement dispose qu':« il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis».

<sup>4</sup> Cf. Rapport spécial du Médiateur européen (...) plainte 713/98/IJH, p. 6.

<sup>5</sup> Voir article 22 du Code de bonne conduite administrative du Médiateur européen du 19 juillet 1999.

<sup>6</sup> Selon le Médiateur, en effet, l'information fournie à une autorité administrative par une personne qui prend part à une procédure administrative ne semble pas être une «donnée à caractère personnel» relative à la personne du seul fait qu'elle a communiqué cette information . Car autrement cela «signifierait qu'il existe un droit fondamental de fournir des informations à une autorité administrative en secret (...)». Voir rapport Rapport spécial du Médiateur européen (...) plainte 713/98/IJH, op. cit. p. 5.

<sup>7</sup> Ce principe est affirmé dans la déclaration n° 17 sur le droit d'accès à l'information annexée à l'acte final du Traité de Maastricht, dans la jurisprudence du juge communautaires l'affaire C-58/94, Pays-Bas , Rec. 1996, I-2169, et dans l'article 1 er du Traité sur l'Union européenne, où le deuxième paragraphe de cet article dispose: « Le présent Traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens».

Au contraire, la Directive 95/46/CE affirme dans son soixante-douzième considérant qu'il est permis de prendre en compte, dans la mise en œuvre de celle-ci, «le principe du droit d'accès du public aux documents administratifs». Par ailleurs, selon l'interprétation donnée par les gouvernements danois et suédois de la Directive 95/46/CE, la protection des informations à caractère personnel qui apparaissent comme non sensibles doit céder devant le principe de transparence qui occupe une place essentielle dans l'ordre juridique communautaire<sup>1</sup>. Ainsi la protection des noms demandés dans le cas précité devrait céder devant le principe de transparence affirmé par l'article premier du Traité de l'Union européenne<sup>2</sup>. Or on constate que le Parlement européen a fait objet d'une plainte auprès du Médiateur européen<sup>3</sup> suite au refus de communiquer au plaignant qui a participé à un concours général les noms des lauréats du concours et les résultats qu'ils ont obtenus. Selon le Parlement européen en effet, le nom d'une personne, et donc le nom d'une personne figurant sur une liste de candidats lauréats, constitue une information privée. Ainsi le Parlement européen serait tenu, en vertu du Règlement (CE) n° 45/2001, article 5 paragraphe de publier «uniquement dans le cas où la personne en question a donné son consentement explicite à cette publication.»<sup>4</sup> Aujourd'hui dans le cadre de la mise sur pied de l'Office de sélection du personnel des communautés européennes, un accord a été signé par les secrétaires généraux des institutions en vue de la publication des listes des candidats lauréats dans le Journal officiel.

Il existe une deuxième catégorie de motifs d'exceptions visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4 du Règlement; ils sont également obligatoires, mais doivent être mis en balance avec l'intérêt du public de prendre connaissance du contenu des documents concernés. Par

---

<sup>1</sup> CJCE, 20 mai 2003, Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk, aff. C-465-00, Rec. 2003, I-4989.

<sup>2</sup> Dans le même sens le Parlement européen a fait objet d'une plainte auprès du Médiateur européen (341/2001(BB)IJH) suite au refus de communiquer au plaignant qui a participé à un concours général les noms des lauréats du concours et les résultats qu'ils ont obtenus. Selon le Parlement européen en effet le nom d'une personne, et donc le nom d'une personne figurant sur une liste de candidats lauréats, constitue une information privée. Ainsi le Parlement européen serait tenu, en vertu du Règlement 45/2001, article 5 paragraphe de publier «uniquement dans le cas où la personne en question a donné son consentement explicite à cette publication». Voir rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen consécutif au projet de recommandation au Parlement européen concernant la plainte 341/2001 (BB) IJH du 05/12/2002. Aujourd'hui dans le cadre de la mise sur pied de l'Office de sélection du personnel des communautés européennes, un accord a été signé par les secrétaires généraux des institutions en vue de la publication des listes des candidats lauréats dans le Journal officiel.

<sup>3</sup> Plainte 341/2001(BB)IJH.

<sup>4</sup> Voir rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen consécutif au projet de recommandation au Parlement européen concernant la plainte 341/2001 (BB) IJH du 05/12/2002.



conséquent lorsque l'intérêt est prépondérant, le (ou les) document (s) devra (ont) être divulgué (s) malgré l'applicabilité d'une exception.

## **B Les exceptions soumises à un contrôle d'intérêt public**

Ce sont la protection des intérêts commerciaux, la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, la protection des activités d'enquête et la protection du processus décisionnel. Le Parlement européen, lors des travaux préparatoires, avait proposé que les institutions prennent en compte non seulement l'intérêt du public, mais aussi, le cas échéant, l'intérêt spécifique du demandeur<sup>1</sup>. Or cette proposition n'a pas été suivie et finalement seule la possibilité de divulger un document lorsque l'intérêt du public d'en prendre connaissance prime sur l'intérêt à protéger a été retenue. Cependant, lorsque «le préjudice susceptible d'être causé par la divulgation l'emporte sur l'intérêt de la publicité, l'institution est tenue de refuser l'accès au document»<sup>2</sup>.

Le premier des motifs d'exceptions est la protection des intérêts commerciaux. Le motif de refus est dans la plupart des cas justifié par la nécessité de protéger les données communiquées par les entreprises, comme dans le cas d'enquêtes relatives au respect des règles de concurrence ou en vue d'obtenir un marché de travaux suite à une offre lancée par la Commission. C'est en effet la Commission qui évoque presque exclusivement cette exception<sup>3</sup>. Le refus de communiquer des documents afin de protéger des intérêts commerciaux a donné lieu à plusieurs recours devant le TPI qui ont été ou radiés ou sont encore pendants<sup>1</sup>.

Cela dit, l'examen de la spécificité des exceptions suppose que soit précisés la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques (1), puis le refus d'accès aux documents internes préalables à la prise de décision définitive(2) et enfin la limitation du droit d'accès dans le cas de documents émanant de tiers (3).

---

1 Amendement 31, Article 4, paragraphe 1 bis, Rapport sur la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 C5-0057/2000 2000/0032(COD))

2 Proposition modifiée de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2 du traité CE) 2 2000/0032 (COD) Commission des Communautés européennes Bruxelles, le 31.5.2001 COM(2001) 299 final 2000/0032 (COD), pt. 2.4.

<sup>3</sup> Le refus d'accès découlant de la nécessité de protéger les données communiquées par les entreprises dans le cadre des règles de concurrence fera objet de la Partie II.

## 1 La protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques

Ce motif recouvre la protection du déroulement d'une procédure contentieuse pendante devant une juridiction et l'indépendance des avis juridiques. Le juge communautaire dans l'affaire *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission* a permis de clarifier la notion de protection des procédures juridictionnelles<sup>2</sup>. En effet, les termes «procédures juridictionnelles» doivent être compris dans le sens suivant: la protection de l'intérêt public s'oppose à la divulgation du contenu des documents rédigés par les institutions (dans l'affaire, la Commission) dans le seul but d'une procédure juridictionnelle particulière, c'est-à-dire « non seulement les mémoires ou les actes déposés, les documents internes concernant l'instruction de l'affaires en cours, mais aussi les communications relatives à l'affaire entre la direction générale concernée et le service ou un cabinet d'avocats»<sup>3</sup>.

En revanche, l'exception tirée de la protection de l'intérêt public ne saurait permettre aux institutions «de se soustraire à l'obligation de communiquer des documents qui ont été établis dans le cadre d'un dossier purement administratif, même si la production de ces documents dans une procédure devant le juge communautaire pourrait être préjudiciable à la Commission»<sup>4</sup>. Par conséquent, ce motif d'exception ne permet pas de refuser l'accès à des documents administratifs liés à l'objet du litige. La protection des avis juridiques, reconnue par le Règlement (CE) n°1049/2001, trouve ses origines dans la jurisprudence du juge communautaire. Celui-ci a affirmé à plusieurs reprises la nécessité de leur attribuer une protection particulière<sup>5</sup>. Le fait d'avoir inclus dans le Règlement (CE) n° 1049/2001 une exception spécifique « avis juridiques » montre encore une fois le rôle actif du juge dans l'affirmation du droit d'accès aux documents au niveau communautaire.

Pour le juge communautaire, « il serait contraire à l'intérêt public qui veut que les institutions puissent bénéficier des avis de leur service juridique, que de tels documents

---

<sup>1</sup> Affaires T-68/02 (radiation) et T-159/02 *Masdar (UK) Ltd c/ Commission* (radiation), T-237/ 02, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH c/ Commission* et T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c/ Commission*, en cours.

<sup>2</sup> Voir arrêt TPI *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission*, 7/12/1999, aff; T-92/98, Rec. 1999 II-3521.

<sup>3</sup> Voir point 40 de l'arrêt TPI *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission*, 7/12/1999.

<sup>4</sup> Point 42 arrêt *Interporc Im- und Export GmbH c/ Commission*, précité.

<sup>5</sup> Arrêt du TPI *Ghignone e. a c / Conseil* 8/11/2000, aff; T-44/97, Rec. 2000, A-223-1023. Voir aussi l'ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance du 3 mars 1998 dans l'affaire T-610/97R, *Carlsen/e a. c/ Conseil* 3/3/1998, Rec 1998, II- 485, et voir aussi les conclusions de l'avocat général M. Jacobs sous l'arrêt de la Cour du 13 juillet 1995, *Espagne/Conseil C\_350/92*, point 35), Rec. 1995, p. I-1985.

internes puissent être produits par des personnes autres que les services à la demande desquels ils ont été établis dans un litige devant le Tribunal sans que leur production ait été autorisée par l'institution concernée »<sup>1</sup> ; l'institution a donc bien le droit d'écarter du droit d'accès les avis juridiques. Le juge considère<sup>2</sup> que de tels documents sont des instruments de travail dont la divulgation aurait « pour effet de rendre publics le débat et les échanges de vues, internes à l'institution, concernant la légalité et la portée de l'acte juridique à adopter », ce qui pourrait créer une incertitude au regard de la légalité des actes communautaires et « avoir des conséquences négatives sur la stabilité de l'ordre communautaire ainsi que sur le bon fonctionnement des institutions ». Le rejet de l'accès aux avis juridiques s'appuie donc sur « l'exigence d'assurer la protection de la sécurité juridique et de la stabilité du droit communautaire »<sup>3</sup>. Il apparaît, lors de l'examen de la jurisprudence du juge communautaire, qu'il faut distinguer (lors d'une demande d'accès aux documents) les avis émis dans le cadre de l'activité législative et les avis qui se rapportent à une procédure contentieuse.

C'est le cas du Conseil de l'Union européenne qui avait refusé l'accès aux documents contenant des avis juridiques émanant du service juridique du Conseil portant sur une proposition de Règlement de la Commission sur l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>4</sup>, c'est-à-dire le Règlement sur l'accès aux documents. Le Conseil a en effet estimé que, s'il accordait l'accès aux documents, la faculté du Conseil de recueillir des avis juridiques indépendants serait compromise<sup>5</sup>, et donc ces documents ne peuvent pas être accordés dans la mesure où leur divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public<sup>6</sup>. Même si le document concerne des questions soulevées au stade préparatoire du processus, le Conseil considère que « tout document ou toute partie de document contenant des avis juridiques entre dans le champ d'application »<sup>7</sup> de la règle dictée par l'article 4, paragraphe 2 et donc « Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection (...) des avis juridiques (...) à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé ». Le Conseil est convaincu qu'en absence de motifs particuliers justifiant la divulgation du document

---

<sup>1</sup> Arrêt du TPI Ghignone e. a c / Conseil 8/11/2000, aff; T-44/97, précité point 47.

<sup>2</sup> Ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance du 3 mars 1998 dans l'affaire T-610/97R, Carlsen/e . a. c/ Conseil 3/3/1998, précité.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Rapport spécial du Médiateur au Parlement européen Plainte 1542/2000 (PB) SM du 12 décembre 2002.

<sup>5</sup> Rapport spécial du Médiateur Plainte 1542/2000 (PB) SM, p. 2.

<sup>6</sup> En vertu de l'article 4 paragraphe 1 de la décision 93/731CE.

<sup>7</sup> Rapport spécial du Médiateur Plainte 1542/2000 précité, p.2.

demandé, «autre que l'intérêt général qui est d'assurer la transparence et l'ouverture du processus décisionnel du Conseil», et partant d'aucun intérêt public supérieur justifiant la divulgation, le contenu du document amène le Conseil à conclure, «en toute logique, qu'il est couvert par l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2 deuxième alinéa du Règlement»<sup>1</sup>. Par conséquent, on peut déduire du raisonnement du Conseil qu'il considère que les avis de son service juridique devraient toujours être couverts par l'article 4, paragraphe 2 deuxième alinéa du Règlement (CE) n°1049/2001, indépendamment du fait qu'ils concernent des recours juridictionnels, des projets législatifs ou des actes législatifs adoptés.

Selon le Médiateur européen, au contraire, il convient de faire une distinction entre les différents types d'avis juridiques<sup>2</sup>. Le Médiateur estime que, dans le cas où le Conseil agit en vertu du TCE<sup>3</sup> en sa qualité de législateur, « le public devrait avoir accès à un avis juridique, tout au moins lorsque le processus législatif a été mené à terme<sup>4</sup> ». Or ceci ne signifie pas, selon le Médiateur, qu'il faille divulguer dans tous les cas les avis émanant du service juridique du Conseil, lorsque ce dernier agit en sa qualité de législateur. En effet l'avis rendu pourrait être refusé, même une fois le processus législatif achevé, à la condition que l'institution soit en mesure de prouver que « sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution », à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé<sup>5</sup>. Il faut ajouter à ceci le Règlement (CE) n°1049/2001 qui dispose que tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un des États membres a un droit d'accès aux documents des institutions sans qu'il soit nécessaire de motiver la demande.

Cette mesure était justifiée, selon les auteurs, par le besoin d'« espace » pour réfléchir à la définition de leur politique avant que celle-ci n'entre dans le domaine public, c'est-à-dire de leur permettre d'agir loin des feux de la publicité. Selon la Commission en effet, la politique réalisée sous les feux de la publicité et en direct est souvent de piètre qualité (comme cela a été affirmé dans le texte de proposition de Règlement de la Commission)<sup>6</sup>. Il

---

<sup>1</sup> Rapport spécial du Médiateur Plainte 1542/2000 (PB) SM, p. 10 spéc; Pt 18.

<sup>2</sup> Voir Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, op. cit. p. 22.

<sup>3</sup> En vertu de l'article 207, paragraphe 3 TCE.

<sup>4</sup> Projet de recommandation adressé au Conseil de l'Union européenne dans la plainte 154/2000/(PB)SM, [www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/001542.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/recommen/en/001542.htm)

<sup>5</sup> Article 4, paragraphe 3, du Règlement (CE) 1049/2001.

<sup>6</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. COM/2000/30 final, JO. C. 177 E 27/06/2000, p. 70-73. voir spéc. DEFINITION du terme de «document».

faut dans le cas où la demande d'accès porterait atteinte à la protection des motifs d'exception visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4 du Règlement précité que le demandeur démontre l'intérêt supérieur qui justifierait la divulgation du document<sup>1</sup>. Le Règlement prévoit aussi de limiter l'accès aux documents pendant le processus décisionnel. Ainsi, les institutions peuvent refuser l'accès aux documents établi par une institution ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision.

## **2 Le refus d'accès aux documents internes préalable à la prise de décision définitive**

Le Règlement<sup>2</sup> permet aux institutions de protéger le processus décisionnel, en refusant sous certaines conditions « l'accès aux documents établi par une institution ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision » et ajoute que l'accès à « un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée est refusé même après que la décision a été prise, dans le cas où la divulgation du document porterait gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution (...)»<sup>3</sup>. Ainsi, cette exception vise les documents des délibérations internes préalables à la prise de décision, mais les protège aussi après que la décision a été prise. Ceci est étrange, car comment est-il possible que la divulgation de ce document puisse porter gravement atteinte au processus décisionnel même après que la décision a été prise ? Au moins qu'on ait voulu entendre également les processus décisionnels futurs ? Les conditions pour refuser l'accès sont très claires: il faut que « la divulgation du document porte gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé »<sup>4</sup>. En pratique ceci signifie que l'institution devrait examiner la gravité du préjudice causé par la divulgation au processus décisionnel avec l'intérêt public d'une divulgation. On peut se demander à quel moment existe un intérêt public justifiant la divulgation. Cependant, il n'existe pas de règle permettant de déterminer *a priori* que l'intérêt public de la divulgation d'un document soit prépondérant par rapport au préjudice que la

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens la Plainte 412/2003/GG.

<sup>2</sup> Conseil, Parlement européen, Règlement (CE) n° 1049/2001, précité, paragraphe 3 de l'article 4 alinéa 1.

<sup>3</sup> Parlement européen, Conseil, Règlement (CE) n° 1049/2001, précité, paragraphe 3 de l'article 4 alinéa 2.

<sup>4</sup> Article 4, paragraphe 3, alinéa 2, Règlement 1049/2001.

divulgarion causerait à l'un des intérêts publics ou privés protégés par le Règlement<sup>1</sup>. Cela signifie qu'il faudra évaluer au cas par cas, selon la situation, si un intérêt public supérieur l'emporte. Seule la pratique pourra alors constituer une base de référence et permettre de développer une pratique administrative<sup>2</sup>.

Selon le Médiateur européen, « c'est normalement aux demandeurs de démontrer l'existence d'intérêt public supérieur<sup>3</sup> », ce qui signifie que c'est au demandeur qu'appartient la charge de la preuve. Mais l'institution devrait examiner d'office, sur la base des éléments d'appréciation dont elle dispose, s'il existe un intérêt public supérieur justifiant la divulgation du document même si le demandeur n'y fait pas référence<sup>4</sup>.

Enfin, le Règlement prévoit comme motif d'exception la protection des activités d'enquête, relatives à des procédures d'infractions et à des dossiers en matière de concurrence. Il convient de rappeler que déjà le code de conduite vise expressément l'hypothèse de documents ayant trait à des activités d'inspection et d'enquête.

L'accessibilité des documents liés à des procédures d'infractions a été au centre de l'affaire WWF UK/Commission<sup>5</sup>. Le jugement a été rendu sur la base de la décision 94/90. Cette jurisprudence reste pertinente même sous le régime actuel du Règlement 1049/2001. Dans cette affaire, la Commission a refusé l'accès à des documents au motif qu'ils concernaient l'examen par la Commission d'un éventuel manquement d'un État membre à ses obligations. Or, ce jugement montre encore une fois l'utilisation erronée des institutions des exceptions prévues initialement par la décision 94/90 et aujourd'hui par le Règlement 1049/2001. Le juge constate en effet que, dans la lettre de rejet de la demande d'accès comme dans la décision litigieuse, la Commission n'a pas observé son obligation de mettre réellement en balance les intérêts en présence, ( prescrite par les dispositions de la décision 94/90), et qu'au contraire la Commission s'est simplement contentée de mentionner l'exception tirée de

---

<sup>1</sup> Lors de la plainte 412/2003/GG précitée, le Médiateur a estimé que le fait qu'un document soit demandé à des fins scientifiques constituait un intérêt public pour divulguer un document, mais que cet intérêt n'était pas prépondérant.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens le Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, p.25-26.

<sup>3</sup> Plainte Décision du Médiateur européen relative à la plainte 412/2003/GG contre la Commission européenne, spéc. paragraphe 1.5, notre traduction.

<sup>4</sup> Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, op.cit . p. 25.

<sup>5</sup> TPI, 5 mars 1997, aff; T-105/95, WWF UK / Commission, Rec. 1997, p. II-313 sp. pt 62 et sv.

la protection de l'intérêt de l'institution relative au secret de ses délibérations et celle relative à la protection de l'intérêt public, pour rejeter la demande du requérant<sup>1</sup>.

La réponse dans ce cas ne répond donc pas aux exigences de motivation résultant de l'article 253, selon lequel la Commission aurait dû, dans le cas de l'exception tirée de la protection de l'intérêt de l'institution relative au secret de ses délibérations, faire état d'une mise en balance des intérêts en présence, et, pour l'exception tirée de la protection de l'intérêt public, elle aurait dû au moins indiquer, par catégories de documents, les raisons pour lesquelles elle considère que les documents mentionnés dans la demande d'accès par le requérant étaient tous liés à une procédure de manquement<sup>2</sup>.

Ces affaires montrent que l'institution (dans ce cas la Commission) se limite à exposer en termes généraux les raisons pour lesquelles elle estime que l'exception tirée de la protection de l'intérêt à protéger doit être appliquée à des documents faisant l'objet d'une demande d'accès sans en expliquer réellement les raisons.

### **3 La limitation du droit d'accès dans le cas de documents émanant de tiers**

La formulation de l'article 4, paragraphe 5, du Règlement n°1049/2001 constitue la transposition de la Déclaration n° 35 annexée à l'Acte final d'Amsterdam, selon laquelle les principes et conditions posés à l'article 255 CE permettront « à un État membre de demander à la Commission ou au Conseil de ne pas communiquer à des tiers un document émanant de cet État sans l'accord préalable de celui-ci »<sup>3</sup>. Cette Déclaration constitue un changement profond par rapport à la « règle de l'auteur » en vigueur avec le Code de conduite. La Déclaration n° 35 permet désormais au demandeur d'adresser sa demande d'accès directement à l'institution détentrice d'un document qui a pour auteur un État membre. L'État membre qui remet un document au Conseil ou à la Commission pourra spécifier s'il souhaite que l'institution lui demande au préalable son accord avant de communiquer à des tiers le document en question.

---

<sup>1</sup> TPI, 5 mars 1997, aff; T-105/95, WWF UK / Commission précité pt 64 et sv.

<sup>2</sup> TPI, 5 mars 1997, aff; T-105/95, WWF UK / Commission précité pt 74.

<sup>3</sup> Déclaration relative à l'article 191 A, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne «La Conférence convient que les principes et conditions visés à l'article 191 A, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne permettront à un État membre de demander à la Commission ou au Conseil de ne pas communiquer à des tiers un document émanant de cet État sans l'accord préalable de celui-ci». JOCE C 340 10 mai 1997.

Le Code de conduite de 1993<sup>1</sup> au contraire obligeait le demandeur d'adresser directement sa demande à l'auteur du document; une demande d'accès ne pouvait donc pas être formulée directement aux institutions communautaires si l'auteur du document n'était pas l'institution en question. Il faut voir là l'influence du juge communautaire qui, dans son arrêt du Tribunal de Première Instance du 19 juillet 1999 Rothmans International BV/Commission aff. T-188/97<sup>2</sup>, a permis de préciser le sens de la « règle de l'auteur » prévue par le Code de conduite (93/730/CE). Il a principalement montré que la « règle de l'auteur » pouvait constituer un élément de limitation du droit d'accès aux documents et donc pourrait signifier une limitation du principe général de transparence garantie par la décision 94/90.CECA/CE, Euratom, relative à l'accès du public aux documents de la Commission.

Le Code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, et la décision 94/90 relative à l'accès du public aux documents de la Commission, prévoyaient en effet que « lorsqu'un document détenu par une institution a pour auteur une personne physique ou morale, un État membre, une autre institution ou organe communautaire ou tout autre organisme national ou international, la demande d'accès doit être adressée directement à l'auteur ».

Ceci constituait une source de difficulté ultérieure lors d'une demande d'accès au document. En effet, il n'est pas toujours facile d'établir qui est l'auteur du document et, pour l'institution qui détient un document de tiers, cette règle permet en effet de refuser simplement l'accès aux documents demandés ce qui signifie de rallonger la procédure. La Commission refusa l'accès aux procès-verbaux du comité de comitologie comité des douanes en considérant qu'il était totalement distinct et indépendant de la Commission<sup>3</sup>. Elle considérait donc que les documents en cause n'étaient pas des documents de la Commission et donc refusa l'accès.

Depuis le Traité d'Amsterdam et l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 1049/2001, il est possible d'appliquer la discipline du droit d'accès communautaire à des documents d'un tiers<sup>4</sup>. Ceci facilite la procédure d'accès aux documents pour un cas comme celui précité; cependant ceci ne signifie pas que les documents des tiers soient divulgués plus facilement.

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil n°93/731, à l'annexe à la décision de la Commission n° 94/90 précité, article 2, alinéa 2 et Décision du Parlement européen n°97/632, précité, article 2 paragraphe 3.

<sup>2</sup> TPI, 19 juillet 1999, , aff; T-188/97Rothmans International BV/Commission, Rec. 1999, II-2463.

<sup>3</sup> Voir Titre I, chapitre I, section I §2A.1.b.p. 12 et sv.

<sup>4</sup> Le Règlement définit comme «tiers» « toute personne physique ou morale ou entité extérieure à l'institution concernée, y inclus les États membres, les autres institutions et organes communautaires ou non communautaires, et les pays tiers» article 3 point b.



Le Règlement (CE) n° 1049/2001<sup>1</sup> précise que « dans le cas de documents de tiers, l'institution consulte le tiers afin de déterminer si une exception prévue au paragraphe 1 ou 2 est d'application à moins qu'il ne soit pas clair que le document doit ou ne doit pas être divulgué ». En effet, le Conseil et la Commission<sup>2</sup> ont prévu dans leurs modalités d'application que quand il ne résulte pas clairement de l'examen du document émanant du tiers qu'il ne doit pas être divulgué<sup>3</sup>, le tiers concerné est consulté si le document est un document sensible, ou si le document provient d'un État membre et a été soumis au Conseil avant le 3 décembre 2001, ou que l'État membre concerné a demandé qu'il ne soit pas divulgué sans son accord. Lorsque le document ne relève pas des catégories précitées et que, compte tenu de l'avis négatif du tiers, le Conseil n'a pas acquis la conviction que l'article 4, paragraphe 1 ou 2, du Règlement (CE) n° 1049/2001 est applicable, et donc envisage de rendre le document accessible au public, le tiers est alors immédiatement informé qu'il dispose d'un délai de dix jours ouvrables pour s'opposer à cette divulgation.

Il est toutefois très rare que les institutions notifient à l'auteur leur intention de divulguer un document contre son avis<sup>4</sup>. De plus, selon la décision de la Commission, modifiant son règlement intérieur<sup>5</sup>, la direction générale ou le service dépositaire de la Commission peut donner une suite favorable à la demande d'accès « sans consulter le tiers auteur lorsque (...) la divulgation, éventuellement partielle, de son contenu ne porte pas atteinte à l'un des intérêts visés à l'article 4 du Règlement (CE) n° 1049/2001 »<sup>6</sup>. Sauf pour les documents « sensibles », l'autorité d'origine peut s'opposer à sa divulgation et à son inscription au registre; dans ce cas, les institutions sont obligées de respecter l'opposition de l'auteur du document.

Le Traité d'Amsterdam a prévu à travers la Déclaration n° 35 un régime particulier pour les documents émanant des États membres<sup>7</sup>. Le régime particulier prévoit qu'un État membre peut demander à une institution de ne pas divulguer un document dont il est l'auteur<sup>8</sup> sans son

---

1 Article 4 paragraphe 4 du Règlement CE n° 1049/2001

2 Article 5 décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur (2001/937/CE, CECA, Euratom), et annexe II, article 2 décision du Conseil 2004/338/CE, Euratom.

3 Au regard de l'article 4, paragraphes 1, 2 et 3, du Règlement (CE) n° 1049/2001.

4 Rapport de la Commission européenne sur la mise en œuvre des principes du Règlement CE n° 1049/2001, précité p. 26.

5 Décision de la Commission n° 2001/937/CE, CECA, Euratom, du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur, JO n° L 345 du 29/12/2001 p. 94-98.

6 Décision de la Commission n° 2001/937/CE, CECA, Euratom précité, article 5 annexe.

7 Cette déclaration a été transposée par l'article 4 paragraphe 5 du Règlement 1049/2001.

8 Selon l'interprétation donnée par le Conseil de la notion de document émanant d'un État membre.

accord préalable<sup>1</sup>. Cette faculté accordée aux États membres <sup>2</sup> s'explique par le fait que ledit Règlement n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les législations nationales en matière d'accès aux documents<sup>3</sup>. Si l'auteur ne répond pas, l'institution se réserve le droit de la décision finale quant à l'accès audit document. Ainsi, les États membres ont toujours la possibilité de refuser l'accès aux documents

La possibilité d'accéder aux documents émanant d'un État membre peut être intéressante, surtout pour accéder à des documents qui ont comme auteur des pays qui n'ont pas une réglementation générale du droit d'accès ou qui ont une réglementation plus restrictive que celle communautaire. C'est le cas de l'Allemagne qui ne possède pas encore une réglementation générale au niveau fédéral sur le droit d'accès aux documents et de l'Italie qui garantit un droit d'accès général aux documents administratifs, mais limité par l'obligation de démontrer un intérêt légitime à consulter le document demandé. La réglementation communautaire pourrait ainsi permettre l'accès aux documents lorsque l'État membre a omis de répondre dans les délais fixés. La Commission statue conformément au régime d'exception du Règlement CE n° 1049/2001<sup>4</sup> et donc peut autoriser l'accès sans accord de l'État membre.

La pratique montre que les autorités nationales s'opposent à la divulgation de documents auxquels elles avaient déjà refusé l'accès sur la base de leur propre législation ou qu'elles n'auraient pas divulgués si elles avaient été saisies de la demande. En effet, parmi les cas où l'accès a été refusé, comme suite à l'opposition manifestée par l'État membre, on constate que c'est justement l'Italie et l'Allemagne se sont opposées et qui ont fait l'objet de six recours dont cinq toujours pendants et d'une plainte auprès du Médiateur européen<sup>5</sup>.

L'affaire Mara Messina c/Commission<sup>1</sup> montre que le Règlement n'affecte pas les législations nationales en matière d'accès aux documents. Dans cette affaire la Commission avait refusé de donner accès à des documents émanant de l'autorité italienne que la requérante, assistante des facultés de droit des universités de Salerne et de Naples (Italie), lui avait demandés. La requérante avait le projet de préparer une étude relative aux effets

---

<sup>1</sup> Parlement européen, Conseil, Règlement (CE) n° 1041/2001, précité, article 4, paragraphe 5.

<sup>2</sup> Par l'article 4, paragraphe 5, du Règlement (CE) n° 1049/2001

<sup>3</sup> Parlement européen, Conseil, Règlement (CE) n° 1041/2001, précité, considérant 15.

<sup>4</sup> Commission, Décision 2001/937/CE, CECA, Euratom, article 5, paragraphe 5.

<sup>5</sup> TPI 17 septembre 2003, aff. T-76/02, Mara Messina c/ Commission, Rec. P. II-0, affaires encore pendantes: TPI, Internationaler Tierschutz-Fonds (IFAW) GmbH c/ Commission aff. T-168/02; TPI, Scippacercola c/ Commission, aff. T-187/03; Nuova Agricast srl c/ Commission et aff. T-139/03 et T-151/03 et SIMSA srl c/ Commission aff. T-287/03.

produits par les aides d'État sur les entreprises des régions défavorisées du sud de l'Italie. Par lettre du 4 décembre 2001, elle a demandé, sur le fondement du Règlement CE n° 1049/2001, l'accès à certains documents concernant un régime d'aides d'État considéré, après examen préliminaire, comme compatible avec le marché commun par décision de la Commission du 2 août 2000<sup>2</sup>. La requérante a plus particulièrement sollicité l'accès à la correspondance échangée par les autorités italiennes avec la Commission dans le cadre de la procédure d'examen dudit régime, au procès-verbal de la réunion entre ces autorités et les services de cette institution, qui s'est tenue à Bruxelles le 16 mai 2000, et à la recommandation par laquelle la Commission a proposé,<sup>3</sup> des modifications utiles au régime d'aides en cause, dans l'hypothèse où ladite recommandation ne serait pas comprise dans l'un ou l'autre des documents susvisés. Par courrier, la Commission<sup>4</sup> a rejeté la demande de la requérante et invité la requérante à adresser sa demande aux autorités italiennes<sup>5</sup>. Le juge communautaire a jugé que la Commission avait «à juste titre refusé de donner accès à des documents émanant des autorités italiennes, celles-ci s'étant opposées à leur divulgation» et a rejeté le recours<sup>6</sup>. Le juge précise que la faculté reconnue aux États membres par le Règlement «s'expliquerait par la subsistance des règles nationales d'accès aux documents, lesquelles ne doivent pas pouvoir être contournées par le biais des dispositions du Règlement CE n° 1049/2001»<sup>7</sup>. La Commission a également affirmé «qu'il n'appartient pas au Tribunal de contrôler le refus de divulgation opposé par un État membre ni pour des raisons formelles ni quant au fond» et souligné le fait que le tribunal administratif régional du Latium «*Tribunale amministrativo regionale del Lazio*» avait, dans une ordonnance datée du 25 juillet 2001, validé le rejet par l'administration italienne d'une demande d'accès auxdits documents formulée en avril de la même année par des entreprises<sup>8</sup>. Ainsi comme l'a précisé le juge communautaire, «la Commission a observé la faculté accordée aux États membres par l'article 4, paragraphe 5, du Règlement»<sup>9</sup> selon laquelle les principes et conditions posés à l'article 255 TCE permettront à un État membre de demander à la Commission ou au Conseil de ne pas communiquer à des

---

1 TPI 17 septembre 2003, aff ; T-76/02, Mara Messina c/ Commission, Rec. P. II-0.

2 Aide d'État N 715/99 - Italie (SG 2000 D/10574).

3 En application de l'article 18 du Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [88] du traité CE (JO L 83, p. 1).

4 Courrier du 19 décembre 2001.

5 TPI 17 septembre 2003, aff ; T-76/02, Mara Messina c/ Commission, précité, pt 8.

6 TPI 17 septembre 2003, aff ; T-76/02, Mara Messina c/ Commission, précité pt 29.

7 TPI 17 septembre 2003, aff ; T-76/02, Mara Messina c/ Commission, précité pt. 33.

8 Idem.

9 Idem.

tiers un document émanant de cet État sans l'accord préalable de celui-ci et que cette faculté s'explique par «le fait que le dit Règlement n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les législations nationales en matière d'accès aux documents (considérant 15 du Règlement CE n° 1049/2001)»<sup>1</sup>.

Néanmoins, cela ne signifie pas que les institutions communautaires aient une politique de transparence plus favorable que les États membres, l'inverse peut aussi s'opérer : ce qui est transparent pour les autorités nationales ne l'est pas pour les institutions européennes. L'affaire Svenska Journalisförbundet/Conseil<sup>2</sup> est révélatrice à cet égard, lorsqu'une association de journalistes suédois avait en effet demandé l'accès à vingt documents du Conseil relatifs à Europol, celui-ci lui a opposé un refus pour seize d'entre eux. Saisies par la même demande, les autorités suédoises avaient au contraire communiqué dix-huit documents. Cela est tout à fait possible, car le Règlement (CE) n° 1049/2001 oblige les institutions communautaires saisies d'une demande d'accès à un document originaire d'un État membre de ne pas le divulguer si les autorités nationales dont le document émane s'y opposent. En revanche, l'État membre saisi d'une demande d'accès au document originaire d'une institution applique sa propre législation. L'article 5 du Règlement<sup>3</sup> n'oblige l'État membre à consulter l'institution d'origine qu'en cas de doute; enfin, la décision prise par l'État membre ne doit pas compromettre la réalisation des objectifs du Règlement. Ce qui signifie, et comme l'a montré l'affaire Svenska Journalistförbundet/Conseil, que l'État membre veille à faire concilier les dispositions du Règlement avec celles de sa propre législation. Il s'ensuit qu'il sera plus facile d'accéder aux documents émanant d'une institution et en possession d'un État membre ayant une réglementation plus favorable au droit d'accès (comme pour la Suède) que pour un pays ayant une réglementation plus restrictive ou n'en ayant pas du tout en matière de droit d'accès général aux documents (comme c'est le cas pour l'Italie ou l'Allemagne). Cependant, il n'est pas possible pour le moment d'évaluer l'importance de la divulgation de documents émanant des institutions communautaires par les autorités nationales sur la base de leur législation.

---

1 TPI 17 septembre 2003, aff ; T-76/02, Mara Messina c/ Commission, précité pt ; 41.

2 Aff; T-174/95 Svenska Journalistförbundet/Conseil TPI 17 juin 1998 Rec 1998 II-2289.

3 Article 5 : «Documents dans les États membres. Lorsqu'un État membre est saisi d'une demande relative à un document en sa possession, émanant d'une institution, à moins qu'il ne soit clair que le document doit ou ne doit pas être fourni, l'État membre consulte l'institution concernée afin de prendre une décision ne compromettant pas la réalisation des objectifs du présent règlement. L'État membre peut, au lieu de cela, soumettre la demande à l'institution».

### **SECTION III Les mesures d'information générales prévues par le Traité instituant la Communauté européenne**

Initialement le TCE n'a pas reconnu un principe général d'accès à l'information aux documents des institutions, mais a su imposer le respect de certaines formalités d'information pour les destinataires des actes communautaires. C'est à travers la publicité et la motivation des actes communautaires que l'information était garantie au niveau communautaire (§1). Le TUE marque un pas décisif vers la démocratisation de la Communauté européenne. Il introduit en effet un changement fondamental dans le système juridique communautaire et marque l'évolution de la Communauté d'un système économique vers un système politique. Cette évolution trouve son aboutissement dans le TUE, qui crée une citoyenneté européenne. A travers la citoyenneté, les auteurs des Traités ont voulu « dynamiser les relations entre les simples citoyens et la construction européenne et apporter ainsi une réponse au lancinant problème du déficit démocratique »<sup>1</sup> et au manque de transparence. Il convient ainsi de mettre en évidence le rôle de la citoyenneté au service de la légitimité démocratique et la transparence des institutions (§2).

#### **§1. La publicité et la motivation des actes communautaires**

L'obligation de publication (A) et de motivation des actes communautaires constituent d'importantes sources d'information (B) obligeant l'administration d'informer et de rendre compte aux administrés des raisons de ses décisions.

##### **A L'obligation de publication des actes communautaires**

L'article 254 paragraphe 2 (ex-article 191) imposait une obligation de publication *erga omnes* dans le Journal officiel de la Communauté européenne uniquement pour les Règlements. A défaut, ils ne seraient pas « entrés en vigueur », ce qui signifie que le défaut de publication n'a effet que sur leur caractère applicable, mais non sur leur légalité. La Cour a affirmé que « La validité du Règlement (CEE) du Conseil 7 bis/59 n'est pas affectée par la circonstance que la publication au Journal officiel n'a eu lieu qu'après l'expiration du délai de

deux ans à compter de l'entrée en vigueur du Traité, cette tardiveté ne pouvant avoir une incidence que sur la date à partir de laquelle le Règlement a pu être appliqué ou produire ses effets »<sup>2</sup>. Pour les directives et les décisions, le Traité n'imposait que la *notification*; il s'ensuit que, même si elles sont adressées à l'ensemble des États membres, elles étaient dispensées de publication. Néanmoins, le Traité n'interdisait pas la publication. En effet, le règlement intérieur du Conseil laissait la possibilité au Conseil, à condition que la décision soit prise à l'unanimité de publier à titre d'information dans la rubrique « actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité » les directives, décisions et recommandations. La publication ne dispense pas de procéder à sa notification, qui seule la rend opposable<sup>3</sup>: c'est à la date de notification que les directives « prennent effet ». Lorsque le Conseil a décidé, la publication de ces actes doit être notifiée à leurs destinataires.

Un changement intervient suite à la jurisprudence de la C.J.C.E.<sup>4</sup> qui a reconnu que les directives peuvent produire des effets directs, c'est-à-dire que les particuliers peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales après expiration du délai fixé par la directive pour demander que soit écartée une disposition de droit interne incompatible avec une directive<sup>5</sup>. Par la suite, les Communautés ont suivi une pratique de publication systématique des directives dans le Journal officiel des Communautés européennes. Cette pratique a été entérinée par le Traité de Maastricht qui désormais oblige de publier au Journal officiel des Communautés européennes les directives et les décisions adoptés conformément à la procédure visée par l'article 251. Enfin le TCE prévoit que les règlements du Conseil et de la Commission ainsi que les directives de ces institutions qui sont adressé à tous les États membres, sont publiés au Journal officiel de l'Union européenne»<sup>6</sup>. La publication est désormais un principe général auquel les Communautés ne peuvent déroger que pour les décisions individuelles et constitue une source d'information pour le citoyen<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> T. DEBARD, «La Citoyenneté européenne et le Traité de Maastricht», in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, op. cit. p. 254.

<sup>2</sup> C.J.C.E., 29 mai 1974, Hauptzollamt Bielefeld, 185/73; Rec. 1974, 607. v. aussi C.J.C., 20 mai 1974, König, aff. 185/73; Rec. C.J.C.E., p. 607.

<sup>3</sup> C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Geigy*, 52/69, Rec. 1972, 787.

<sup>4</sup> C.J.C.E., 5 avril 1978, *Ratti*, aff. 148/78, Rec 1979, p. 1629.

<sup>5</sup> Par ailleurs la Cour a admis pour le particulier la possibilité d'invoquer une directive devant une juridiction nationale soit pour apprécier les moyens utilisés pour sa mise en œuvre, soit pour contester une décision individuelle prise sur le fondement d'une directive. v. dans ce sens C.J.C.E., 1<sup>er</sup> février 1977, *Biens d'investissement*, aff. 51/76, Rec. p. 113; 2 octobre 1975, CJCE, 23 octobre 1975, aff. C-35/75, *Matisa Maschinen GmbH / Hauptzollamt Berlin Packhof* Rec.1975,p.1205. aff. 36/75 Rec /

<sup>6</sup> Article 254, paragraphe 2, TCE.

<sup>7</sup> Roseline LETTERON, «Droit communautaire et accès aux documents administratifs», op cit, p. 7.

## **B La motivation des actes communautaires**

Or, si la publication des actes communautaires constitue une source d'information importante pour le citoyen européen, c'est surtout grâce à l'obligation de motivation prévue par l'article 253 du TCE que l'information des administrés est garantie. L'article proclame que: « les règlements, les directives et les décisions adoptées conjointement par le Parlement européen et le Conseil ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission sont motivés et visent les propositions ou avis obligatoirement recueillis en exécution du présent Traité »<sup>1</sup>. L'exigence d'une motivation suffisamment précise des actes, consacrée par l'article 253 TCE constitue l'un des « principes fondamentaux du droit communautaire dont il appartient au juge d'assurer le respect, au besoin en soulevant d'office un moyen tiré de la méconnaissance de cette obligation »<sup>2</sup>. Plus précisément l'obligation de motivation est importante, car elle satisfait à trois exigences :

l'exigence démocratique, en obligeant les administrations à rendre compte aux administrés des raisons de leur décision,

l'exigence d'une bonne administration: à travers l'obligation, les administrations sont obligées d'examiner le bien-fondé des décisions qu'elles entendent prendre; ainsi, la motivation permet d'éviter la prise de décision difficilement justifiable,

l'exigence de pouvoir contrôler l'administration.

La connaissance des motifs permet aux intéressés d'évaluer s'il y a matière à réclamation ou à recours, mais, en même temps, permet au juge de faciliter son travail en cas de recours<sup>3</sup>. Selon le juge communautaire, *Stork Amsterdam BV / Commission*, « la motivation doit faire apparaître de manière claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, de façon, d'une part, à fournir aux intéressés une indication suffisante pour savoir si l'acte est fondé, ou s'il est, éventuellement, entaché d'un vice permettant d'en contester la

---

<sup>1</sup> Traité CEE, article 190; Traité CECA, article 15; Traité CEEA, article 162, Règlement intérieur du Conseil, article 11.

<sup>2</sup> TPI, 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening/Commission*, aff. T-61/89, Rec. p. II-1931, pt 129.

<sup>3</sup> Cf. Christian HEN « La motivation des actes des institutions communautaires », *Cahier de Droit européen*, 1977, 49 ss.

validité et, d'autre part, à permettre au juge communautaire d'exercer son contrôle de légalité<sup>1</sup> : elle constitue par conséquent une source importante d'information.

L'obligation de motivation en droit communautaire « se singularise par la portée tout à fait générale de l'obligation de motiver qui s'applique non seulement aux décisions individuelles, mais encore aux actes à portée générale»<sup>2</sup>. Selon une jurisprudence constante, la portée de l'obligation de motivation dépend de la nature de l'acte en cause et du contexte dans lequel il a été adopté. Le juge communautaire avait précisé dans l'affaire *W. Beus GmbH & Co. Contre Hauptzollamt München* que «la motivation d'un Règlement peut se borner à indiquer, d'une part la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption, d'autre part les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre. Dès lors, on ne saurait exiger qu'elle spécifie les différents faits, parfois très nombreux et complexes, au vu desquels le Règlement a été adopté, ni *a fortiori* qu'elle en fournisse une appréciation plus ou moins complète»<sup>3</sup>.

Les États ont voulu que les intentions des institutions communautaires soient systématiquement rendues publiques. La motivation constitue ainsi un élément important d'information pour chacun, car il permet de connaître les conditions dans lesquelles les institutions font application du Traité. La CJCE considère en effet que «l'article 190 ne répond pas seulement à un souci formel, mais vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux États membres, comme aux ressortissants intéressés, de connaître les conditions dans lesquelles la Commission (en l'occurrence) a fait application du Traité»<sup>4</sup>. Il s'agit donc d'une formalité substantielle et sanctionnée comme telle au titre du contrôle de légalité par la Cour. Elle diffère en cela essentiellement de l'obligation qui pèse sur les administrations nationales qui limitent l'obligation de la motivation aux seules décisions «individuelles»<sup>5</sup>, même si, au niveau

---

<sup>1</sup> TPI, 22 octobre 1997, *SCK et FNK/Commission*, aff ; T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739, pt 226, TPI, 17 février 2000, aff T-241/9, *Stork Amsterdam BV / Commission des Communautés européennes*, Rec. 2000 p. II-309, pt 72.

<sup>2</sup> Cf. J.P. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D SIMON, *Traité instituant la CEE: Commentaire article par article*. Paris, Economica, 1991, p. 1187, sp.p. 1648.

<sup>3</sup> CJCE arrêt, 13 mars 1968, Affaire 5-67, *W. Beus GmbH & Co. Contre Hauptzollamt München*. Rec. 1968 p. 125.

<sup>4</sup> CJCE, 4 juillet 1963, *Allemagne c/ Commission*, aff. 24/62, Rec. 1963, 143.

<sup>5</sup> La loi française n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et les administrés : *JORF 12 juillet 1979, p. 1711*, limite la motivation aux seules décisions «individuelles» et dispense de cette formalité les actes à caractère général et impersonnel; néanmoins, dans le domaine de l'obligation de motivation également, le droit communautaire a su imposer des modifications au droit national. En effet le Conseil d'État a reconnu l'application en droit interne de la règle de droit communautaire et, plus précisément, des règles issues des directives communautaires: en effet, des actes ayant un caractère réglementaire (comme par exemple l'arrêté) qui n'ont pas à être motivés en application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 dont les dispositions ne concernent que certaines catégories de décisions



national, lors des procédures législatives, le texte proposé est justifié à travers « l'exposé des motifs » qui s'adressent effectivement à la généralité des citoyens. La motivation des actes communautaires varie avec la nature de l'acte. Selon la Cour, « la mesure de l'obligation de motiver consacrée par l'article 190 du Traité dépend de la nature de l'acte en cause ». Elle sera plus ou moins complète selon qu'elle accompagne un règlement ou une décision individuelle susceptible d'entraîner des effets dommageables à l'égard du destinataire. La Cour a su imposer une exigence minimum: la motivation doit faire apparaître «de façon claire et non équivoque les raisons sur lesquelles l'acte est fondé ». Ainsi, pour les Règlements, «il s'agit essentiellement d'indiquer sur un plan général les buts poursuivis par le Règlement, les raisons qui le justifient et les grandes lignes du système adopté»<sup>1</sup>. Selon l'interprétation donnée par la CJCE, le contenu de la motivation pour les décisions a portée générale n'exige pas la formulation des motifs de fait qui ont conduit à son adoption. Il suffit que la motivation indique la situation d'ensemble à l'origine de l'acte ainsi que les objectifs généraux qu'il doit permettre d'atteindre<sup>2</sup>.

Or, la jurisprudence de la Cour n'a pas hésité à donner une interprétation large de la notion de Règlement lorsqu'agissait de leur appliquer l'obligation de motiver, obligeant aussi de motiver une note annexée à un Règlement sur l'organisation du marché des céréales qui devait faire objet d'une motivation au titre de l'article 190 TCE<sup>3</sup>. A travers une interprétation extensive de la part de la Cour, une information majeure est donc garantie. Au contraire, l'obligation de motivation pour les décisions individuelles doit être particulièrement précise: en effet, il ne suffit pas selon la Cour que «l'exposé des motifs d'une décision puisse être déterminé en fonction des possibilités d'information des intéressés»<sup>4</sup>, mais il faut que d'autres personnes que les destinataires puissent avoir intérêt à agir contre la décision. Ainsi, pour les décisions individuelles, l'exigence de motivation est plus stricte; par ailleurs, la Cour requiert une motivation particulièrement précise lorsque l'intervention de l'acte est

---

individuelles, peuvent l'être comme dans le cas de la directive n° 89-105 du 21 décembre 1988 concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain subordonnant l'exclusion d'un médicament ou d'un produit de la liste des spécialités remboursables aux assurés sociaux à une décision comportant un exposé des motifs fondé sur des critères objectifs et vérifiables. Voir CE, 9 juillet 1993 association Force ouvrière consommateurs et autres; A.J.D.A. 20 février 1994, p.156-157obs. Xavier Prétot. L'Allemagne a inscrit la règle générale de la motivation dans son code de procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) adopté le 25 mai 1976, et l'Italie avec la loi n° 241/1990 .

<sup>1</sup> CJCE, Barge / Haute Autorité, aff. n° 5-67, Rec, 1968, p. 126.

<sup>2</sup> CJCE, 13 mars 1968, Beus, aff. 5/67: rec. CJCE, p. 125.

<sup>3</sup> C.J.C.E., 20 juin 1973, NV Koninklijke Lassiefabrieken contre Hoofprodukschap voor Akkerbouwprodukten, n° 80-72, Rec., 1973, p. 635, concl. Mayras.

<sup>4</sup> Cf. C. HEN. «La motivation des actes institutions communautaires», op. cit. p. 79 ss.

subordonnée à l'appréciation d'une situation économique<sup>1</sup>, spécialement de celle qui « inflige des amendes aux entreprises »<sup>2</sup>. Dans ce cas, la motivation doit comprendre les raisons de fait et de droit qui la fondent<sup>3</sup>. L'obligation de motivation a aussi des conséquences sur les conditions d'accès du public aux documents communautaires. Le juge communautaire n'a pas hésité, dans le cas du contentieux lié au refus d'accès aux documents, d'annuler pour violation de l'exigence de motivation une décision de refus de communication de documents<sup>4</sup>. Un pas fondamental vers la transparence au sein des institutions communautaires a été franchi avec le Traité de Maastricht sur l'Union européenne, à travers l'institution d'une citoyenneté européenne pour les nationaux des États membres, et l'institution du Médiateur européen est un progrès vers la démocratisation de l'Union européenne.

## **§2 La citoyenneté européenne au service de la légitimité démocratique et la transparence des institutions communautaires**

L'affirmation par l'article premier du TUE que « les décisions sont prises le plus près possible des citoyens » et que l'Union devra respecter « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont une portée « fortement emblématique »<sup>5</sup>. Elles montrent que « la construction européenne ne se veut pas seulement économique ou même sociale, mais vise au-delà, une ambition politique »<sup>6</sup> et démocratique qui « permet d'organiser, de construire une société politique européenne »<sup>7</sup>, telle une démocratie représentative. En tant que principe fondamental du droit communautaire<sup>8</sup>, le principe de la démocratie représentative s'affirme

---

<sup>1</sup> CJCE, 4 juillet 1963, Allemagne c/ Commission, , précité.

<sup>2</sup> V. CONSTANTINESCO, J.P.JACQUÉ, R.KOVAR, D. SIMON, *Traité instaurant la CEE: Commentaire article par article*. op. cit, article 190, p. 1187.

<sup>3</sup> CJCE 13 fév. 1979, Hoffmann-Laroche, aff. 85/76; Rec. p. 461. Le contrôle sur les éléments de fait réalisé par la Cour sont extrêmement rigoureux. Voir dans ce sens l'affaire CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can co.inc. / Commission, aff. 6/72, Rec. p. 215. La motivation des décisions individuelles fera l'objet du chapitre 1 au sein du Titre I de la IIème Partie .

<sup>4</sup> TPI, 5 mars 1997, WWF UK c/ Commission, aff. T-105/95, Rec. 1997, p. II-313.

<sup>5</sup> R.KOVAR et D.SIMON, La citoyenneté européenne, *CDE*, 1993, p. 290.

<sup>6</sup> R.KOVAR R. L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté dans le processus d'intégration européenne, in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal 2000, p. 81

<sup>7</sup> C. BLUMANN. «Citoyenneté européenne et déficit démocratique», in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal 2000, p. 229.

<sup>8</sup> Paragraphe 2, article 6 (ex-article F) TUE.

par le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires politiques<sup>1</sup>. Cette participation à la gestion des affaires s'est réalisée à travers la reconnaissance d'un ensemble des droits civils et politiques qui ont été reconnus au citoyen européen. Même si «on doit admettre qu'il a longtemps été difficile d'associer la citoyenneté à celui de la construction européenne»<sup>2</sup>, le citoyen européen est, du fait de la généralisation de la libre circulation, et avec la progression de l'intégration communautaire au-delà de la dimension économique, au centre de la construction de l'Union européenne.

Le traité de Maastricht, entré en vigueur en 1992, a institué la citoyenneté de l'Union et introduit une nouvelle partie au traité CE énonçant les droits spécifiques qui la constituent<sup>3</sup>. Les droits rattachés à cette citoyenneté se sont enrichis avec le Traité d'Amsterdam<sup>4</sup> et avec la proclamation de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne au cours du sommet de Nice en décembre 2000. Ce dernier consacre le chapitre V à la citoyenneté européenne et fait que les droits liés à la citoyenneté ont acquis le statut de droit fondamental. Ainsi la citoyenneté participe activement au processus de démocratisation et d'intégration européenne et constitue la première ébauche d'un peuple européen, source d'une nouvelle légitimité politique et preuve du caractère étatique et démocratique de l'Union européenne. Plus que sur le plan de la transparence, la citoyenneté a un rôle sur le plan de la consolidation d'une identité européenne qui renforce l'Union européenne sur la scène internationale et nationale et permet au citoyen de nouer des contacts plus directs avec les institutions.

La citoyenneté fait progresser le processus de démocratisation de l'Union en valorisant la participation de ceux-ci aux activités des institutions. C'était une nécessité fondamentale, car les institutions communautaires sont investies d'une autorité décisionnelle judiciaire, législative et administrative comme nous le trouvons dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres<sup>5</sup>. Dans les États souverains, les autorités publiques dotées de tels pouvoirs sont responsables devant les citoyens, qui peuvent participer au processus décisionnel soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire de représentants élus. La

---

<sup>1</sup> Prof Ernst -Joachim Mestmäcker, «De la Communauté économique à l'Union économique et Monétaire», *Revue des Affaires Européennes*, 1995, p 111-112.

<sup>2</sup> T. DEBARD, «La citoyenneté européenne et le Traité d'Amsterdam», in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal 2000, p. 253.

<sup>3</sup> Deuxième partie, articles 17 à 22 TCE.

<sup>4</sup> Avec le Traité d'Amsterdam le citoyen s'est vu attribuer en plus du droit d'accès aux documents du Parlement européen, de la Commission et du Conseil (article 255 TCE), également le droit d'écrire à l'une des institutions européennes et de recevoir une réponse dans sa propre langue nationale (Article 21 alinéa 3 (ex-article 8D° TCE).

<sup>5</sup> J. SÖDERMAN, «Le citoyen, l'administration et le droit communautaire», *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n° 2, p. 23 ss.

citoyenneté européenne participe ainsi à l'évolution vers cette valorisation tant de la responsabilité des institutions de l'Union devant les citoyens que de la participation de ceux-ci aux activités des institutions.

Il est donc essentiel d'analyser les attributions de la citoyenneté européenne (A) et les droits qui rattachés à la citoyenneté européenne contribuent à rendre le fonctionnement de l'Union européenne transparent (B).

### **A Les attribution de la citoyenneté européenne**

Selon les termes de l'article 17 TCE, la qualité de citoyen est attribuée à «toute personne ayant la nationalité<sup>1</sup> d'un État membre». La citoyenneté de l'Union est une citoyenneté d'attribution qui ne confère que les droits énumérés dans le Traité instituant l'Union : elle ne se substitue pas à la nationalité que les ressortissants des États membres conservent intégralement mais s'y ajoute<sup>2</sup>. Cependant, par sa genèse, mais aussi par les droits et devoirs qui y sont attachés, la citoyenneté de l'Union est *sui generis*, non comparable à la citoyenneté nationale d'un État membre. La formulation des droits rattachés à la citoyenneté reflète logiquement l'état d'avancement de la construction de l'Union européenne et caractérise la citoyenneté européenne : ces droits s'adressent en premier lieu aux citoyens de l'Union. Par conséquent, la notion de citoyen n'a plus une dimension simplement symbolique, mais exprime la physionomie nouvelle du citoyen, et constitue un signe fondamental de l'affirmation des principes constitutionnels présents dans les États membres de l'Union européenne en lui reconnaissant des droits politiques (1), des droits liés à la construction communautaire (2) et des droits liés à l'administration (3).

---

1 Il faut préciser qu'il appartient à chaque État membre de définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité de cet État. La déclaration n° 2 annexée au traité de Maastricht le précise clairement : «chaque fois que le traité instituant la Communauté européenne fait référence aux ressortissants des États membres, la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné».

2 L'ex-article 8 introduit par le Traité de Maastricht affirmait uniquement que « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». L'article fut modifié par le Traité d'Amsterdam qui spécifie que « (...) La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas » article 17 (ex-article 8) paragraphe 1.

## 1 Les droits politiques

Les droits politiques sont l'expression du principe de démocratie et constituent des droits politiques classiques. Le Traité CE confère aux nationaux des États membres, où qu'ils se trouvent dans l'Union, certains droits civiques qui sont le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales de l'État membre de résidence<sup>1</sup>. Conformément à l'article 19 TCE, «Tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État»<sup>2</sup>.

Le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections au Parlement européen dans l'État membre de résidence est consacré par le traité CE<sup>3</sup>. Il a été mis en œuvre par la directive 93/109/CE<sup>4</sup> qui fixe les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants<sup>5</sup>. Il représente la caractéristique première et essentielle de la citoyenneté de l'Union, par référence à la citoyenneté "classique", attachée à l'État. Introduisant une dissociation sans précédent entre territoire national et effet juridique de la nationalité, ceci confère à la citoyenneté européenne un caractère autonome, marqué par des rapports directs instaurés entre l'Union et ses citoyens.

Dans ce sens, la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre de résidence, dans les mêmes conditions que les

---

1 Le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre de résidence représente, depuis le traité de Maastricht, un élément constitutif essentiel de la citoyenneté européenne, un droit propre aux ressortissants des États membres. En tant que droit fondamental de participer à la vie publique, la Charte (article 45) le consacre comme un droit propre aux ressortissants des États membres.

2 C'est la Directive 94/80/CE du Conseil du 19 décembre 1994 qui a fixé les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité.

3 Article 19 CE : (...) 2. (...) Tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État (...). Article 190 CE : 1. Les représentants, au Parlement européen, des peuples des États réunis dans la Communauté sont élus au suffrage universel direct (...).

4. Le Parlement européen élabore un projet en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ou conformément à des principes communs à tous les États membres. Le Conseil, statuant à l'unanimité, après avis conforme du Parlement européen, qui se prononce à la majorité des membres qui le composent, arrêtera les dispositions dont il recommandera l'adoption par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

4 Conseil, Directive 93/109/CE 27 décembre 1993, JOCE L 329, 30 décembre 1993, p. 34. 6 décembre 1993.

5 Les élections des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, libre et secret sont en vigueur depuis 1979 conformément à l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976.

nationaux, est l'élément réellement fondateur de la citoyenneté de l'Union, puisque le suffrage exprimé participe à l'exercice d'un pouvoir communautaire.

Le droit de pétition initialement prévu par le règlement intérieur du Parlement européen a été inscrit dans le traité de Maastricht parmi les dispositions relatives à la citoyenneté européenne (articles 21 et 194 TCE)<sup>1</sup>. Il s'inscrit dans la fonction de contrôle politique que l'Assemblée parlementaire exerce sur l'activité normative et administrative et contribue ainsi directement à garantir la transparence des institutions communautaires. La pétition donne aux citoyens une occasion importante de faire connaître leurs préoccupations aux institutions communautaires, mais aussi d'attirer l'attention sur le grand nombre de cas où différentes autorités des États membres ignorent le droit communautaire, qui révèlent des lacunes dans la législation communautaire ou qui soulignent la nécessité d'en réviser certains éléments<sup>2</sup>. Le droit de s'adresser au Médiateur contre les abus des institutions communautaires<sup>3</sup> a été institué aussi par le traité de Maastricht, à l'image des pratiques constitutionnelles de certains États membres (ombudsman scandinave). L'accès au Médiateur est une composante spécifique de la citoyenneté européenne prévu aux articles 21 et 195 du traité CE. Il a comme finalité le contrôle démocratique<sup>4</sup>. Enfin, avec le Traité d'Amsterdam le citoyen s'est vu attribuer aussi le droit d'écrire à l'une des institutions européennes et de recevoir une réponse dans sa propre langue nationale<sup>1</sup>.

## **2 Droits liés à la construction européenne**

Les droits liés à la construction européenne sont la liberté de circulation et de séjour (article 18 TCE et le droit à la protection diplomatique et consulaire (article 20 TCE) Ces droits n'ont pas un effet direct sur la transparence de l'Union européenne, mais le premier est lié à l'établissement d'un marché unique, et à la suppression des frontières intérieures, et le deuxième marque le prolongement de l'institution de la citoyenneté de l'Union à l'extérieur des frontières des États membres.

---

1 Le droit de pétition au Parlement européen garanti par les articles 21 et 194 TCE a inspiré directement l'article 44 de la Charte des Droits Fondamentaux relatifs au droit de pétition. La Charte ne modifie pas le contenu du droit garanti par le Traité, et donc au cas où la Charte des Droits Fondamentaux acquerrait une valeur juridique contraignante, il doit s'appliquer dans les conditions et limites prévues par le Traité.

2 Cf. Troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, Bruxelles, 7 septembre 2001, COM(2001)506 final, p. 17 et sv.

3 Article 21 (ex-article 8D) TCE.

4 L'article 43 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit de saisir le Médiateur européen, tel que prévu aux articles 21 et 195 du traité CE.

La liberté de circuler sur le territoire d'un État où l'on se trouve dans des conditions régulières constitue un droit fondamental classique, inscrit dans les instruments internationaux<sup>2</sup>. La liberté de séjourner ou de résider est un prolongement logique de la liberté de circuler. Au niveau de l'Union européenne, selon les termes de l'article 2 TUE, la liberté de circulation des personnes représente un objectif fondamental dans le cadre de l'établissement d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice unifié»<sup>3</sup>. La suppression des contrôles aux frontières intérieures du territoire communautaire, formulée dans l'Acte unique européen de 1986, implique la libre circulation des ressortissants communautaires comme celle des ressortissants de pays tiers. Il implique également une approche commune en matière de franchissement des frontières extérieures: visas, asile et immigration. Les premières mesures concrètes adoptées pour la mise en œuvre de la libre circulation des personnes sont les accords de Schengen, conclus en dehors du cadre communautaire en raison des difficultés pour parvenir à un compromis entre les États membres. L'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, en 1999, a permis d'introduire les politiques liées à la libre circulation des personnes dans le cadre juridique communautaire (nouveau titre IV, articles 61 à 69 CE)<sup>4</sup>. Le droit à la protection diplomatique et consulaire (article 20 TCE) de tout État membre dans les pays tiers où l'État membre du citoyen n'est pas représenté, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État, a été introduit par le traité de Maastricht et figure parmi les attributs de la citoyenneté européenne. Il représente le prolongement du droit classique lié à la nationalité, accordé à tout citoyen de l'Union<sup>5</sup>. La troisième catégorie de droit rattaché à la citoyenneté européenne concerne les droits liés à l'administration.

---

<sup>1</sup> Alinéa 3, article 21 (ex-article 8D) TCE.

<sup>2</sup> Au niveau des Nations Unies.

Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948.

Article 13 : 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État.

2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays.

Résolution adoptée par l'Assemblée générale (A/55/602/Add.2) 55/100. Respect de la liberté universelle de circulation et importance capitale du regroupement familial [www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf)

Au niveau du Conseil de l'Europe : Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe Paris, 13.XII.195

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/025.htm>.

<sup>3</sup> L'article 45 de la Charte des Droits fondamentaux reprend dans son premier paragraphe le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres inscrit à l'article 18 CE, rattaché à la citoyenneté de l'Union.

<sup>4</sup> Seules les mesures relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (lutte contre la criminalité internationale) demeurent régies, hors du cadre communautaire, par le titre VI du traité sur l'Union européenne.

<sup>5</sup> Ce droit est garanti par l'article 46 la Charte des Droits fondamentaux dans les mêmes termes et, s'applique dans les mêmes conditions que l'article 20 TCE.

### 3 Les droits liés à l'administration

Les droits liés à l'administration sont le droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, expressément rattaché à la citoyenneté européenne, mais ouvert également à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre. Ce droit correspond à une obligation de transparence pour les institutions et est directement lié au principe de bonne administration qui fait partie des principes généraux du droit introduits dans l'ordre juridique communautaire par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance.

Le droit à une bonne administration qui ne figure pas dans les Traités institutifs de la Communauté européenne, fait partie des principes généraux du droit introduits dans l'ordre juridique communautaire par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance<sup>1</sup>.

Le principe de bonne administration est une manifestation de la « Communauté de droit »<sup>2</sup>, telle que la Cour l'a définie par référence à l'État de droit, dans le souci de garantir un fonctionnement du système juridique communautaire fondé sur le respect du droit. Derrière ce principe se cache une pluralité de principes parmi lesquels les principes

---

<sup>1</sup> Le principe de bonne administration apparaît dès 1957 dans la jurisprudence du juge communautaire. Ainsi dans l'affaire Société des usines à tubes de la Saar/Haute Autorité (CJCE aff., 1/57 et 14/57, Rec. 209), le juge a imposé à la Haute Autorité, au nom du principe d'une «saine administration» le respect d'un *délai raisonnable* dans le cadre d'une procédure administrative d'octroi de concours malgré l'absence de toute disposition en la matière. Le juge parle «d'exigence de bonne administration» CJCE, 30 mars 2000, VBA/Florimex e.a, Aff. C-266/97 P Rec., I-2135 ; «de principes de bonne administration»TPI, 19 mars 1997, Oliveira/Commission, aff.T-73/95: Rec 1997 II, p. 381,( pt 27); et plus précisément que « la Commission a violé plusieurs principes généraux du droit communautaire, dont (...) leur droit d'être entendues et a méconnu ses devoirs de vigilance (...), et donc violé le principe de bonne administration »TPI, 9 juill. 1999, New Europe Consulting LTD et M.P. Brown c/ Commission, aff. T-231/97. Rec. 1999, p. II- 2403p. (pt15), enfin «d'obligation de bonne administration» TPI 6 juill. 2000, Volkswagen/Commission, T-46/98, Rec. II- 2707, «devoir de bonne administration» TPI 10 mai 2000, SIC/Commission, T-46/97, Rec. II-2125.

<sup>2</sup> La notion de Communauté de droit a été utilisée à plusieurs reprises par le juge communautaire, voir par exemple CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste «Les Verts»*, aff., 294/83, Rec 1353 qui consacre le principe que la Communauté économique est une communauté de droit, en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes avec la charte constitutionnelle de base qui est le traité (point 23). Voir dans ce sens CJCE, 23 mars 1993 *Beate Weber*, aff. C-314/91, Rec.I-1093; CJCE, 30 juin 1993, *Parlement européen c/ Conseil et Commission*, aff. C-181/81 et C-248/91, Rec. I-3685. Le discours de la Communauté de droit s'inscrit initialement dans un discours plus général relatif à l'approfondissement des garanties offertes par l'ordre juridique communautaire et reconnues par la CJCE qui sont le principe de légalité et le principe de contrôle juridictionnel destiné à en assurer le respect ( CJCE, 31 mars 1971, *Csion / Commission*, aff. 22/70, Rec. p. 263), le principe de respect des droits de la défense ( CJCE , 10 mars 1970, *Commission / Italie*, aff. 7/69, Rec. p. 1229) et le principe de bonne administration de la justice ( CJCE, 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle*, aff. 63/72, Rec. p. 1229. Voir aussi Avis 1/91, Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, et d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, Rec. 1991, p. I-6079. Voir en particulier sur cette question la thèse d'Eric Carpano *État de droit et Droit Européen: L'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'Européanisation des systèmes juridiques*, IUE, Florence, 2003, p. 740.



d'impartialité, de célérité, d'équité<sup>1</sup>, l'obligation de motivation des décisions<sup>2</sup>, le droit d'être entendu<sup>3</sup>, le droit d'accéder aux dossiers<sup>4</sup> et l'ensemble des droits de la défense inhérent à la procédure administrative. Le « principe de bonne administration » répond ainsi à la « nécessité de parvenir à un équilibre entre le respect des droits des administrés, les obligations et les missions de l'administration, la promotion de l'unité communautaire et la préservation du bon fonctionnement du système communautaire dans son ensemble<sup>5</sup>. La protection des personnes vis-à-vis de l'administration qui est la finalité du principe de bonne administration constitue également une finalité du droit d'accès aux documents et de l'institution du Médiateur européen. Le principe de bonne administration, la fonction du Médiateur et le droit d'accès sont donc interdépendants. Ceci est confirmé par le titre V de la Charte des Droits Fondamentaux qui les fait apparaître parmi les droits liés à la citoyenneté<sup>6</sup>. La formulation du droit à une bonne administration dans la Charte des Droits Fondamentaux représente un droit fondamental nouveau. Il intéresse la citoyenneté, mais il est le seul, dans ce chapitre, à être reconnu à "toute personne" entrant en relation avec l'administration de l'Union.

Ce droit a été également reconnu au niveau des Nations Unies à travers l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>7</sup>, ainsi qu'à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>8</sup>.

---

1 CJCE 18 octobre 1989, aff. 374/87, Orkem contre Commission des Communautés européennes, Rec.1989 p. 3283.

TPI, 29 juin 1995, aff T-30/91, Solvay SA contre Commission des Communautés européennes Rec. 1995 p. II-1775.

TPI 30 janvier 2002. Aff. T-54/99, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH/ Commission Rec. 2002 p. II-00313.

2 CJCE, 30 mars 2000, aff. C-265/97, P, Florimex c/ Commission, Rec. 2000, I-2061.

3 CJCE, 4 juillet 1963, aff. 32/62, Alvis c/ Conseil, Rec. 1963, p. 101.

4 CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission, précité.

<sup>5</sup> En ce sens, R-E PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, Bruxelles/Athènes, Brulant/Sakkoulas, 1996, p. 127 cité in E.CARPANO, *État de droit et Droit Européen.op. cit p. 304*.

<sup>6</sup> C'est suite à une initiative finlandaise que le droit à une bonne administration a été inscrit dans la Charte. Voir J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», op. cit p. 28.

<sup>7</sup> Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966.

Article 2 : (...) 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

<sup>8</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950. Article 13 : Droit à un recours effectif «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente

En dehors de ces droits désormais établis dans la pratique constitutionnelle communautaire, il en est d'autres qui contribuent à rapprocher le citoyen des institutions communautaires. C'est le droit de correspondance dans une des langues du Traité et le droit d'accès aux documents des institutions et organes communautaires qui ont été ajoutés par le Traité d'Amsterdam dans le Traité de la Communauté européenne. Le droit de correspondance a été ajouté à l'article 21 TCE selon les termes du troisième alinéa de l'article 21 TCE: «Tout citoyen de l'Union peut écrire à tout institution ou organe visé au présent article ou à l'article 7 dans l'une des langues visées à l'article 314 et recevoir une réponse rédigée dans la même langue»<sup>1</sup>. L'importance de ce droit pour le citoyen européen est double. Premièrement «en tant que mesure d'accompagnement des autres droits tendant à protéger le citoyen administré ( droit de pétition , droit de s'adresser au Médiateur)»<sup>2</sup>, et deuxièmement « de façon autonome, dans les relations plus classiques que peut avoir un citoyen avec le système institutionnel communautaire»<sup>3</sup>. Il joue donc directement un rôle dans l'exercice du droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

Ainsi, les droits liés à la citoyenneté montrent que le droit à l'information ne se limite pas à l'accès aux documents administratifs; c'est néanmoins ce dernier qui est évoqué pour dénoncer le «manque de transparence évoqué pour traduire un sentiment généralisé d'institutions communautaires lointaines et secrètes»<sup>4</sup>.

L'ensemble de ces droits composent et caractérisent la citoyenneté européenne; ces droits s'adressent donc en premier lieu aux citoyens de l'Union. Pour les institutions communautaires, une obligation de transparence s'impose directement par le droit d'accès aux documents, et indirectement par le droit de pétition et le droit de saisir le Médiateur européen, mais ensemble ils ont comme finalité d'améliorer le fonctionnement démocratique du système institutionnel et de le rapprocher du citoyen.

---

Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

<sup>1</sup> Par ailleurs ce droit, à travers l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne sera plus limité aux seuls citoyens mais à «toute personne» qui « peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des Traités et doit recevoir une réponse dans la même langue» (art. 41, §4).

<sup>2</sup> J. PERTEK, «La Citoyenneté», *Juris-Classeur Europe*, Fasc 2730, p. 25, (à jour au 20 mars 2003).

<sup>3</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>4</sup> P.A.FERAL, «L'accès du public aux documents des institutions communautaires: La consécration d'un droit fondamental de l'Union européenne», *Europe*, Juillet 2001, p. 5.

## **B Les droits rattachés à la citoyenneté européenne contribuent à rendre le fonctionnement de l'Union européenne transparent**

Le droit de se plaindre auprès du Médiateur européen et celui d'adresser une pétition au Parlement, sont essentiels pour garantir tant la responsabilité des autorités que la possibilité de participation des citoyens. Ainsi, il apparaît essentiel de voir comment le droit de pétition (1) et la fonction du Médiateur (2) apportent un moyen de protection nouvelle aux administrés en permettant au citoyen de nouer des contacts directs avec les institutions et donc rendre plus claire et transparente l'activité des institutions communautaires.

### **1 Le droit de pétition**

Le droit de pétition initialement prévu par le règlement intérieur du Parlement européen a été inscrit dans le traité de Maastricht parmi les dispositions relatives à la citoyenneté européenne. Le droit d'adresser une pétition au Parlement européen prévu depuis 1981 par le règlement intérieur du Parlement européen<sup>1</sup> a été inscrit dans le Traité de Maastricht parmi les dispositions relatives à la citoyenneté européenne. Conformément au TCE<sup>2</sup>, le droit de pétition est accordé au-delà des citoyens de l'Union. Il suffit que la personne physique ou morale ait un lien de rattachement suffisant avec un État membre pour pouvoir présenter une pétition « sur un sujet des domaines d'activités de la Communauté et qui le ou la concerne directement »<sup>3</sup>. Il existe ainsi l'obligation d'un lien direct avec la personne concernée. Le droit de pétition est utilisé surtout pour contrôler les autorités des États membres relatives à l'application du droit communautaire par les autorités nationales<sup>4</sup>. En effet, la commission des pétitions<sup>5</sup> y consacre la majeure partie de ses activités<sup>6</sup>. Les

---

<sup>1</sup> Le droit de pétition devant le Parlement européen trouve ses origines dans le règlement intérieur adopté en 1953 par l'Assemblée commune de la CECA, qui n'était pas encore le Parlement européen. Avec l'accord interinstitutionnel du 12 avril 1989 (*J.O.C.E. n° C 120, 16 mai 1989*), à travers lequel le Conseil et la Commission s'engagent à aider le Parlement européen dans le suivi des pétitions, en fournissant toute «l'aide nécessaire pour mener à bien l'examen des doléances qui lui sont soumises» Ainsi, l'accord a permis à la procédure de pétitions d'assumer une fonction effective de contrôle et d'information pour le citoyen.

<sup>2</sup> Articles 21 et 194 TCE (article 21 alinéa 1er renvoie à l'article 194 TCE (ex-article 138D).

<sup>3</sup> Article 194 (ex-article 138D) TCE. depuis le Traité d'Amsterdam, le champ d'application se trouve élargi de façon concrète, étant donné que le titre IV « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » a été introduit dans la troisième partie du Traité CE.

<sup>4</sup> Cf. J. SÖDERMANN, «Le citoyen, l'administration et le droit communautaire» op.cit p. 51.

<sup>5</sup> Créée en 1987, elle se consacre à l'examen et au suivi des pétitions et succède à la Commission juridique puis à la Commission du règlement et des pétitions du Parlement européen.

<sup>6</sup> J. SÖDERMANN, «Le citoyen, l'administration...» op.cit p. 52.

principaux motifs de pétition portent sur le respect des droits de l'homme, la protection sociale, la protection des sites et de l'environnement <sup>1</sup>. Selon l'article 175 du règlement intérieur du Parlement européen, la commission des pétitions dispose de divers moyens pour examiner la pétition sur le fond. Selon la nature de la requête (doléance individuelle, demande découlant d'un besoin général, suggestion au Parlement européen relative à un domaine d'intérêt général), elle peut: demander à la Commission européenne de lui fournir des informations pertinentes ou un avis sur les points soulevés par le pétitionnaire; organiser des auditions ou envoyer des membres sur place pour constater les faits; soumettre l'objet de la pétition au Médiateur européen; solliciter l'avis d'une autre commission parlementaire, notamment lorsque la pétition vise à modifier des dispositions législatives en vigueur.

Ainsi, les pétitions au Parlement comme d'ailleurs les plaintes au Médiateur contribuent de façon significative «au contrôle de l'application du droit communautaire chaque fois qu'elles dénoncent notamment des infractions ou des manquements au droit communautaire ou bien les dysfonctionnements et les lenteurs administratives au niveau communautaire ainsi qu'au niveau national»<sup>2</sup>. Par exemple, il a estimé que la Commission a interprété de manière erronée la Directive 95/46/CE en appliquant cette Directive à une demande d'informations concernant les noms des représentants d'une organisation professionnelle ayant assisté à une réunion organisée par la Commission européenne et que donc que la Commission devrait communiquer au plaignant, les noms des représentants de l'organisation professionnelle ayant assisté à la réunion organisé par la Commission<sup>3</sup>. Le suivi de la procédure se caractérise généralement par l'élaboration d'un avis transmis à la Commission ou au Conseil. La Commission des pétitions peut aussi soumettre au Parlement européen une proposition de résolution concernant une pétition comme dans le cas précité<sup>4</sup>, ou si le pétitionnaire ou plaignant y consent, transmettre la pétition au Médiateur, si elle

---

<sup>1</sup> Cf. C. BLUMANN, «L'Europe des citoyens», op. cit. *RMC*, 1991, p. 290.

<sup>2</sup> Considérant n° D, RAPPORT sur l'institution de la pétition à l'aube du XXIème siècle (2000/2026(INI)), Commission des pétitions, Rapporteurs: Roy James Perry et Margot Keßler PE 232.710 2/2 RR\232710PA.doc.

<sup>3</sup> Dans la plainte 713/98/IJH, la demande d'information portait sur les noms des délégués de la Confédération des Brasseurs du Marché commun ayant assisté à la réunion organisée par la Commission le 11 octobre 1996 ainsi que ceux des entreprises et personnes appartenant aux quatorze catégories identifiées dans la première demande présentée par le plaignant qui avaient soumis des documents à la Commission dans le cadre du dossier P/93/4490/YK.

<sup>4</sup> Dans laquelle la Commission proposa que« l'autorité de contrôle de la protection des données élabore des modèles de codes de conduite, afin de garantir le respect du droit des consommateurs à la protection des données les concernant et de fixer des normes dans le but de prévenir l'utilisation abusive de la protection des données à des fins de concurrence déloyale ou d'influence secrète sur des décisions communautaires d'ordre réglementaire ou financier». Proposition de résolution. Résolution du Parlement européen sur le rapport spécial à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la

concerne son domaine d'action. En effet, comme il a été indiqué dans le rapport de 1995 du Médiateur européen, il existe entre le Médiateur et la commission des pétitions du Parlement européen un accord prévoyant le renvoi mutuel de plaintes et des pétitions dans les cas appropriés. Douze plaintes ont ainsi été renvoyées au Parlement européen en 2002, avec l'assentiment des pétitionnaires, pour être traitées comme pétitions. De plus, dans 215 cas, le Médiateur a recommandé aux plaignants d'adresser une pétition au Parlement européen<sup>1</sup>. Les pétitionnaires sont avisés des décisions prises par la commission relative à leur pétition et les textes et les décisions prises dans la procédure d'examen figurent au procès-verbal des séances du Parlement européen, sont ensuite déposés dans une banque de données accessible au public et constituent donc une source d'information pour le citoyen. La création par le Traité de Maastricht de l'instance du Médiateur constitue un moyen de protection du citoyen vis-à-vis de l'administration. Le Médiateur a principalement pour compétence pour déceler les « cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires »<sup>2</sup>. En ayant la compétence de déceler les cas de mauvaise administration, il devient un élément essentiel pour garantir la transparence et par conséquent « la bonne administration ».

## **2 Le Médiateur européen et la transparence administrative**

Selon le Médiateur européen «le fonctionnement efficace d'un système démocratique requiert que le public soit informé de manière adéquate des questions qui relèvent de la vie publique»<sup>3</sup>, le public doit, «dans la mesure du possible, prendre connaissance des données qui sont à la base des décisions»<sup>4</sup>. C'est dans ce sens que s'est exprimé le Médiateur européen lors du congrès de la FIDE (Fédération internationale de droit européen) qui s'est tenu à Stockholm du 3 au 6 juin 1998<sup>5</sup>.

La fonction du Médiateur européen, qui n'avait pas été prévue dans les Traités originaires, s'inspire d'une pratique déjà reconnue au niveau de certains pays membres qui

---

plainte 713/98/IJH (conformément à l'article 3, paragraphe 7, du statut du Médiateur européen)(C5-0463/2001 – 2001/2194(COS)), pt. 6.

<sup>1</sup> Rapport annuel du Médiateur européen 2002, p. 17.

<sup>2</sup> Article 195, paragraphe 1 TCE.

<sup>3</sup> J. SÖDERMANN, «Le citoyen, l'administration et le droit communautaire», op. cit p. 25.

<sup>4</sup> Idem, p.6.

<sup>5</sup> Le Médiateur européen était le rapporteur général pour le thème «Le citoyen, l'Administration et le droit communautaire», son rapport général est disponible en anglais et en français sur le site Web du Médiateur: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/fide/fr/default.htm>

ont ancré à leur Constitution l'institution du Médiateur<sup>1</sup>. Sa fonction consiste non seulement à renforcer la crédibilité du concept de citoyenneté européenne, mais aussi à être le promoteur et le garant de la démocratie et de la transparence européenne (a) en permettant de renforcer les relations entre les citoyens et les institutions européennes: il est par conséquent étroitement lié au concept de transparence et de citoyenneté de l'Union. Son rôle dans le domaine de la transparence administrative est important, car il a l'autorité pour dénoncer le manque de transparence grâce à ses pouvoirs d'investigation (b).

### **a Le Médiateur garant de la démocratie et de la transparence européenne**

Il lui appartient en effet de procéder, conformément au Statut du Médiateur<sup>3</sup> et du TCE, « aux enquêtes qu'il estime justifiées » et « relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires » non seulement sur la base d'une plainte, mais aussi de « sa propre initiative »<sup>4</sup>.

Il participe ainsi activement au processus pour garantir plus de transparence en dénonçant le manque de transparence et en même temps œuvre pour rapprocher le citoyen des institutions de l'Union<sup>5</sup>. La Charte des droits fondamentaux consacre l'article 43 au Médiateur, qui reprend précisément les dispositions du Traité CE: ainsi, « Tout citoyen de l'Union » comme « toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre » peut directement porter plainte auprès du Médiateur,<sup>6</sup> pour dénoncer

---

<sup>1</sup> Le Médiateur européen suit le modèle existant dans certains pays membres de l'Union européenne. C'est dans la Constitution suédoise en 1809 qu'est institué pour la première fois un Médiateur parlementaire. L'établissement de l'institution du Médiateur est prévu au niveau constitutionnel par l'article 103 de la Constitution de la République hellénique du 9 juin 1975; article 54 Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978; article 78a de la Constitution du Royaume des Pays-Bas du 17 février 1983 ; article 148a de la loi constitutionnelle fédérale du 1er octobre 1920 de la République Fédérale d'Autriche; article 23 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976; article 38 de la Constitution de la Finlande du 1er juin 1999 et article 6 de la Constitution du Royaume de Suède du 27 février 1994. Pour une vue globale sur les Médiateurs parlementaires dans les États membres, voir les rapports sur les Médiateurs nationaux, in E.MARIAS, *The European Ombudsman*, Maastricht Européen Institute of Public Administration, 1994.

<sup>2</sup> Décision du Parlement européen relative au statut et aux conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur J.O.C.E. L. 113 de 1994.

<sup>3</sup> Décision 94/262/CECA.CE, Euratom, 9mars 1994, J.O.C.E. n° L 113, 4 mai 1994.

<sup>4</sup> Article 195, paragraphe 1TCE.

<sup>5</sup> Cf. J. PERTEK, «La Citoyenneté», op. cit. p. 24.

<sup>6</sup> A titre de comparaison, on rappellera que le droit à une bonne administration (Charte des droits fondamentaux, art. 41) bénéficie à toute personne alors que les bénéficiaires désignés du droit de saisir le Médiateur européen comme aussi du droit d'obtenir communication des documents, sont les citoyens et citoyennes de l'Union ou toute personne physique ou morale ayant son siège statutaire dans un État membre de

«des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles»<sup>1</sup>. Ce qui signifie que sont exclus du champ de compétence du Médiateur «les cas de mauvaise administration dans le domaine des deuxième et troisième piliers qui ne sont pas communautaires comme aussi sont exclus de son champ d'application les cas de mauvaise administration des institutions nationales et locales, même lorsqu'elles sont chargées d'appliquer le droit communautaire»<sup>2</sup>.

Sont donc exclues du champ d'application les activités des institutions basées sur les dispositions du TUE dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune et de la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures qui n'ont pas été transférées par le Traité d'Amsterdam dans le premier pilier qui sont notamment la coopération policière et judiciaire en matière pénale<sup>3</sup>. L'article 28 TUE exclut sans la citer explicitement l'application relative au Médiateur européen du Traité instituant la Communauté européenne<sup>4</sup> aux dispositions relatives aux domaines visés par le titre VI « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale » .

De même, les cas de mauvaise administration du Conseil européen qui est une institution de l'Union<sup>5</sup>, mais non une institution des communautés, sont exclus de son champ d'application. Ainsi, l'activité du Conseil européen n'est pas soumise au contrôle du Médiateur. En revanche, le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe revient sur le schéma institutionnel de base de l'Union européenne. En effet, le Conseil européen est consacré comme institution à part entière, et le Médiateur est compétent selon l'article 43 de la Charte des droits fondamentaux inséré dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, pour les cas « de mauvaises administrations dans l'action des institutions, organes ou agences de l'Union». La compétence n'est donc plus limitée à l'action des institutions ou des organes communautaires. Le champ d'application se trouve ainsi élargi également aux compétences du Conseil européen et, de façon générale, à tous les domaines d'activité de l'Union européenne jusqu'à maintenant exclus.

---

l'Union (article 43 de la Charte des droits fondamentaux et article 195, paragraphe 1 du TCE et article 42 de la Charte des droits fondamentaux et article 255 TCE pour le droit d'accès aux documents).

<sup>1</sup> Article 195 (ex-art 138 E al. 1).

<sup>2</sup> J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Juris Classeur Europe*, fasc 160, p. 29. (à jour au 20 juin 2001).

<sup>3</sup> Titre VI TUE.

<sup>4</sup> Article 195 TCE.

<sup>5</sup> Cf. article 4 (ex-article D) TUE.

Le champ d'application de la compétence du Médiateur correspond donc au champ d'application du droit d'accès aux documents qui, selon le Règlement CE n° 1049//2001 s'applique à tous les documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>1</sup>, c'est-à-dire établis ou reçus par eux et en leur possession, dans tous les domaines d'activité de l'Union européenne<sup>2</sup>. Par ailleurs, le Parlement européen « considère qu'il convient d'appuyer la proposition faite à la Convention européenne de donner au Médiateur européen le pouvoir de porter des cas de violation des droits fondamentaux devant la Cour de justice lorsqu'aucune solution ne peut être trouvée dans le cadre d'une enquête normale »<sup>3</sup>. Ce qui signifie que si la Charte des droits fondamentaux acquerrait une valeur juridique contraignante, la compétence du Médiateur se trouverait élargie par la possibilité pour le Médiateur de saisir la C.J.C.E.

L'activité principale du Médiateur intervient pour déceler les cas de mauvaise administration, mais que faut-il entendre pour « cas de mauvaise administration »? Le Médiateur, dans son rapport annuel de 1997, a donné une définition précise en affirmant qu'il « y a mauvaise administration lorsqu'un organisme public n'agit pas en conformité avec une règle ou un principe ayant pour lui force obligatoire ». Cette définition a été approuvée par le Parlement européen<sup>4</sup>. Ainsi l'objet de la plainte peut être non seulement tout comportement illégal d'une institution communautaire, mais aussi des entorses aux principes d'une bonne gestion ne violant pas nécessairement des actes normatifs<sup>5</sup>.

Ces principes ont été définis par le Code européen de bonne conduite administrative que le Parlement européen a adopté<sup>6</sup>, et que les institutions et organes communautaires, leurs administrations et leurs fonctionnaires devraient respecter dans leurs relations avec le public. L'objectif du Code est d'expliquer de manière détaillée ce qu'est le droit à la bonne administration. Le Parlement en effet a demandé au Médiateur « d'appliquer les principes du Code de bonne administration pour établir, le cas échéant, les cas de mauvaise administration, de manière à traduire dans les faits le droit du citoyen à une bonne administration,

---

1 Conseil, Parlement européen, Règlement (CE) n° 1049/2001, précité, article 2 paragraphe 3.

2 L'article 28 TUE précise que l'article 255 du Traité instituant la Communauté européenne s'applique aux dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale du Titre VI du TUE.

3 Paragraphe 137 de la Résolution du 15 janvier 2003 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2001) A5-0451/2002; P5\_TA(2003)0012).

4 Le Médiateur européen, Le Code de bonne conduite administrative, p. 4, [http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/fr/code\\_fr.pdf](http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/fr/code_fr.pdf)

5 Cf. Marcel. HAAG, «Le Médiateur européen», *Juris-Classeur Europe, Fasc 212*, p. 5.

6 Résolution, 6 septembre 2001.



conformément à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »<sup>1</sup>. Parmi les nombreux principes énoncés par le Code, ceux qui sont consacrés à la transparence sont « l'obligation de motiver les décisions pouvant porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'une personne privée »<sup>2</sup>, l'obligation du fonctionnaire à fournir « des renseignements aux membres du public qui le demandent »<sup>3</sup>, l'article 23 relatif aux « demandes d'accès public aux documents », qui oblige le fonctionnaire de traiter les demandes d'accès aux documents conformément au Règlement (CE) n° 1049/2001<sup>4</sup>, enfin le « droit de se plaindre au Médiateur européen »<sup>5</sup>, qui précise que « tout manquement d'une institution ou d'un fonctionnaire à se conformer aux principes énoncés dans le présent Code peut faire l'objet d'une plainte auprès du Médiateur européen conformément à l'article 195 TCE et au Statut du Médiateur européen ».

Les plaintes sont adressées, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un membre du Parlement européen, comme le prévoit le TCE<sup>6</sup>, au Médiateur par un citoyen de l'Union, comme l'indique le TCE<sup>7</sup>, soit par toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre.<sup>8</sup> Ainsi les ayants droit à présenter une plainte auprès du Médiateur sont identiques à ceux qui dans le cas du droit d'accès aux documents ont été retenus dans l'articles 255TCE . Si les faits allégués ont déjà fait l'objet ou vont faire l'objet d'une procédure juridictionnelle, le Médiateur ne pourrait exercer sa compétence<sup>9</sup>. Cela concerne tant les procédures devant les juridictions des États membres que les procédures devant la juridiction communautaire. Cette exclusion n'est effective que lorsque la procédure juridictionnelle concerne les mêmes circonstances concrètes qui font aussi l'objet d'une plainte. Même après la conclusion de la procédure judiciaire, la plainte reste irrecevable auprès du Médiateur<sup>10</sup>. Contrairement au droit de pétition au Parlement européen<sup>1</sup>, qui suppose que le pétitionnaire est directement concerné par l'objet de la pétition, le recours

---

<sup>1</sup> Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel d'activités du Médiateur européen (C5- 0302/2001-2001/2043 (COS)), point 7.

<sup>2</sup> Code européen de bonne conduite, op. cit, article 18.

<sup>3</sup> Code européen de bonne conduite, op. cit, article 22.

<sup>4</sup> J.O.C.E. L 145/43, 31.mai 2001.

<sup>5</sup> Code européen de bonne conduite, op. cit, article 26.

<sup>6</sup> TCE, article 195, paragraphe 2.

<sup>7</sup> TCE, article 21, alinéa 2.

<sup>8</sup> Le rapport annuel du Médiateur européen de 2003 montre que les plaintes enregistrées proviennent des particuliers pour 93% et pour 7% seulement des entreprises et associations .

<sup>9</sup> Article 195, paragraphe 1, alinéa 2 TCE et article 2 paragraphe 7 de la décision 94/262/CECA.CE, Euratom, 9 mars 1994.

<sup>10</sup> Article 2 alinéa 7 du Statut du Médiateur précité.

adressé au Médiateur n'implique pas que le requérant souffre de déconvenues de la part de l'administration. Cependant la décision du Parlement européen du 9 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales des fonctions du Médiateur précise que les plaintes doivent être précédées de démarches administratives appropriées auprès des institutions et organes concernés<sup>2</sup>. Donc une plainte « n'est en principe recevable que lorsque le requérant a préalablement saisi l'institution communautaire et lui a donné l'occasion de remédier à la plainte d'elle-même »<sup>3</sup>. Enfin, selon le statut du Médiateur<sup>4</sup>, les plaintes doivent être introduites dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance des faits qui la justifient. Au contraire, dans le cas où l'enquête a été introduite par l'initiative du Médiateur, il n'existe pas de délai.

### **b Le contrôle de la transparence à travers les pouvoirs d'investigation du Médiateur**

Le Médiateur a la possibilité de déterminer lui-même les priorités de son travail. En effet, s'il est saisi d'une plainte, il examine d'abord sa recevabilité. Le cas échéant, il examine si l'ouverture d'une enquête se justifie. Le TPI a par ailleurs confirmé cette possibilité en rappelant « que si la Décision 94/262 a conféré au Médiateur la tâche de rechercher dans la mesure du possible, une solution conforme à l'intérêt particulier du citoyen concerné, il dispose toutefois, à cet égard, d'une très large marge d'appréciation. Par conséquent, la responsabilité extracontractuelle du Médiateur ne peut être engagée qu'en présence d'une méconnaissance flagrante et manifeste des obligations qui lui incombent dans ce contexte »<sup>5</sup>. Par ailleurs, le Médiateur estime qu'il n'est pas justifié d'ouvrir une enquête lorsque l'objet de la plainte a déjà été examiné en tant que pétition par le Parlement européen à moins que des éléments nouveaux ne soient produits<sup>1</sup>.

Lors de la phase de l'enquête, le Médiateur est investi d'un large pouvoir, mais en aucun cas il ne peut invalider une décision administrative. Le Médiateur se renseigne auprès des institutions communautaires ainsi que des autorités des États membres: selon l'article 3 du Statut du Médiateur, paragraphe 2, « les institutions et organes communautaires sont tenus de

---

<sup>1</sup> TCE, article 194.

<sup>2</sup> Article 2, paragraphe 4 Décision 94/262/CECA.CE, Euratom, 9 mars 1994, précité

<sup>3</sup> M.HAAG, Le Médiateur européen, op.cit p. 5.

<sup>4</sup> Statut du Médiateur, article 2 paragraphe 4

<sup>5</sup> T.P.I. Lamberts c/ Médiateur du 10 avril 2002, aff. T-209/00, Rec. II. 2002 p. 2203.

fournir au Médiateur les renseignements qu'il leur demande et lui donne accès aux dossiers concernés ». Cette obligation n'est pas absolue, car ils peuvent s'y refuser pour des motifs de secret dûment justifiés<sup>2</sup>. S'agissant de la levée de l'exception du secret pour l'accès au dossier, « il est à noter que la Commission n'a jamais utilisé cette exception »<sup>3</sup>. Le Médiateur s'est prévalu à deux reprises, au cours de l'année 2002, de son droit de consulter les dossiers et documents ayant rapport à ses enquêtes<sup>4</sup>. En outre, les fonctionnaires des institutions communautaires sont tenus de témoigner devant le Médiateur. Le Médiateur peut aussi avoir accès aux documents émanant d'un État membre qui sont couverts par le secret en vertu d'une disposition législative ou réglementaire, mais, dans ce cas, il faut l'accord préalable de cet État<sup>5</sup>. Pour les autres documents émanant d'un État membre, les institutions donnent accès aux documents uniquement « après avoir averti l'État membre concerné »<sup>6</sup>. Lorsqu'il n'obtient pas l'assistance qu'il souhaite, le Médiateur informe le Parlement européen qui entreprend les démarches appropriées pour obtenir leur respect. Néanmoins, on a pu constater que « les services de la Commission européenne avaient demandé au collaborateur du Médiateur de signer un engagement prévoyant l'indemnisation de la Commission pour tout dommage qui serait causé à une tierce partie par la divulgation de données contenues dans un document déterminé »<sup>7</sup>. Cette décision peut être interprétée comme une mesure pour ne pas inciter le Médiateur à accéder aux documents des institutions.

Dans son rapport de 1998, le Médiateur a souligné la nécessité d'une clarification de ses pouvoirs d'investigation sur un double plan : la consultation des documents et les auditions des témoins<sup>8</sup>. Le 6 septembre 2001, le Parlement européen a adopté une résolution modifiant statut du Médiateur<sup>9</sup> sur la base du rapport de la Commission des affaires Constitutionnelles<sup>10</sup>. Ce texte, qui n'est pas entré en vigueur et qui par ailleurs a été retiré sur demande du Médiateur suite à l'avis négatif de la Commission, mérite néanmoins d'être

---

<sup>1</sup> Rapport annuel Médiateur européen 1996, p. 8

<sup>2</sup> Statut du Médiateur, décision 94/262/CECA/CE, Euratom précité. Article 3 paragraphe 2 deuxième phrase.

<sup>3</sup> Avis de la Commission sur la modification du statut et conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur COM/2002/0133final.

<sup>4</sup> Cf; Rapport annuel Médiateur européen 2002, op. cit. p. 24 .

<sup>5</sup> Article 3 paragraphe 2 du Statut du Médiateur. La lettre et l'esprit de l'article 3 laissent clairement apparaître que ces dispositions sont contraignantes pour le Médiateur, qui est donc tenu de garder secrète toute information protégée par le secret en vertu des dispositions prises par un État membre.

<sup>6</sup> Article 3, paragraphe 2 alinéa 2 du Statut du Médiateur européen.

<sup>7</sup> Rapport annuel du Médiateur européen 2002, p. 25.

<sup>8</sup> Rapport annuel du Médiateur européen 1998.

<sup>9</sup> Modifiant l'article 3, paragraphe 2 du statut du Médiateur.

<sup>10</sup> A5-0240/2001-PE 294.729DEF rapporteur , Teresa Almeida Garrett.

précisé. Les modifications proposées au statut du Médiateur et plus spécifiquement à l'article 3, paragraphe 2 auraient permis d'accroître considérablement les pouvoirs d'investigation du Médiateur à travers le renforcement de ses pouvoirs d'accès aux documents des institutions. Selon le texte, « les institutions et organes communautaires sont tenus de fournir au Médiateur les renseignements qu'il leur demande et de lui permettre de consulter et de prendre copie de tout document ».

Ainsi le droit d'accès se voit renforcé par la possibilité de consulter et de prendre copie des documents. Or le texte adopté par le Parlement européen donne une définition très large de « document »<sup>1</sup>. En revanche, la version en vigueur du statut du Médiateur permet l'accès uniquement au dossier sans qu'une définition n'en soit donnée par ailleurs<sup>2</sup>. Or conformément au Traité CE<sup>3</sup>, c'est seulement après avis sur le texte révisé de la Commission et après avoir été approuvé par le Conseil statuant à la majorité qualifiée que le texte pourra entrer en vigueur. La Commission a donné un avis négatif concernant la proposition de modification du statut du Médiateur. S'agissant de la modification suggérée par le Parlement européen relative à la levée du secret pour l'accès au dossier, la Commission insiste sur la nécessité de respecter les exigences liées tant «au respect de la vie privée, à la protection des secrets d'affaires et des informations classifiées»<sup>4</sup>. Elle demande donc que soit précisé que dans les cas où les documents sont classifiés, le Médiateur ne puisse pas en divulguer le contenu. De plus, concernant les documents provenant des États membres, la Commission demande que le statut du Médiateur respecte les principes repris par le Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'accès du public aux documents<sup>5</sup>. Faute d'un accord entre Commission et Médiateur, le statut du Médiateur dans sa version de 1994 s'applique toujours.

Si l'enquête ne révèle pas de cas de mauvaise administration, le plaignant et l'institution ou l'organe en sont informés et l'affaire est classée. Quand l'enquête révèle un cas de mauvaise administration, dans la mesure du possible, le Médiateur se concerta avec l'institution ou l'organe concerné pour trouver une solution qui donne satisfaction au

---

<sup>1</sup> On entend par document « tout contenu, quel que soit son support écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audio-visuel »(article 3 a). 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, J.O.C.E. n° L 145 du 31 mai 2001. p. 43-48.

<sup>2</sup> « Lui donnent accès aux dossiers concernés ». statut du Médiateur, article 3, paragraphe 2.

<sup>3</sup> TCE, article 195, paragraphe 4.

<sup>4</sup> Avis du 6 mars 2002 (COM(2002) 133 finale) de la Commission.

<sup>5</sup> Avis de la Commission COM/2002/0133 final op. cit.

plaignant<sup>1</sup>. S'il constate des faits de mauvaise administration, il saisit l'institution ou l'organe concerné. Si une solution à l'amiable n'est pas possible, le Médiateur a le choix entre clore le dossier en adressant un commentaire critique à l'institution ou à l'organe concerné et constater officiellement la mauvaise administration en formulant des projets de recommandations. Lorsque le cas de mauvaise administration est relativement grave<sup>2</sup>, le Médiateur rend une décision assortie de projet de recommandations à l'intention de l'institution ou organe qui, en vertu du statut du Médiateur<sup>3</sup>, doit lui répondre dans un délai de trois mois par un avis circonstancié<sup>4</sup>. Si l'institution ou l'organe communautaire n'apporte pas une réponse satisfaisante aux projets de recommandation, le Médiateur peut, en application de l'article 3, paragraphe 7 du statut, envoyer un rapport au Parlement européen ainsi qu'à l'institution ou l'organe concerné. Enfin, il informe le plaignant du résultat de l'enquête, de l'avis rendu par l'institution ou l'organe concerné et de ses propres recommandations. L'article 195, paragraphe 1 alinéa 3<sup>5</sup>, précise que les résultats de l'enquête menée par le Médiateur sont communiqués à la personne dont émane la plainte. Cela représente pour la personne qui a porté plainte certainement une forme d'information, mais uniquement sur les résultats de l'enquête. Cela ne signifie pas pour autant que la personne ait accès aux documents demandés, donc au contenu du document<sup>6</sup>.

---

1 Dans le cas de la plainte 2059/2002/IP contre le Conseil de l'Union européenne, l'intervention du Médiateur européen a permis de trouver une solution qui donne satisfaction au plaignant. Le 18 mars 2002, le plaignant a demandé à avoir accès à sa copie corrigée de l'épreuve du concours à laquelle il avait échoué et à être informé des critères suivis par le jury dans le cadre de l'évaluation des épreuves. Le Conseil a rejeté ces demandes. Le plaignant a par conséquent déposé une plainte auprès du Médiateur. Le 8 juillet 2003, le Médiateur européen a soumis un projet de recommandation au Conseil, conformément à l'article 3, paragraphe 6 de son statut selon lequel le Conseil de l'Union européenne devrait autoriser le plaignant à avoir accès à sa copie corrigée du concours et informer ce dernier des critères d'évaluation suivis par le jury. Dans son avis circonstancié, le Conseil a informé le Médiateur qu'il avait décidé d'accepter le projet de recommandation, tout en insistant sur le fait que depuis le 17 septembre 2003, son Secrétariat Général s'était doté de nouvelles règles relatives à la communication des copies corrigées aux candidats. Ces règles s'appliqueront à tous les concours externes et internes organisés par le Secrétariat Général du Conseil. Les candidats participant aux concours publiés à partir du 1er septembre 2003 sont autorisés à recevoir copie de leurs propres papiers d'examen ainsi que, pour les épreuves écrites, copie de la fiche d'évaluation établie par le jury de concours. Concernant les concours organisés avant le 1er septembre 2003, les règles applicables prévoient que les candidats qui en font la demande sont autorisés à recevoir copie de leur propre épreuve ainsi que de la fiche d'évaluation quand le jury de concours en a établi une. Dans le cas du plaignant, le Conseil a informé le Médiateur qu'une copie du papier d'examen du plaignant, ainsi qu'une copie de l'avis de concours lui seront adressées. Enfin le Conseil a expliqué que le jury de concours n'avait pas établi de fiche d'évaluation. Sur la base de son enquête, le Médiateur conclut que le Conseil a accepté son projet de recommandation et que les mesures qu'il a prises sont satisfaisantes.

<sup>2</sup> Rapport annuel Médiateur européen 2002, p. 26.

<sup>3</sup> Statut du Médiateur, article 3, paragraphe 2.

<sup>4</sup> Article 3 alinéa 6 Statut du Médiateur précité.

<sup>5</sup> Repris aussi par l'article 2, paragraphe 9 de la décision 94/262/CECA.CE, Euratom, 9 mars 1994, précité.

<sup>6</sup> Déc 94/262/CE précité, article 3 paragraphe 2.

Ainsi, la fonction principale du Médiateur est, dans la mesure du possible, de rechercher avec l'institution ou organe concerné une solution afin d'éliminer les cas de mauvaise administration qui dans le cas de la transparence consistent à permettre l'accès à l'information du plaignant. Il doit en particulier apprécier si la recherche d'une solution donnant satisfaction au citoyen est envisageable et adopter dans la poursuite de cet objectif un rôle actif à l'égard de l'institution concernée. Dans ce contexte, il peut effectuer une « médiation », c'est-à-dire essayer de rapprocher le point de vue des administrations et des administrés<sup>1</sup>. Depuis le Traité sur l'Union européenne qui a consacré le Médiateur européen, on constate que les plaintes reçues n'ont pas cessé d'augmenter. Alors qu'au 31. 12. 1995, le nombre de plaintes s'élevait à 298, qu'au 31.12 1996, les plaintes enregistrées étaient 842, on compte pour l'année 2003 un total de de 2611 plaintes dont 5 à l'initiative du Médiateur européen<sup>2</sup>. La plupart des plaintes qui ont donné lieu à une enquête en 2002 visaient la Commission européenne (75%). Cela est dû au fait que la Commission est la principale institution à prendre des décisions ayant des répercussions directes sur les citoyens. Ainsi il est normal qu'elle constitue la principale cible de leurs doléances. A titre comparatif, le Parlement européen a fait l'objet de 21 plaintes et le Conseil de l'Union européenne de 12. Les allégations de mauvaise administration se fondaient essentiellement en 2002<sup>3</sup> sur le défaut de transparence (92 cas) suivi par les retards évitables (53 cas), les lacunes procédurales ou le non respect de droits de la défense (40 cas). Ces données statistiques sont confirmées par le dernier rapport annuel du Médiateur européen disponible qui est celui pour l'année 2003, selon lequel les allégations de mauvaise administration se fondaient essentiellement sur le « défaut de transparence » dans 28% des cas suivis par « injustice, abus de pouvoir » pour 15% des cas<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A. PIERUCCI, Le Médiateur européen; *Rev. marché commun* 1993, p. 818 -822.

<sup>2</sup> Rapport annuel du Médiateur européen 2003.

<sup>3</sup> Rapport annuel du Médiateur européen 2002, p. 22-23.

<sup>4</sup> Concernant les pays d'origine, pour un total de 11087 plaintes enregistrées jusqu'à la fin 2002, 12% provenait de France, 15% d'Allemagne, 15% Espagne, et 8% du Royaume-Uni et 10% d'Italie. La Finlande, avec 4% des plaintes mais avec seulement 1,3% de la population de l'Union, constitue la proportion majeure de plaintes par rapport au % de la population de l'Union.

## CHAPITRE II La transparence administrative dans les systèmes juridiques français, italien et allemand

L'administration publique dans les États d'Europe était marquée, sauf quelques rares exceptions, par la tradition du secret, considéré comme nécessaire à la protection de l'intérêt général. La France, l'Italie et l'Allemagne ne font pas exception: ces États se sont caractérisés jusqu'aux années 70 par deux principes traditionnels de l'administration, le caractère impersonnel, et le secret administratif. Depuis, se manifeste la volonté de l'État de combattre le secret administratif en développant corrélativement la transparence administrative face aux citoyens, en mettant à la charge de l'administration de véritables obligations d'information et en affirmant le droit d'accès général aux documents administratifs dans le système juridique des États.

Chaque pays a fait des choix différents. Ainsi, le droit d'accès aux documents garanti varie d'un État à l'autre. La France a fait le choix de garantir un droit d'accès général, mais limité aux documents administratifs<sup>1</sup>. Le législateur italien a fait le choix de conférer un droit d'accès général à toute personne ayant un intérêt légitime à consulter des documents administratifs<sup>2</sup>. En Allemagne, la situation est particulière; en effet, au niveau fédéral il n'existe pas de droit général d'accès aux documents<sup>3</sup>. La Loi du 25 mai 1976 sur les procédures administratives *Verwaltungsverfahrensgesetz*<sup>4</sup>, confère un droit d'accès aux documents aux seules personnes qui font partie d'une procédure administrative en cours<sup>5</sup>. Afin de pouvoir comparer les différents systèmes nationaux de droit d'accès aux documents, il est nécessaire d'abord d'analyser de quelle manière le droit d'accès à l'information

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, *JO* 18 juill., 1978, p. 2851, modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *JO* 13 juill., 1979, p. 1822, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, puis par le décret n° 88-465 du 28 avril 1988, *JO* 30 avril 1988, puis par la loi n° 200-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, *JO* 13 avril 2000, p. 5646, art. 7.

<sup>2</sup> Loi du 7 août 1990, n° 241.

<sup>3</sup> Toutefois, un projet de loi sur l'accès à l'information est à l'étude depuis le 20 décembre 2000 (IFG-E).

<sup>4</sup> Loi du 25 mai 1976 sur la procédure administrative, article 29.

<sup>5</sup> Ainsi l'accès est refusé aux tiers. Les intéressés ne peuvent que consulter les documents qui se rapportent strictement à la procédure les concernant et uniquement afin de faire valoir leurs droits.

administrative est garanti en France (Section I) et de quelle façon le droit d'accès à l'information administrative est garantie en droit allemand et italien ( Section II) avant de pouvoir procéder à une synthèse comparative conclusive.

## **SECTION I Le droit d'accès général à l'information en droit français**

L'entrée en vigueur de la loi n° 78-753, est le signe tangible de la volonté de l'État pour améliorer l'information des citoyens. La loi pose la règle d'une importance fondamentale, le «droit des personnes à la communication des documents administratifs et du devoir d'information des administrations publiques», surtout pour un pays comme la France , «pays de forte administration, où les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens sont marquées par l'inégalité et les prérogatives de la puissance publique»<sup>1</sup>. Cela dit, la transparence des autorités publiques n'était pas complètement inexistante. L'information du citoyen était déjà garantie traditionnellement par des règles qu'on retrouve dans toutes les sociétés démocratiques. On peut parler d'« information active ». L'information est diffusée par la volonté de l'autorité indépendamment d'une demande des informations en sa possession ou parce qu'une disposition légale en oblige la diffusion. En dehors de ces mesures, la confidentialité est au centre de la culture administrative (§1). Or, la passivité administrative a été bouleversée avec la loi n° 78-753 en imposant le droit d'accès aux documents comme règle et la confidentialité comme l'exception (§2). Néanmoins la transparence administrative reste encore imparfaite (3).

### **§1 La confidentialité au centre de la culture administrative**

Avant l'entrée en vigueur des lois des années 78-79, l'administration française ne faisait pas exception et était caractérisée par la confidentialité de son administration. L'administration donnait d'elle-même une image hostile aux administrés, protégeant ses documents et ses dossiers: le citoyen était vu avec méfiance<sup>2</sup>. En cas de demande d'accès aux

---

1 R.DENOIX DE SAINT MARC, «La transparence vertus et limites», in *Transparence et secret* , Colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française , Paris 2004, 334 p. sp. p.13.

<sup>2</sup> Les commentaires dans ce sens ont été multiples. Voir notamment B. LASSERRE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative* , PUF, Politique d'aujourd'hui, 1987, spéc. p. 5 et sv., J. LEMASURIER, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé» *RDP* 1980, p. 1239, P. Sabourin« La notion de maladministration dans le système juridique français» , *AJDA* 1974, p. 396, L.FOUGÈRE, « Le



documents administratifs, l'administration opposait des obstacles légaux montrant que l'administration se présente comme une institution qui s'entoure d'un mystère total. Pour l'administration, cette règle peut être résumée comme : « l'administration a besoin d'agir — disait-elle — dans la quiétude de ses cabinets, sans être dérangée »<sup>1</sup>.

L'administration n'était pas obligée de communiquer les documents qu'elle détenait, elle n'était même jamais tenue de communiquer les documents qu'elle détenait, même aux personnes directement concernées<sup>2</sup>. Il était plus facile trouver des textes qui fondent le secret de l'activité administrative que ceux qui prônent l'ouverture<sup>3</sup>.

Pour rendre compte de cette situation, il est nécessaire d'analyser les obstacles légaux à l'accès à l'information avant la loi n° 78-753(A), avant de voir quelles étaient les mesures d'information des administrés sur l'activité des autorités publiques (B).

### **A Les obstacles légaux à l'accès à l'information avant la loi n° 78-753**

Le raisonnement s'appuie sur le fait que le secret administratif découle d'abord de la raison d'État et que certaines décisions doivent être prises en secret, pour protéger l'administré, comme dans le cas du secret de l'instruction ou du secret médical. Ainsi le secret était interprété comme nécessaire à la protection des administrés eux-mêmes, donc comme étant un élément positif de l'action des autorités publiques. En somme la règle était la suivante: pour avoir une administration efficace, il faut qu'elle soit opaque<sup>4</sup>.

Le premier obstacle à l'information administrative résidait dans l'obligation de discrétion faite aux fonctionnaires par l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut de la fonction publique : « Indépendamment des règles instituées dans le Code pénal en matière de secret professionnel, tout fonctionnaire est lié par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ».

---

secret de l'administration», *Bull. I.I.A.P.* 1967, p. 21 et sv.; G. MORANGE, « Le secret en droit public français », *D.* 1978, chron., p. 1 et sv.

<sup>1</sup> Pierre- François DIVIER, Alexandre BOLO, Jean-Pierre COT, Jean-Louis CREMIEUX-BRILHAC, Louis FOUGERE et Aimé PAQUET, « Pour une administration transparente », *Gazette du Palais*, 1977 1er sem, p. 8 et sv.

<sup>2</sup> Cf. par exemple CE, Ass. 18 novembre 1949, Sieur Carlier, *Rec. Leb.*, p. 490, et Sect., 14 novembre 1980, Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/Collet, *Rec. Leb.*, p. 428.

<sup>3</sup> L'article 378 du Code Pénal pratiquement pas modifié depuis 1804, la discrétion professionnelle établie par l'article 26 du statut de la fonction publique du 13 juillet 1983 ne sont que des exemples parmi de très nombreux textes spécifiques concernant les différentes administrations.

<sup>4</sup> Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative* op.cit.p. 237.

« Tout détournement, toute communication contraire aux règlements, de pièces ou documents de service à des tiers sont formellement interdits ».

« En dehors de cas expressément prévus par la législation en vigueur, le fonctionnaire ne peut être délié de l'obligation de discrétion ou relevé de l'interdiction édictée par l'alinéa précédent qu'avec l'autorisation du ministre dont il relève »<sup>1</sup>..

Le Conseil d'État n'a pas hésité à renforcer cette obligation de confidentialité en donnant une interprétation large de l'obligation de discrétion professionnelle en précisant que sont concernés « les faits et informations dont l'agent a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions»<sup>2</sup>. Ainsi le texte vise tous les documents connus par le fonctionnaire dans le service, que cette connaissance soit liée ou non à l'exercice de ses fonctions. L'article 13 de la loi 19 octobre 1946, « ancien statut général des fonctionnaires » précise que : « Tout détournement, toute communication contraire aux règlements, de pièces ou documents du service à des tiers sont formellement interdits»<sup>3</sup>. Ainsi chaque administration avait, en effet, sous l'autorité de son ministre, sa propre interprétation de ce qui peut être communiqué aux tiers<sup>4</sup>. Il faut ajouter à ceci l'ensemble des secrets protégés par le droit pénal.

Le Code pénal dispose : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'un fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement »<sup>5</sup>. Le secret professionnel constitue ainsi un obstacle à la divulgation d'informations ou de documents administratifs. Le Conseil d'État y contribue en affirmant que sont considérées comme telles les informations « qui se rapportent à des faits confidentiels par leur nature ou confiées sous le sceau du secret et que les agents des services publics ont connues en raison de leurs fonctions ». À côté du secret professionnel, il existait et existe toujours un ensemble d'autres secrets qui font obstacle à la divulgation des documents et informations administratives. Le premier d'entre eux est constitué par le « secret de la défense nationale ». Selon la définition très large donnée par le nouveau Code, sont considérés comme tels les « renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait

---

1 L'ordonnance du 4 février 1959 portant statut de la fonction publique, article 10.

2 Arrêt du Conseil d'État section 6 mars 1953, Delle Faucheux, Rec., p. 123, concl. J. Chardeau.

3 Cette disposition a été modifiée par la loi n° 78-753; ce texte s'applique désormais sous réserve des dispositions réglementant la liberté d'accès aux documents administratifs».

4 F. MODERNE, «Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978», Colloque « Transparence et secret » 16-17 octobre 2003, ob. cit.

5 Code pénal (ancien Code pénal article 378), article L. 226-13.

l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion » et « dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale »<sup>1</sup>. Ces textes ne donnent pas de définition de documents ou pièces non communicables. Pour le citoyen, les rapports avec l'administration étaient donc marqués par un ensemble de secrets établis par le droit positif, une vaste zone de confidentialité administrative et un petit domaine d'information publique qui était défini sous l'autorité du ministre.

Enfin, la confidentialité était confortée par le juge administratif qui n'avait pas hésité à interpréter de manière extensive l'obligation de discrétion professionnelle<sup>2</sup>. Dans son arrêt de section du 6 mars 1953, *Delle Faucheux*<sup>3</sup>, il précise que la confidentialité: « concerne tous les documents connus par le fonctionnaire dans le service, que cette connaissance soit liée ou non à l'exercice de ses fonctions ». Il a fallu attendre les années 80 pour que le juge administratif reconnaisse qu'à défaut de texte prescrivant la communication ou interdisant la communication des documents administratifs, rien n'interdit à l'administration d'y procéder<sup>4</sup>. Mais le juge administratif rappelait qu'en l'absence de texte, l'administration n'était pas tenue de donner satisfaction aux demandes de communication<sup>5</sup>. Ainsi, pour les fonctionnaires, la plus grande discrétion paraît s'imposer de façon à la fois traditionnelle et naturelle. Cette pratique administrative de manque d'information a été mise à jour dans le Rapport De Baecque<sup>6</sup> qui insistait sur le fait que les administrations ont fait un usage non conforme aux dispositions légales de la confidentialité, mais que cette façon d'agir faisait naître des soupçons sur la volonté de l'administration de cacher des erreurs, incertitudes ou échecs. Or, si le droit d'accès aux documents administratifs n'a été reconnu qu'avec la loi n° 78-753, quelques mesures palliatives existaient déjà qui garantissaient l'information embryonnaire des administrés sur l'activité des autorités publiques.

---

1 Nouveau Code pénal article 413-9.

2 Cf. F. MODERNE, « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 », in *Transparence et secret* op.cit., p.27.

3 CE, sect. du 6 mars 1953 *Delle Faucheux* Rec., p. 123, concl. J. Chardeau.

4 CE, 24 juillet 1981, *Cadon*: Rec. CE, p. 326; D. 1982, jurispr. p. 592, note J-B. Auby.

5 Voir par exemple : C.E. 14 mars 1951, *Paraire*, rec. p. 56.

6 Deuxième Rapport de la Commission de coordination de la documentation administrative, créée par le décret n° 71-570 du 13 juillet 1971 ( JO 16 juillet 1971, p. 7004. « La coordination documentaire. L'accès du public aux documents administratifs », Doc. Française, 1975, Annexe, p. 39 reproduit in *Problèmes politiques et sociaux* 1977, n° 306, p. 8 et sv.

## **B L'information embryonnaire des administrés sur l'activité des autorités publiques**

Bien avant la loi du 17 juillet 1978, il existait un certain nombre de lois et dispositions législatives, de contenu variable qui imposaient aux autorités publiques des obligations d'information (1). Mais il existait aussi l'activité d'enquête des commissions parlementaires, ancrée au régime parlementaire, ayant pour but l'acquisition d'informations sur un sujet déterminé (2).

### **1 Les obligations d'information imposées aux autorités publiques**

Parmi les premières mesures d'information active du public, mais qui ne concernent pas directement la transparence administrative, se trouve le décret du 5 novembre 1870 (toujours en vigueur), qui régit les conditions de publication et d'entrée en vigueur des lois et décrets. Il représente un élément fondamental d'une société démocratique. La publication dans le Journal officiel de la République française, créé en 1869 à la place du Moniteur, concerne les lois, les décrets, les décisions prises par le Président de la République ainsi que les ordonnances. D'autres textes ou décisions (arrêts ministériels, décisions du Conseil constitutionnel, décisions des autorités administratives indépendantes comme la CNIL) sont également publiés au Journal officiel.

Seules quelques lois ont prévu des exceptions à la confidentialité, mais tout à fait insuffisantes pour garantir la « transparence de l'administrative publique »<sup>1</sup>. Le juge administratif a ainsi considéré que le droit d'accès est, sur la base de cette disposition, reconnu aux étrangers, aux personnes morales et aux conseillers locaux eux-mêmes<sup>2</sup>. A ceci il faut ajouter la jurisprudence administrative qui a affirmé que, faute de publicité, les actes juridiques réglementaires ou individuels créant des obligations à la charge des administrés ou

---

1 Voir, la loi du 7 messidor an II sur la libre communication des documents cadastraux<sup>1</sup>. La loi du 22 avril 1905, article 65 qui garantit au fonctionnaire le droit à la communication de son dossier. Dans le domaine communal, les premières dispositions en ce sens sont la loi du 18 juillet 1837 et la loi municipale du 5 avril 1884 qui garantissent un certain nombre de dispositions tendant à faciliter la communication de certains documents communaux (procès-verbaux des conseils municipaux, budget et comptes de la commune, (voir l'actuel article L 121-19 du Code des communes). Selon l'article 58 de la loi du 5 avril 1884, ultérieurement codifié dans le Code d'administration communale<sup>1</sup>, puis dans le Code des communes, enfin dans le Code général des collectivités territoriales « Tout habitant ou contribuable a le droit de demander communication sans déplacement, de prendre copie totale ou partielle des procès-verbaux du Conseil municipal, des budgets et de comptes de la commune, des arrêtés municipaux »

<sup>2</sup> CE, Sect. 17 déc. 1971, Rousselot, Rec., p. 780; *AJDA*1972, p. 94, Chr. D. Labetoulle et P. Cabaes; association syndicale autorisée; CE, 7 nov. 1973, Commune de Pointe-à-Pitre, Rec. , p. 631; 1974, p. 1141, note M. Waline.

des droits ne pourraient pas devenir exécutoires<sup>1</sup>. Enfin, les droits de la défense<sup>2</sup> obligent l'autorité administrative à d'abord mettre l'intéressé en mesure de présenter sa défense dans le cas où la mesure projetée a le caractère d'une sanction<sup>3</sup>. Dans des cas limites, comme dans le domaine des dossiers médicaux, le juge s'est prononcé pour le droit d'obtenir communication d'un document administratif sans appui textuel<sup>4</sup>. Au contraire, les mesures qui prescrivent la confidentialité de l'administration publique sont plus nombreuses, que ce soit à cause du secret professionnel ou pour protéger les différents secrets d'État. Cela montre que la confidentialité était au centre de la culture administrative française.

## 2 L'information à travers les commissions d'enquête

Remontant à la fin du Moyen-Age, les commissions d'enquête font partie de l'héritage des démocraties parlementaires<sup>5</sup>. Leur utilité dépend des recommandations qu'elles formulent et de leur mise en œuvre. Limitées dans l'espace et dans le temps, elles constituent l'instrument du pouvoir d'information de l'organe parlementaire<sup>6</sup>. L'exemple allemand est significatif: les commissions permanentes - *ständiger Ausschuss* - prévues par la Constitution de Weimar<sup>7</sup> comme par la Loi fondamentale de Bonn<sup>8</sup>, sont dotées de pouvoir d'enquête, et ont comme fonction de protéger les pouvoirs du *Reichstag* et du *Bundestag* par rapport au gouvernement. En Italie, la première proposition de création d'une commission d'enquête (sur

---

<sup>1</sup> F. MODERNE, «Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978», in *Transparence et secret* op. cit. p. 19-50.

<sup>2</sup> Qui bénéficient par ailleurs d'une consécration constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a déclaré la valeur constitutionnelle du « respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » CC 2 décembre 1976, Prévention des accidents du travail, p. 39, *RDJ* 1978, p. 817, note L. Favoreau, 17 janvier 1989, «Liberté de communication», p. 18 ( 29e° consid. ), *Rev. adm.* 1989, p. 223, note J-L. Autin, *RDJ* 1989, p. 464 obs. L. Favoreau, *RFDA* 1989, p. 215, note B. Genevois. Décision n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987, relative au Conseil de la concurrence, par laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du principe des droits de la défense.

<sup>3</sup> C'est-à-dire à défaut de prescriptions textuelles adéquates, elle ne doit pas concerner les cas où une décision, tout en ayant des conséquences défavorables sur son destinataire, est prise dans un but d'intérêt général ou pour le maintien de l'ordre. Ainsi l'application du principe «respect des droits de la défense» ne s'applique pas aux mesures de police. Voir CE 8 décembre 1995, Mouvement de défense des automobilistes, p. 943.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens CE 6 avril 1962, Ministre des Affaires étrangères c. Charrier, *Rec.*, p. 259 « communication à l'intéressé des résultats d'une visite médicale ordonnée par son administration ».

<sup>5</sup> Cf. VIRGA, *Le inchieste parlamentari*, in *Annali Univ. Catania*, 1949-50, p. 255.

<sup>6</sup> Cf. PACE, *Il potere di inchiesta delle assemblee legislative*, Milano, 1973, p. 10, selon lequel en rappelant HELLO, *Del regime costituzionale*, trad.it. II, Napoli, 1948, p. 278, «le droit à l'information fait partie de tout pouvoir qui délibère, qui vote et qui décide et qui par conséquent nécessite de connaître la vérité».

<sup>7</sup> Article 35 alinéa 2 Constitution de Weimar.

<sup>8</sup> Article 45, dans le texte abrogé en 1976, Loi fondamentale.

le thème de la navigation et du commerce international) fut présentée en 1848 dans laquelle on faisait références au modèle anglais qui se caractérisait par le fait que les résultats de l'enquête étaient directement rendus publics par la commission<sup>1</sup>.

En France, les commissions d'enquête prévues par l'ordonnance n° 58-1100 constituent une source d'information importante<sup>2</sup>. Ces commissions<sup>3</sup> ont comme fonction de contrôler l'administration, en examinant la gestion administrative, financière et technique des services publics<sup>4</sup> mais aussi de recueillir des éléments d'informations sur des faits déterminés<sup>5</sup>. Les commissions d'enquête se rattachent à une tradition du droit parlementaire français<sup>6</sup> et compte tenu de leur caractère temporaire, elles doivent mener leurs travaux avec diligence, car elles doivent publier leurs rapports avant l'expiration du délai de six mois à compter de la date de l'adoption de la résolution qui les a créées<sup>7</sup>.

L'ordonnance de 1958 n'accordait aucune prérogative particulière aux commissions d'enquête. C'est seulement avec la loi du 19 juillet 1977<sup>8</sup> précitée que des pouvoirs pour exercer les tâches leur sont confiés. Le pouvoir principal et la source d'informations de ces commissions sont l'audition des personnalités. Toute personne dont une commission a jugé l'audition est tenue de déférer à la convocation qui lui est délivrée. Cette obligation est assortie de sanctions pénales<sup>9</sup>. Elle est tenue de déposer sous réserve des dispositions relatives au secret professionnel prévues par le Code pénal<sup>10</sup>. Mais c'est surtout le rapporteur qui voit s'attribuer par la loi du 19 juillet 1977 des pouvoirs particuliers que les autres membres de la commission ne peuvent exercer.

---

1 Cf. FURLANI, *Le commissioni parlamentari d'inchiesta*, Milano, 1954, p. 1-57.

2 Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, modifiée par loi n° 77-807 du 19 juillet 1977, *JORF*, 20 juillet 1970 et 1991.

3 Initialement il existe deux types de commissions, les commissions de contrôle parlementaires avec fonction de contrôler l'administration, en examinant la gestion administrative, financière et technique des services publics et de l'autre les commissions d'enquête qui ont pour mission de recueillir des éléments d'informations sur des faits déterminés.

4 Voir l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 sur le fonctionnement des assemblées parlementaires, modifiée par loi n° 77-807 du 19 juillet 1977, *JORF*, 20 juillet 1970.

5 Textes relatifs aux commissions d'enquête : article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires et article 140 à 144 du Règlement de l'Assemblée nationale, spécialement article 143 alinéa 2.

6 Voir sur ce point l'étude de M. Jacques Desandre dans *Notes et Etudes documentaires*, nos 4262, 4263 et 4264 « La Documentation française ».

7 Article 6 alinéa 5 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958. Cet alinéa résulte de la Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977.

8 Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977, modifiée par la loi n° 91-698 du 20 juillet 1991.

9 Les poursuites judiciaires peuvent être exercées à la requête du président de la Commission ou lorsque le rapport a été publié à la requête du Bureau de l'Assemblée.

10 Code pénal, articles 226-13 et 226-14.

Le rapporteur dispose de pouvoirs propres qui lui permettent d'enquêter sur pièces et sur place. Cela signifie que le rapporteur désigné par une commission d'enquête ou de contrôle peut demander tous les renseignements et documents nécessaires. Cependant son champ d'application se heurte à la nécessité de préserver le secret. En effet, il n'a pas à connaître des documents revêtant un caractère secret, la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'État<sup>1</sup>: ces limites représentent un obstacle difficilement franchissable qui permettent au pouvoir exécutif de refuser la communication d'informations classées<sup>2</sup>. Dans le cas où le rapporteur rencontre un refus, voire une opposition « injustifiée » de communication de documents, le président de la commission peut convoquer l'intéressé qui devra répondre à l'ensemble des questions sous risque de sanction pénales<sup>3</sup>. En cas de refus réitéré, le Président peut initier la procédure des poursuites<sup>4</sup>.

Or, si les commissions d'enquête sont dotées d'amples pouvoirs d'accès aux informations du pouvoir exécutif, ceci ne constitue pas pour autant pour le citoyen un moyen d'accès à l'information efficace. Chaque commission est libre en effet d'organiser la publicité des auditions auxquelles elle procède. Elle peut, à l'inverse, choisir de se placer sous le régime du secret<sup>5</sup>. La règle du secret interdit aux membres de la commission de divulguer des faits ou des dépositions dont il n'est pas fait mention dans le rapport de la commission. Le rapporteur de la commission, dès qu'il a achevé ses investigations, prépare un rapport qu'il soumet à la commission. Seule l'assemblée intéressée peut décider, par un vote spécial, et après s'être constituée en comité secret, de ne pas autoriser la publication de tout ou partie du rapport d'une commission d'enquête<sup>6</sup>. L'expérience a montré que la publication des rapports des commissions d'enquête connaissent un grand retentissement auprès de l'opinion publique, mais ne constituent pas une source d'information précise permettant un dialogue et un

---

<sup>1</sup> Article 6, alinéa 7 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires. Cet alinéa a été introduit par la loi n° 77-807 du 19 juillet 1977, et modifié par la loi n° 91-698 du 20 juillet 1991.

<sup>2</sup> Voir X. ROQUES et J.L. HERIN, «Les commissions parlementaires», *Administration*, n° 120-121, 1983, p. 32-47, spéc. 46.

<sup>3</sup> Article 6, alinéa 8 de l'ordonnance n° 58-1100 précité. Cet alinéa a été introduit par la loi n° 77-807 du 19 juillet 1977, et modifié par la loi n° 91-698 du 20 juillet 1991 et par l'article 333 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

<sup>4</sup> Article 6, paragraphe III, ordonnance 58-1100, précité. Cet alinéa résulte de l'article 6 de la loi n° 91-698 du 20 juillet 1991 et a été modifié par l'article 322 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

<sup>5</sup> Article 6 alinéa premier du IV de l'ordonnance 58-1100, précité, Cet alinéa résulte de l'article 8 de loi n° 91-698 du 20 juillet 1991.

<sup>6</sup> Article 6 alinéa 2 du IV de l'ordonnance 55-1100. Cet alinéa résulte de l'article 3 de la loi n°77-807 du 19 juillet et a été modifié par l'article 2 de la loi n) 91-698 du 20 juillet 1991.

contrôle de la part de l'utilisateur, comme peut l'être au contraire l'accès direct aux documents administratifs<sup>1</sup>. Or, le système actuel des commissions d'enquête ne dispose pas d'une grande possibilité de manœuvre, car l'influence du système majoritaire constitue un obstacle à l'efficacité de ces commissions. Une analyse de la pratique parlementaire montre que dans la période antérieure à 1971, avec une majorité soumise au Président de la République, alors que l'Assemblée nationale a créé seulement une commission d'enquête, le Sénat, alors en opposition avec le Président de Gaulle, en a créé six (et cinq après 1962).<sup>2</sup>. Ainsi le système français se caractérise comme un modèle très variable, selon la majorité politique, favorable ou non au Président de la République: une majorité opposée au Président de République tend à accentuer l'utilisation des commissions d'enquête alors qu'une majorité parlementaire favorable au président de République tendra à une utilisation minimaliste de l'institution des commissions d'enquête. Les commissions d'enquête ont donc une fonction politique essentiellement contre le Président de République. C'est le cas aux États-Unis d'Amérique, comme l'a montré la commission sur les attentats du 11 septembre. L'administré n'a donc pas un pouvoir de critique et de contestation direct, ce que le droit d'accès aux documents administratifs peut au contraire donner.

## **§2 Le droit d'accès aux documents administratifs**

Exercer son droit de critique et de contestation est important surtout au moment où l'administration, grâce aux nouveaux moyens de communication, a la possibilité de conserver, récolter et traiter un grand nombre d'informations concernant de nombreux domaines de la vie de chaque personne. De là la nécessité de nouveaux droits garantissant à chacun l'accès à l'information détenue par l'administration<sup>3</sup>. Le droit d'accès aux documents administratifs, régi par le titre I<sup>o</sup> de la loi du 17 juillet 1978 modifiée, garantit à toute personne de pouvoir consulter un document administratif ou d'en obtenir une copie.

---

1 Le rapport USA commission d'enquête sur le 11 septembre constitue un exemple d'une commission d'enquête dotée de pouvoirs importants. Mais surtout le rapport qui suit l'enquête a été publié sur internet et contient des informations classées secret et qui donc devenues accessibles à chacun. En France vient de paraître le rapport traduit. Voir 11 sept. Rapport de la commission d'enquête, éd. Des Equateurs, 2004, 501 p.

2 Cf. DUVERGER, *Le système politique français*, Paris, 1990, p. 399 et DESANDRE, «La commission d'enquête ou de contrôle : secret ou publicité des travaux ?», *Pouvoirs*, n° 34, 1985, p. 51.

3 Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, op. cit. p. 57.



Cela dit, le droit d'accès à l'information (consacré par la loi n° 78-753) n'est pas à lui seul suffisant pour garantir la transparence administrative. Par ailleurs le texte de la loi nécessite des modifications afin de se conformer aux exigences communautaires et internationales dans le domaine de l'accès à l'information. Ainsi afin de pouvoir apprécier la portée du droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 78-753, il est nécessaire de tenir compte de la genèse du droit d'accès aux documents qui se caractérise par une intervention décisive des parlementaires (A) avant d'analyser l'étendue et la mise en œuvre du droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 78-753 (B) ainsi que les limites au droit d'accès aux documents administratifs (C).

### **A La genèse du droit d'accès aux documents se caractérise par une intervention décisive des parlementaires**

L'affirmation en France du droit d'accès aux documents administratifs a été ressentie comme une exigence majeure de l'opinion publique. Des voix<sup>1</sup> se sont élevées pour affirmer que la transparence administrative serait déjà garantie par l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». Que faut-il entendre par « demander compte »? Cela signifie-t-il que les administrés ont le droit « au minimum d'être informés, donc avoir accès aux documents et aux dossiers de l'administration » comme l'affirme le professeur F. Moderne<sup>2</sup>? Selon le Professeur Moderne, « le droit d'accès aux documents est de toute évidence, au coeur du droit de demander compte à tout agent public de son administration, (...) lui offrant ainsi un point d'ancrage constitutionnel difficilement contestable (...)»<sup>1</sup>. Il semble difficile cependant de reconnaître un droit d'accès aux documents directement à travers l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Par ailleurs, l'administration ne s'est jamais déclarée obligée sur la base de l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de communiquer des informations ou des documents. Le fait de « demander des comptes » constitue néanmoins une première étape pour contrôler l'administration: il confère en effet à l'administré le pouvoir d'exiger une certaine conduite

---

1 Selon A. Bolo, Administration et information, *Gaz. Pal.* 1977.1.11, Le droit des citoyens à l'information et à la liberté d'accès aux documents administratifs serait consacré à titre de principe, sur la base des articles 2, al.3 et 34, al. 2, de la Constitution, ainsi que des articles 11 et 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

<sup>2</sup> Franck MODERNE, «Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978, Colloque XXVe anniversaire de la loi 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs 16 et 17 octobre 2003- Paris, ob. Cit.

des services administratifs<sup>2</sup>, et donc d'une certaine façon oblige les autorités administratives à ne pas travailler dans le secret le plus complet.

Dans les années soixante-dix, le système juridique français est de plus en plus montré du doigt pour son administration secrète<sup>3</sup>. Ces contestations ont produit lentement des effets sur le pouvoir exécutif. Ce dernier a en effet en un premier temps créé « la commission de coordination de la documentation administrative »<sup>4</sup> qui dans ses travaux<sup>5</sup> préconisait la reconnaissance d'un véritable droit à la communication des documents et s'en proposait d'en organiser l'exercice<sup>6</sup>. Un décret n° 77-127 du 11 février 1977<sup>7</sup> institua une commission chargée de favoriser un plus large accès au public des documents administratifs, qui « déterminerait les documents communicables, conseillerait les administrations intéressées et contribuerait au règlement des différends »<sup>8</sup>. Ceci constitue le début d'un changement profond qui s'est concrétisé au niveau législatif, à travers la reconnaissance des nouveaux droits aux administrés et le renforcement des garanties dont ils jouissent face aux prérogatives de la puissance publique<sup>9</sup>. C'est à travers cinq lois que le secret qui entourait jusque-là l'action administrative a été remis en cause. Premièrement la loi du 3 janvier 1973<sup>10</sup> qui a institué le Médiateur de la République<sup>11</sup>, puis la loi du 6 janvier 1978 concernant le droit

---

<sup>1</sup> Idem.

<sup>2</sup> Cf. R. LETTERONE, *L'administré et le droit à l'information*, Thèse Paris, 1987, p. 5.

<sup>3</sup> La presse n'a pas hésité à dénoncer cette situation en publiant différents articles de doctrine mettant en avant ce problème. Voir comme exemple : R.G.SCHWARZENBERG, « Le secret du Roi » *Le Monde*, 3 mars 1976; H. MAISL, « Droit à l'information et droit au secret », *Le Monde* 13-14 février 1977.

<sup>4</sup> Décret 13 juillet 1971.

<sup>5</sup> Rapport, De Baecque du 23 mai 1973 et du 10 juillet 1974 précité.

<sup>6</sup> Voir F. MODERNE « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978, colloque *Transparence et secret* », op. cit.

<sup>7</sup> JO 12 févr., p. 859; *AJDA* 1977, p. 204, Chron. A. de Laubadère; *Problèmes politiques et sociaux* 1977, n° 306, p. 6 et sv.

<sup>8</sup> Cependant, cette Commission ne pouvait pas dresser de listes de documents communicables sans une réserve d'approbation par arrêtés ministériels (art. 1) ainsi l'administration gardait ses prérogatives en matière d'accès aux documents.

<sup>9</sup> Cf. B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et administrés- Contribution à l'étude des réformes entreprises depuis 1945*, LGDJ, 1993.

<sup>10</sup> Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur J.O. 4 janvier 1973, p. 164 modifiée par les lois n°s 76-1211 du 24 décembre 1976 J.O. 28 décembre 1976, p. 7493, N° 89-18 du 13 janvier 1989 J.O. 14 janvier 1989 J.O. 14 janvier 1989, p. 542.

<sup>11</sup> Le Médiateur de la République a été institué sur l'exemple de l'« Ombudsman » de certains pays nordiques, pour intercéder entre les administrés et l'administration. Cependant son statut n'est pas le même que celui de ses homologues. Premièrement il n'est pas un organe du Parlement et reste attaché à l'exécutif (il est nommé par décret en Conseil des Ministres, ce qui signifie par le Président de la République), même si la loi de 1973 lui a donné une compétence large selon l'article 1er, il « reçoit (...) les réclamations concernant dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'État, des collectivités publiques territoriales,

d'accès aux fichiers d'informations nominatives. Quelques mois plus tard, la loi du 17 juillet 1978<sup>2</sup> a reconnu un droit d'accès aux documents administratifs. La loi du 3 janvier 1979<sup>3</sup> a libéralisé le régime de communication des archives, et enfin la loi du 11 juillet 1979<sup>4</sup> a imposé à l'administration l'obligation de motiver la plupart de ses décisions défavorables et de ses décisions dérogatoires. En outre, le décret du 28 novembre 1983 (article 8) oblige l'autorité administrative à suivre une procédure contradictoire. Ainsi les décisions individuelles défavorables à leurs destinataires ne peuvent légalement intervenir qu'après « que l'intéressé a été mis à même de présenter des observations écrites »<sup>5</sup>.

Ces divers textes ont traduit la volonté de combattre le secret administratif et de développer corrélativement la transparence administrative face aux citoyens. Certains auteurs considèrent que, suite à la loi n° 78-753, on peut parler d'une « administration au grand jour »<sup>6</sup>. D'autres utilisent l'expression de « transparence administrative »<sup>7</sup>. Ce qui est sûr, c'est qu'ils ont démocratisé l'administration publique en mettant dans les mains des

---

des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public». Or son point faible est sans doute le fait qu'il ne peut être saisi directement par les administrés. La réclamation doit en effet passer par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur. Cela constitue un obstacle majeur car seul le parlementaire décide de transmettre la réclamation au Médiateur uniquement si elle lui « paraît entrer dans sa compétence et mérite son intervention ». Finalement l'administré n'est pas jugé comme étant majeur pour considérer lui-même nécessaire une réclamation. Le Médiateur, une fois saisi du recours, dispose de pouvoirs importants, comme la possibilité de convoquer les agents concernés par la réclamation, et de demander au ministre responsable ou à l'autorité compétente de lui communiquer tout document ou dossier concernant l'affaire de la réclamation. Cependant il peut lui être opposé le caractère secret en matière de défense nationale, de sûreté de l'État et de politique extérieure. Les décisions qu'il peut prendre ne sont pas très rigoureuses: il ne dispose pas de pouvoir décisionnel final, il se limite à des recommandations( art. 9) ou peut provoquer des sanctions contre les agents coupables de faute, en engageant une procédure disciplinaire ou, le cas échéant, saisir d'une plainte, la juridiction répressive.

<sup>1</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. 7 janvier 1978 p. 227 et rectifiée J.O. 25 janvier 1978, p. 491 modifiée par la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 J.O. 12 mars 1988, p. 3291 et la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du Code pénal J.O. 23 décembre 1992, p. 1758.

<sup>2</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif et fiscal, J.O 1978, pp. 2851 et ss., telle que modifiée par la loi n° 79- 587, du 11 juillet 1979, J.O. 1979, p. 1711, et par l'article 7 de la loi n° 321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

<sup>3</sup> Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ( J.O. 5 janvier 1979, p. 43) modifiée par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 et la loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 (J.O. 5 janvier 1993), p. 198.

<sup>4</sup> Loi N 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public J.O. 1979, p. 1711 rectifiée en page 1822).

<sup>5</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1 12ed. Montchrestien, p. 1036 et sv.

<sup>6</sup> Voir dans ce sens Y. « L'administration au grand jour: France», in *Journées de la Société de législation comparée*, 1983, p. 39 et s.

<sup>7</sup> Voir dans ce sens le Rapport du CE « La transparence et le secret», *Rapport public* 1995, Etude et document CE n° 7, La documentation française, 1996 p. 17 et sv. B.LASSERE, N. LENOIR et B. STIRN, *La transparence administrative*, PUF, Politique d'aujourd'hui, 1987, J. LAVEISSIERE, « L'accès aux documents administratifs», in *Information et transparence administrative*, CURAPP, PUF, 1988, p. 11 et sv.

administrés des moyens légaux pour se défendre contre les éventuels abus de l'autorité administrative. Les lois ont été suivies par diverses mesures plus sectorielles<sup>1</sup>.

La procédure législative de la loi n° 78-753 se caractérisait par une intervention décisive des parlementaires qui ont déposé plusieurs propositions de loi sur le bureau du Sénat et de l'Assemblée nationale<sup>2</sup>, mais cela s'est fait finalement lors du projet de loi déposé par le Gouvernement portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>3</sup>. Le projet initial ne comprenait aucune disposition relative au droit d'accès aux documents administratifs. La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, chargée d'examiner le projet de loi, discuta deux amendements qui soulevaient le problème du droit d'accès aux documents administratifs.

Mais le vrai débat a eu lieu à l'Assemblée nationale, le 26 avril 1978<sup>4</sup>; le gouvernement finalement accepta sans réserve les amendements de M. Aurillac reconnaissant « la liberté d'accès aux documents administratifs » tout en limitant l'accès, en refusant la communication pour les documents qui porteraient atteinte au secret des délibérations du pouvoir exécutif, c'est-à-dire ceux qui concernent la défense nationale, la politique extérieure, la monnaie, le crédit public, la sûreté de l'État, la sécurité publique<sup>5</sup>. Lors de l'examen du projet de loi au Sénat par la commission des lois, des modifications importantes furent introduites qui ont permis de renforcer le caractère démocratique et la transparence de cette loi. La Commission suggéra de remplacer le terme « citoyen » par celui « d'administré »<sup>6</sup> et proposait la création d'une autorité administrative indépendante la « Commission d'accès aux documents administratifs » (ci-après CADA). Pour rendre effectif le droit d'accès et garantir son exercice, la surveillance de l'application du droit d'accès aux documents administratifs,

---

<sup>1</sup> Comme dans le cas de l'urbanisme et de l'aménagement. Les enquêtes publiques ont été réformées par la loi du 12 juillet 1983 et plusieurs lois instituent une procédure de concertation préalable à l'élaboration des projets d'aménagement. Voir loi du 18 juillet 1985 introduisant dans le Code de l'urbanisme l'article L.300-2; loi du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, loi du 2 février 1995.

<sup>2</sup> Les projets et les propositions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale avec l'intention de légaliser le droit d'accès aux documents ont été multiples. Les groupes communistes ont envisagé une proposition de loi constitutionnelle (Doc. Ass. nat.; 1975, n° 2128); le groupe socialiste, une proposition de loi établissant « la liberté d'accès des citoyens aux documents administratifs », le groupe Union pour la Défense de la République (UDR) de l'Assemblée nationale a déposé une proposition de loi (30 juin 1976 Doc. Ass. nat. 1976, n° 2463) consacrant le principe du « droit des citoyens à l'information et à la liberté d'accès aux documents administratifs ».

<sup>3</sup> Doc. Ass. nat. 1977, n° 3249.

<sup>4</sup> JO Déb. Ass. Nat., 26 avril. 1978, p. 1378 et sv.

<sup>5</sup> Doc. Sénat, 1978, n° 341, p. 45 et sv.

<sup>6</sup> JO Débat Senat, 1er juin 1978, n° 378 p. 1086 et sv.

sous le contrôle de la juridiction administrative, fut confiée à la CADA. Le texte définitif fit publié au Journal officiel le 18 juillet 1978. Il ne fit pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

L'importance de cette loi ne pose aucun doute<sup>1</sup>. Cependant, au fil du temps, il était devenu nécessaire de «compléter et d'enrichir un dispositif législatif, demeuré inchangé depuis bientôt vingt ans»<sup>2</sup>. Des modifications ont été réclamées depuis plusieurs années par la CADA<sup>3</sup>, par le Conseil d'État<sup>4</sup>, par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>5</sup> comme par le Président Braibant<sup>6</sup>. Il faut ajouter à ceci l'évolution technologique et la nécessité d'assurer une plus grande cohérence entre le régime général de communication et les multiples régimes spéciaux qui subsistent dans la législation française<sup>7</sup>.

La réforme a été au centre des discussions gouvernementales en 1995. Un projet de loi relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations fut présenté en 1997 et s'est concrétisé avec la loi du 12 avril 2000<sup>1</sup> relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et qui a procédé à une réécriture en profondeur du titre premier de la loi n° 78-753, sans toutefois en modifier ni l'esprit ni l'orientation générale. Les modifications apportées par la loi du 12 avril 2000 ont l'intention de clarifier le contenu des

---

<sup>1</sup> Les commentaires de cette loi ont été multiples. Voir notamment: J. CHEVALLIER, «Le mythe de la transparence administrative», in *Information et transparence administrative*, CURAPP, Paris, PUF, 1988, p. 239; J. LEMASURER, «Vers une démocratie administrative, du refus d'informer au droit d'être informé», *RDP* 1980, p. 1239. Yves JEGOUZO, «Le droit à la transparence administrative», *EDCE* 1991, n° 43, pp. 199 et 200. H. MAISL, *Le droit à l'information administrative*, Cours FNSP, ronéo, 1982-1983, p. 38 et s.; J.LAVEISSIÈRE, *Le silence de l'administration*, Thèse, Bordeaux I, 1979, ronéo, p. 165 et s.; B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, LGDJ, 1993, p. 525 et s.; A. de LAUBADÈRE, «Relations entre l'administration et le public» *AJDA* 1978, p. 495 et s.; J.LAVEISSIÈRE, «L'accès aux documents administratifs», in *Information et transparence administrative*, CURAPP, PUF, 1988, p. 11 et s.; J.LAVEISSIÈRE, «Le droit à l'information à l'épreuve du contentieux. A propos de l'accès aux documents administratifs» *D.* 1987, chron., p. 275; B.EVEN, «La notion de document administratif» *AJDA*, 1985, p. 521 et s. D. LINOTTE, «Chronique des réformes administratives françaises», *RDP*, 1978, p. 1417 et s.; B. LASSERRE, «La Commission d'accès aux documents administratifs», *Etude et documents*, CE 1981-1982, p. 33 et s. B. LASSERRE, «Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978: une administration plus transparente?», *Etude et documents*, CE 1983, n° 35, p. 99 et s. A. ROUX, «La transparence administrative en France», in *Ann. Eur. Adm. Publ.* 1989, Ed. CNRS, p. 57 et s.

<sup>2</sup> Exposé des motifs du premier projet de loi «relatif à l'amélioration des relations entre l'administration et le public» Doc; Ass.nat. n° 2992, 1996-1997.

<sup>3</sup> Cf. 8° Rapport d'activité de la CADA, p. 167 et s.

<sup>4</sup> Cf. Rapport public 1995- La Transparence dans la vie publique et administrative, EDCE, n° 47, 1996, et Étude du Conseil d'État: «Pour une meilleure transparence de l'administration - Etude sur l'harmonisation des textes et l'amélioration des droits des citoyens en matière d'accès aux données publiques, étude adoptée par le Conseil d'État en mai et juillet 1997, Documentation française, 1998.

<sup>5</sup> Cf. 16° rapport.

<sup>6</sup> Cf. Guy BRAIBANT, *Les Archives en France, rapport au Premier ministre*, Doc. fse, 1996.

<sup>7</sup> Rapport d'activité 1999-2000 de la Commission d'accès aux documents administratifs, p. 143, sp. p. 3.

obligations des administrations, d'élargir et faciliter le droit d'accès, en l'étendant aux documents numériques, et enfin de rapprocher le régime général d'accès des régimes particuliers en unifiant les procédures de recours sous l'égide de la CADA. L'importance de la loi n° 78-753 constitue une évidence aujourd'hui: elle a constitué un tournant symbolique et pratique d'importance considérable, car elle a rompu avec la culture administrative fondée sur le dogme du secret<sup>2</sup>. Cependant, le droit d'accès à l'information consacrée par la loi n° 78-753 n'est pas à elle seule suffisante pour garantir la transparence administrative. Vingt-cinq ans de pratique ont montré que les administrations ont des difficultés à renoncer à être l'administration traditionnellement fermée; les administrés au contraire doivent montrer plus de volonté à faire valoir ce droit. L'analyse de l'étendue et la mise en œuvre du texte de loi nécessite des modifications afin de se conformer aux exigences communautaires et internationales dans le domaine de l'accès à l'information.

### **B L'étendue et la mise en œuvre du droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 78-753**

La proclamation du droit de « toute personne à l'information » à travers la loi du 17 juillet 1978 constitue la reconnaissance au niveau législatif de l'accès aux documents administratifs. L'administration se trouve dans l'obligation de reconnaître le droit d'accès aux documents administratifs à « toute personne »<sup>3</sup> sans devoir justifier un intérêt particulier à obtenir le(s) document(s)<sup>4</sup>. L'importance de cette loi réside dans le fait qu'elle reconnaît « le droit de toute personne à l'information » en établissant « la liberté d'accès aux documents administratifs ». Elle constitue une nouvelle liberté publique<sup>5</sup> que le Conseil d'État a confirmée dans l'arrêt *Ullmann* du 29 avril 2002<sup>6</sup>. Afin de pouvoir apprécier l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs garanti par la loi du 17 juillet 1978 modifiée par

---

<sup>1</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.* 13 avril 2000, p. 5646.

<sup>2</sup> Rapport public du Conseil d'État, « Considérations générales: la transparence et le secret »? *Etudes et documents*, n° 47, La Documentation française, 1995.

<sup>3</sup> Article 1 loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifié par la loi du 12 avril 2000.

<sup>4</sup> André de LAUBADÈRE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, Tome 1er Droit administratif général 15° édition, L.G.D.J., p. 1107 (spec p. 743).

<sup>5</sup> Selon le Professeur J. RIVERO, les libertés publiques « correspondent à des droits de l'Homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'État ont insérés dans le droit positif » in R. LETTERON, *L'administré et le droit à l'information*, thèse Paris X, 1987, 663 p.

<sup>6</sup> CE, 29 avril 2002, *Ullmann*, requ. n° 228830, *AJDA*, 9, 2002, p. 691, note Raimbault, *P. D.adm.*, 2002, n° 100, note P.D.

celle du 12 avril 2000, il est nécessaire d'analyser son champ d'application personnel (1), son champ d'application matériel limité par la notion de document administratif (2) et de se demander de quelle façon le champ d'application s'applique aux régimes spéciaux (3).

## **1 Le champ d'application personnel**

La loi n° 78-753 limite le champ d'application institutionnel aux « autorités administratives » (a) alors que le champ d'application des bénéficiaires est élargi « à toute personne » (b).

### **a Le champ d'application institutionnel limité aux autorités administratives**

Sont considérées comme autorités administratives au sens de la loi du 12 avril 2000: « les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif ». Ainsi, la transparence administrative s'applique aux collectivités locales et aux personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public. La demande de communication d'un document peut s'exercer indépendamment du fait que l'autorité mentionnée ci-dessus soit ou non l'auteur du document demandé. La loi du 17 juillet 1978 modifiée prévoit en effet que la communication s'exerce à l'égard de tous les documents produits par une administration ou un organisme privé chargé d'une mission de service public, quelles que soient leur forme et leur destination, et que ces documents sont librement communicables à toute personne qui en fait demande<sup>1</sup>. En sont au contraire exclues les autorités administratives indépendantes, ainsi que les établissements publics et les organismes de droit privé gérant un service public à caractère industriel et commercial.

Ainsi, les documents détenus par les organismes privés chargés de la gestion d'un service public peuvent faire l'objet d'une communication dès lors qu'ils sont liés, par leur

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, précité, article 2.

nature, leur objet ou leur utilisation, à la gestion de ce service<sup>1</sup>. Cela concerne par exemple des organismes gravitant autour des chambres d'agriculture, France Télécom<sup>2</sup>, les pompes funèbres<sup>3</sup>, les ASSEDIC<sup>4</sup>, et même les comités des fêtes d'une ville<sup>5</sup>. Le champ d'application des bénéficiaires du droit d'accès aux documents administratifs est défini de façon très large.

### **b Un champ d'application des bénéficiaires très large**

Le projet initialement en discussion au Parlement prévoyait de limiter le droit d'accès aux « citoyens ». A l'initiative du Sénat, le droit d'accès fut élargi aux « administrés »<sup>6</sup>. Mais, depuis 1979, le droit d'accès est garanti « à toute personne ». Ce terme est très général et garantit le droit d'accès à toute personne physique comme aux personnes morales<sup>7</sup> sans la nécessité de justifier un quelconque intérêt pour agir. Comme l'a précisé la CADA, les dispositions de la loi n° 78-753 n'autorisent pas les autorités administratives à contrôler les motivations des demandeurs. Toutefois lorsqu'un document administratif met une personne en cause, seule cette dernière, ou une personne expressément mandatée par elle et agissante en son nom, peut y avoir accès<sup>8</sup>. Cependant, dans certains cas où il est possible d'occulter certaines mentions, le document administratif est rendu communicable aux tiers. Une étude récente sur l'utilisation du droit d'accès aux documents administratifs dans la région Centre montre que la plupart des demandes adressées aux autorités administratives sont faites pour satisfaire un besoin personnel et pour défendre des droits individuels, éventuellement devant le juge<sup>9</sup>.

Outre le champ d'application personnel, c'est le champ d'application matériel qui permet de définir l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs.

---

<sup>1</sup> Pour un commentaire détaillé de la notion de document administratif communicable, v. notamment CH. ROBERT, *L'accès aux documents administratifs*, éd. Journal des Maires, Paris, 1987.

<sup>2</sup> Qui est, depuis la loi du 26 juillet 1996, un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public.

<sup>3</sup> Avis n° 20024846, du 23/01/2003, directeur des pompes funèbres Rousset. La CADA a estimé que la société des pompes funèbres, qui bénéficie de l'habilitation prévue à l'article L. 2223-23 du Code général des collectivités territoriales, est un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.

<sup>4</sup> Avis CADA n° 20012235, du 14/06/2001 directeur de l'Assedic du Var.

<sup>5</sup> Avis n° 20002258, du 08/06/2000 président du comité des fêtes de la ville de Mimet.

<sup>6</sup> JO Débat Senat, 1er juin 1978, n° 378 p. 1086 et sv. 2003, p. 263, spéc p. 15 et sv.

<sup>7</sup> Associations, syndicats, entreprises, collectivités publiques, etc.

<sup>8</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal en vertu de l'article 6 paragraphe II.

<sup>9</sup> Bénédicte DELAUNAY, «Les pratiques administratives le cas particulier des collectivités locales: Analyse à partir de l'exemple de la région Centre», *Transparence et secret*, op. cit. p. , 99.



## **2 Le champ d'application matériel limité par la notion de document administratif**

La loi du 17 juillet 1978, modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 et la loi n° 321 du 12 avril 2000, limite l'accès « aux documents administratifs ». Le texte ne définit pas réellement les documents administratifs communicables. Il dresse en revanche une liste de documents considérés comme administratifs. Pour être communicable, un document doit obéir à un certain nombre de conditions, faute de quoi l'administration ne doit pas le communiquer. Ainsi il est important de définir ce qu'il faut entendre par document administratif (a) et quelles sont les conséquences sur le droit d'accès aux documents le fait que la forme de document administratif soit limitée à celle de document achevé (b) avant de poser la problématique du droit d'accès aux documents contenant des données nominatives ou personnelles (c) qui sont soumises à un régime juridique particulier pour permettre la protection de la vie privée.

### **a La définition de document administratif**

La loi de 1978<sup>1</sup> prévoit que les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande<sup>2</sup>. Selon la loi du 17 juillet 1978 modifiée<sup>3</sup>, sont considérés comme documents administratifs : « tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministériels qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public », qu'ils se présentent sous forme écrite, sous forme d'enregistrement sonore ou visuel ou sous forme numérique ou informatique. Sur la base de cette définition la CADA considère qu'un contrat passé par une collectivité est un document administratif: « le critère déterminant est le rattachement à une activité de service

---

1 Article 2 loi n° 78-753, du 17 juillet 1978.

2 La loi du 12 avril 2000 a apporté une précision concernant les documents qui sont communicables en intégrant dans l'article 1er de la loi 17 juillet 1978 la définition organique des documents administratifs qui ne figuraient qu'à l'article 2 de la loi n° 78-753 ancienne version.

3 Article 1er loi n° 78-753, du 17 juillet 1978.

public et non la nature administrative ou non du contrat »<sup>1</sup>. Les demandeurs ont la possibilité de solliciter la délivrance de tous les documents qui les intéressent sur un support informatique, à condition que la reproduction soit techniquement possible pour l'administration<sup>2</sup>. Pour le Conseil d'État, les documents doivent être liés à une activité de service public, qu'ils émanent de personnes publiques<sup>3</sup> ou de personnes de droit privé<sup>4</sup>. Ceci constitue une limite importante du droit d'accès.

En effet, en droit français, et comme l'a d'ailleurs précisé le gouvernement français, le terme « document administratif » ne recouvre que les seuls documents détenus par l'administration qui se rattache à une activité de service public ou qui est liée à l'exercice d'un tel service. Les dits actes comprendraient, outre les actes administratifs, « des actes de droit privé des autorités publiques et des actes détenus par ces autorités et émanant de personnes privées, pour autant qu'ils sont, de près ou de loin, liés à l'exercice d'un service public »<sup>5</sup>, ce qui signifie que les documents détenus par une autorité publique agissant en tant que personne privée et dépourvue de tout lien avec le service public ne sont pas couverts par la loi du 17 juillet 1978. La loi du 12 avril 2000, a permis d'améliorer la transparence administrative, en obligeant les autorités administratives à communiquer les documents administratifs « qu'elles détiennent »<sup>6</sup> aux personnes qui en font la demande, même si elles n'en sont pas les auteurs et sans s'assurer au préalable de l'accord de l'administration auteur du document<sup>7</sup>. Jusqu'alors, en effet, les termes de l'article 2 de la loi étaient moins précis et dans la plupart des cas interprétés comme obligeant chaque administration de communiquer uniquement les documents dont elles avaient été l'auteur ou qui se rapportent à des dossiers dont elle avait la charge. Ce qui signifiait pour le demandeur qu'il était obligé d'identifier très précisément le service dont émanait le document qu'il souhaitait obtenir. La CADA s'était au contraire exprimée dans le sens favorable à la communication des documents administratifs détenus par les administrations même si elles n'en sont pas les auteurs<sup>8</sup>. La loi du 17 juillet 1978 ne prévoit pas l'obligation de communiquer partiellement l'information détenue. Le

---

1 CADA, Président du Conseil général de la Charente 9/ novembre 2000, n° 20004130, et aussi Conseil, CADA, Directeur départemental de l'agriculture et de la forêt du Morbihan, 05/ septembre 2002.

2 Avis, CADA , n° 20021685 du 25 avril 2002, mairie de Sausset-les-Pins.

3 Voir CE sect. 26 juillet 1985, *Amadou*, Lebon p. 243; *AJDA* 1985, p. 742, note J.Moreau.

4 CE 6 juin 1986, *Ordre des avocats du barreau de Poise*, Lebon p. 159; *AJDA* 1986, p. 651, obs. J.C.; *rev. Adm.* 1986, p. 358, note P. Terneyre.

5 Voir CJCE, Commission c/ République française, aff. C-233/00, du 26 juin 2003, Rec. 2003, p. I-6625.

6 Article 2 alinéa premier de la loi n° 78-753 modifiée par l'article 7 de la loi du 12 avril 2000.

7 Avis, CADA n° 20001773 du 25 mai 2000, Préfet de Seine-Saint-Denis.

8 Conseil de la CADA du 28 octobre 1999, n° 19993383.

Conseil d'État a su imposer cette obligation à l'administration, lorsqu'il est possible d'en retirer les mentions qui peuvent justifier un refus de communication et à la condition que le document ne devienne pas incompréhensible ou que cela n'en dénature pas le sens<sup>1</sup>. Ainsi, il n'existe pas de dispositions explicites dans la loi du 17 juillet 1978 qui obligent l'autorité administrative à communiquer partiellement l'information, alors que l'ordonnance du 11 avril 2001<sup>2</sup> a ajouté au Code de l'environnement une disposition spécifique dans ce sens<sup>3</sup>.

### **b La forme du document administratif limitée aux documents achevés**

La forme du document administratif se voit élargie par la loi du 12 avril 2000<sup>4</sup>: désormais les documents administratifs peuvent revêtir multiples formes. Selon la loi n° 78-753, modifiée<sup>5</sup>, celle-ci peut revêtir la forme «d'écrits, d'enregistrement sonore ou visuel, de documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant » et ce, quelle que soit la nature des informations, nominatives ou non, qu'ils contiennent. Le progrès est indéniable pour le demandeur, étant donné qu'il a désormais accès aux informations jusque-là inaccessibles. Cette modification a une conséquence directe: l'administration qui n'était pas tenue de communiquer un document qui n'existait pas peut désormais être tenue d'élaborer un document à la demande en extrayant certaines des informations contenues dans les bases de données dont elle dispose<sup>6</sup>.

La loi du 12 avril 2000 précise que, parmi les autres conditions permettant l'accès aux documents administratifs, se trouve l'obligation que le document soit achevé. Elle consacre ainsi la jurisprudence de la CADA qui exclut les documents préparatoires. Ainsi, le droit d'accès ne concerne pas les documents en cours d'élaboration<sup>7</sup>, tels que les documents

---

<sup>1</sup> CE 16 juin 1989, *Banque de France c/ Huberschwiller*, Lebon tables, p. 688; *RFDA* 1989, p. 973, concl. S. Daël.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001 art 9 II *Journal officiel* du 14 avril 2001.

<sup>3</sup> «Lorsque la demande d'accès porte sur une information relative à l'environnement qui contient des données relatives aux intérêts protégés(..), et qu'il est possible de retirer ces données, la partie de l'information non couverte par les secrets protégés est communiquée au demandeur. Code de l'environnement, article L. 124-1-III.

<sup>4</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, article 7 paragraphe 2.

<sup>5</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, précité article 1er.

<sup>6</sup> Dans son avis du 29 mai 2000 n° 20001674, la CADA estime qu'un établissement pouvait être tenu, en application de l'article 1er de la loi n° 78-753, de constituer, à partir du fichier de ses agents, une liste faisant apparaître pour chaque agent la qualité de titulaire, le service d'attache et la répartition par syndicat des autorisations d'absence accordées.

<sup>7</sup> CE, Sect., 11 février 1983, *Min. Urb. et Log. c/ Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise*, R., p. 56.

préparatoires à une décision administrative comme les rapports et projets. La notion de document préparatoire est très large: elle concerne par exemple également les procès-verbaux de réunion du groupe de travail chargé d'élaborer un plan d'occupation des sols; ces procès-verbaux ne peuvent être communiqués avant l'adoption du projet de plan par le groupe de travail. La loi n° 78-753 modifiée suit la notion forgée par la CADA et les décisions du Conseil d'État. Ce dernier a jugé que les documents en cours d'élaboration n'étaient pas communicables<sup>1</sup>. Au contraire, le tribunal administratif de Lyon, dans deux jugements<sup>2</sup>, a refusé cette théorie du document préparatoire: en effet, selon le juge, il ne résultait d'aucune disposition de la loi du 17 juillet 1978 qu'un document préparatoire<sup>3</sup> ne puisse être communiqué qu'après intervention de la décision en vue de laquelle il est élaboré. En conséquence, il avait reconnu à une association de la loi 1901 « Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise Alurey » le droit d'accès aux procès-verbaux de la commission chargée d'élaborer le schéma d'aménagement et d'urbanisme du secteur de Bron, sans attendre l'adoption du projet du schéma. En revanche, le Conseil d'État a précisé que les procès-verbaux du groupe de travail sont communicables à compter seulement de l'adoption définitive du projet par le groupe de travail<sup>4</sup>. Dans le cas de l'enquête publique, la CADA estime que le public a le droit, dès l'ouverture de l'enquête préalable à la création d'une zone d'aménagement, d'obtenir communication du dossier d'enquête dont le contenu est fixé par les dispositions réglementaires<sup>5</sup>. Pour obtenir communication des autres pièces préparatoires à la création de la zone d'aménagement, qui n'ont pas été versées au dossier d'enquête, il faut attendre l'intervention de la décision créant la zone<sup>6</sup>. Le plan préparatoire à un dossier d'enquête publique est exclu de la communication, car il s'agit d'un document préparatoire à une décision à intervenir<sup>7</sup>. La question importante est évidemment celle de

---

1 C. E., 11 févr. 1983, Min. Urbanisme c/Assoc. Atelier libre d'Urbanisme, *D. adm.* 1983, n° 80- 15 avril 1992, Min. de la Justice c/assoc. S.O.S. Défense, CE, 16 juin 1989, Banque de France c/M.Huberschwiller, *RFDA*, 1989, p. 973, concl. S.Daël.

2 *A.J.D.A.* 1982, p. 98 note Chabanol.

3 La notion de document préparatoire est très large: il concerne également les procès-verbaux de réunion du groupe de travail chargé d'élaborer par exemple un plan d'occupation des sols; ces procès-verbaux ne peuvent être communiqués avant l'adoption du projet de plan par le groupe de travail.

4 CE, 1983, Alurely; 5 juin 1986, Ambroise; 23 octobre 1986, Gaucher.

5 Cf. Cinquième rapport d'activité de la CADA, p. 38 et sv.

6 Conseil CADA, 10 juillet 1986, commune de Rueil-Malmaison.

7 Conseil CADA, 20 octobre 1983, district urbain du Puy-en-Velay.

savoir à quel stade un document est réputé être achevé. Selon le Conseil d'État <sup>1</sup>, un document est achevé dès son adoption.

La CADA et le Conseil d'État considèrent que la loi doit garantir à l'administration la possibilité de prendre les décisions sans le besoin de rendre compte à tout moment au public, ce qui signifie que le public pourra connaître uniquement *a posteriori* les conditions dans lesquelles une décision a été prise. Sont donc exclus de la communication les états partiels ou provisoires d'un document en cours d'élaboration. Cette restriction comporte entre autres que tous les documents liés de manière indissociable à cette élaboration doivent être exclus du droit d'accès<sup>2</sup>. Par exemple, dans le cas du projet d'un Plan d'Occupation des Sols (POS) précité, la Commission considère que les procès-verbaux sont des documents achevés seulement à compter de l'adoption définitive du projet par le groupe de travail. Le projet POS est, lui, communicable dès qu'il a été arrêté par le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public compétent, car il acquiert, à ce stade de la procédure, le caractère de document achevé, quelle que soit la décision ultérieure relative à sa publication<sup>3</sup>. Par conséquent<sup>4</sup>, tant que la décision est en cours d'élaboration, il échappe au droit d'accès. Ensuite seulement, dès lors que la décision est intervenue, les documents préparatoires deviennent communicable<sup>5</sup>. La nouvelle formulation de l'article 2 de la loi n° 78-753 exclut formellement la communication des « documents préparatoires à une décision administrative », donc également les procès-verbaux avant l'adoption de la décision définitive.

Cependant les ébauches, les brouillons, les versions successives d'un même document et les notes informelles, ne méritent pas, selon la CADA, le nom de documents, car, par définition, leur forme est inachevée<sup>6</sup>; ils sont donc exclus de façon permanente du champ d'application de la loi n° 78-753, même si rien n'interdit à l'administration de les diffuser<sup>7</sup>.

Si le document fait objet d'une diffusion publique, l'administration est dispensée de l'obligation de communication des documents administratifs prévue par la loi du 17 juillet

---

<sup>1</sup> CE, Sec. 11 février 1983, Min. Urb. et du logement, c/Association Alurey.req.n°35565.

<sup>2</sup> CE, Sect. 11 février 1983, Min. Urb. et du logement, c/Association Alurey. req. n° 35565.

<sup>3</sup> Conseil CADA, 30 janvier 1986, chambre de l'agriculture de l'Hérault.

<sup>4</sup> Conformément à l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 sous réserve naturellement des exceptions destinées à préserver des secrets prévus par l'article 6 de la loi.

<sup>5</sup> Conseil CADA du 11 mai n° 20002047.

<sup>6</sup> 1er rapport d'activité de la Commission , 1979-1980, La Documentation française, p. 53.

<sup>7</sup> Cf. Rapport CADA année 1999-2000, p. 20. « Cette catégorie de documents échappe de façon permanente au régime de communication , l'administration n'est jamais tenue de les diffuser, même si rien ne lui interdit de le faire si elle le souhaite.

1978. Le législateur a considéré que les citoyens pouvaient se procurer des documents déjà diffusés par leurs propres moyens. Ainsi, un texte publié au Journal officiel<sup>1</sup>, au recueil des actes de la préfecture<sup>2</sup>, l'administration n'est pas tenue d'en délivrer une copie, nonobstant la circonstance que la CADA ait estimé que le document réclamé était communicable<sup>3</sup>. Cependant, la CADA considère que la mise en ligne d'un document sur le site internet d'un ministère, compte tenu du faible taux d'équipement public en la matière, ne pouvait être assimilée à une diffusion publique exonérant l'administration en matière de communication de documents administratifs<sup>4</sup>. Il faut ajouter à cela que les affichages publics, par essence « localisés et le plus souvent temporaires et partiels, » ne pouvaient constituer une diffusion publique au sens de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par celle du 12 avril 2000 et donc ne dispensent pas l'autorité administrative de ses obligations en matière de communication de documents<sup>5</sup>.

### **c Le droit d'accès aux documents contenant des données nominatives ou personnelles**

La loi du 12 avril 2000 a ajouté un nouvel article 29-I à la loi du 6 janvier 1978 qui donne désormais à la CADA la compétence pour donner un avis au regard des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 sur le caractère communicable aux tiers des documents administratifs résultant de traitements automatisés d'informations nominatives. Cette extension de la compétence de la CADA était nécessaire pour mettre fin aux inconvénients du régime mis en place par les lois du 6 janvier 1978 et du 17 juillet 1978.

Ces deux lois ont des objectifs différents et le régime général d'accès s'efface devant le régime spécial de l'accès aux fichiers administratifs. En effet, dans le cas d'une demande d'accès aux fichiers administratifs, automatisés ou manuels, comportant des mentions

---

<sup>1</sup> Avis, CADA n° 20003417 du 5 octobre 2000, Cour des comptes, et avis n° 20010694, du 22/02/2001, Président de la République.

<sup>2</sup> Dès lors que le demandeur réside dans le même département, Avis CADA, n° 20002118, 8 juin 2000, Direction générale des Impôts.

<sup>3</sup> Conseil d'État, 27 mars 1996, M. Boulay, n° 154957. Voir aussi Avis CADA n° 20010694, Président de la République. « À la suite du refus opposé à la communication de la copie du budget de la Présidence de la République pour l'exercice 1999-2000, la CADA constatant que ces documents font l'objet d'une diffusion publique au sens de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, modifiée par celle du 12 avril 2000, n'a pu que déclarer irrecevable la demande d'avis ».

<sup>4</sup> Avis, CADA, n° 20004094 du 7 décembre 2000, Ministère de l'Agriculture et de la Pêche.

<sup>5</sup> Conseil, CADA n° 20031910, du 15/05/2003 directeur régional et départemental de la jeunesse et des sports d'Amiens.

nominatives, l'accès ne pouvait s'effectuer, quelle que soit la situation du demandeur vis-à-vis de ce fichier, que dans les conditions plus restrictives fixées par la loi du 6 janvier 1978 sous l'égide de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après CNIL).

Le problème résidait dans la définition de la notion de documents nominatifs qui n'est pas la même dans les deux dispositions législatives. La loi 6 janvier 1978 en donne une définition très extensive: « les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent ». Par exemple, des données statistiques agrégées à un niveau permettant même indirectement l'identification des personnes physiques sont donc des données nominatives selon la loi n° 78-17, mais pas selon la loi n° 78-753 <sup>1</sup>. Au contraire, la CADA en donne une interprétation plus restrictive, étant donné qu'elle ne recouvre que les documents « portant une appréciation personnelle ou incluant la description du comportement d'une personne ». C'est le cas, selon la CADA, pour les appréciations d'un jury détenues par une administration <sup>2</sup>. Ainsi, les deux textes ne partagent pas une définition identique du caractère nominatif d'un document. Une même information, par exemple le recensement du nom des titulaires de permis de construire sur le territoire d'une commune, pouvait obéir, suivant sa présentation, à des règles tout à fait différentes : librement accessible, si elle résultait d'une démarche empirique et prenait la forme d'un simple document papier, entrant ainsi dans le champ de la loi n° 78-753, elle était en revanche réservée aux seuls intéressés si elle relevait d'une base de données informatisée <sup>3</sup>. S'inspirant de l'interprétation donnée par la CADA, le Conseil d'État a écarté la possibilité de considérer la seule mention du nom comme suffisante pour conférer un caractère nominatif à un document administratif au sens de la loi du 17 juillet 1978 <sup>4</sup>. La situation était telle que certains documents étaient communicables au titre de la loi du 17 juillet 1978, mais ne l'étaient pas au titre de la loi 6 janvier 1978. De plus, selon le Conseil d'État, l'accès aux informations nominatives contenues dans un fichier était exclusivement régi par la loi du 6 janvier 1978 <sup>5</sup>. Ainsi, c'est le support de l'information et non son contenu ou sa nature, qui détermine le régime d'accès. Par conséquent, vu l'évolution de l'informatisation de

---

<sup>1</sup> CE 7 octobre 1998, Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales *Leb.* p. 355. concl. Jean-Denis Combexelle; rapport. Y. Gouin, *Petites Affiches* 26 juillet 1999, p. 19.

<sup>2</sup> Avis, CADA, 26 septembre 1991, Goupil.

<sup>3</sup> Rapport d'activité CADA 1999-2000. [www.cada.fr](http://www.cada.fr).

<sup>4</sup> CE 10 avril 1991, Commune de Louviers c/Mabire-Bex, *leb. tab.* p. 948. Voir aussi CE Sect. 30 mars 1990, Mme Deorge Boëtte, *Lebon* p. 85; *AJDA* 1990, obs. Xavier Prétôt, p. 553 dans lequel le Conseil d'État a refusé une interprétation extensive de la notion de document de caractère nominatif qui aurait limité considérablement le droit d'accès aux documents administratifs.

<sup>5</sup> CE, Ass., 19 mai 1983, Bertin, R., p. 208.

l'administration, beaucoup de données se trouvent regroupées dans des fichiers, et donc un nombre croissant d'informations administratives risquent donc d'être exclues du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978. En effet, l'application de cette jurisprudence impliquait que la CADA décline sa compétence lorsque les documents demandés sont issus d'un traitement informatisé d'un fichier comportant des informations nominatives<sup>1</sup>.

La mise en cohérence était nécessaire : elle a été réalisée comme précité par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, en attribuant des nouvelles compétences à la CADA en matière d'accès aux documents administratifs contenus dans un fichier. La loi du 12 avril 2000 par son article 5 insère dans la loi du 6 janvier 1978 un nouvel article 29-1. Désormais la loi du 6 janvier 1978<sup>2</sup> ne fait plus obstacle à l'application, au bénéfice des tiers, de la loi du 17 juillet 1978: les informations nominatives ne peuvent en effet être communiquées qu'à des tiers autorisés, habilités par la loi ou mentionnés comme destinataires dans la déclaration ou l'acte réglementaire autorisant le traitement.

Cette réforme a comme conséquence de rendre la Commission d'accès aux documents administratifs compétente pour donner un avis, en application de la loi du 17 juillet 1978, sur le caractère communicable aux tiers des documents administratifs résultant de traitements automatisés d'informations nominatives. Or depuis la loi du 6 août 2004 la notion de « données à caractère personnel » remplace celle de données nominatives conformément à celui proposé par la Directive 95/46/CE<sup>3</sup>. Quel que soit le support du traitement, un tiers pourra désormais demander la communication d'un document administratif contenant des informations nominatives (à caractère personnel) au sens de la loi du 6 janvier 1978 CNIL, mais non nominatives (non à caractère personnel) au sens de la loi du 17 juillet 1978<sup>4</sup>. Ce qui

---

<sup>1</sup> CADA avis du 6 juillet 1993, président de l'office d'HLM de la Seine-Saint-Denis.

<sup>2</sup> Cet article est devenu l'article 37 avec la Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés J.O n° 182 du 7 août 2004 p.14063, qui tend à adapter la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés aux dispositions de la directive européenne 95/46 CE du 24 octobre 1995 dont la France n'a pas assuré la transposition en droit interne dans les délais prévus. Il vise également à tirer les conséquences de l'application de la loi du 6 janvier 1978 depuis son entrée en vigueur.

<sup>3</sup> La Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, précité, modifie l'ordonnancement des articles de la loi conformément à celui proposé par la directive, substitue la notion de « données à caractère personnel » à celle de « données nominatives ». L'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est ainsi rédigé : «La présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers».

<sup>4</sup> DELAUNAY Bénédicte, «La loi du 1er avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration», op cit, p. 1204



signifie que les données contenues dans des fichiers nominatifs ( à caractère personnel) en vertu de la loi 6 janvier 1978, sont désormais accessibles dans les conditions de droit commun fixées par la loi du 17 juillet 1978, c'est-à-dire le cas échéant, après l'intervention de la CADA et non plus de la CNIL<sup>1</sup> .

La conséquence de cette modification est que le législateur a, par la loi du 12 avril 2000<sup>2</sup>, supprimé de la loi 17 juillet 1978 les mots «de caractère non nominatif». L'élément nominatif ( à caractère personnel) n'appartient donc plus qu'à la doctrine de la CNIL. Les documents nominatifs ( à caractère personnel) , au sens de la loi du 6 janvier 1978, sont ainsi désormais communicables en vertu de la loi du 17 juillet 1978, sous réserve que leur communication ne soit pas interdite en vertu du nouvel article 6 de la loi 17 juillet 1978 qui distingue les documents qui ne sont communicables à personne et ceux qui ne le sont qu'à l'intéressé<sup>3</sup>. La seule hypothèse selon laquelle les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 s'effacent au profit des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 est lorsque la demande d'accès à des informations ( à caractère personnel) nominatives contenues dans un fichier émane, non d'un tiers, mais de la personne concernée elle-même. Dans ce cas, c'est la loi du 6 janvier 1978, qui, sous l'égide de la CNIL, régit le droit d'accès aux fichiers (à caractère personnel) nominatifs, à l'exclusion des dispositions de la loi du 17 juillet 1978.

La notion de documents nominatifs disparaît au profit de celle de « documents non communicables ». Par conséquent, les documents administratifs ne sont communicables à l'« intéressé » que s'ils « portent une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable » ainsi que ceux « faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice »<sup>4</sup>. Ces critères peuvent cependant poser des problèmes d'interprétation. La CADA a estimé par exemple que la communication des notes de tous les étudiants d'un DEA constitue bien un document administratif au sens de la loi 17 juillet 1978 modifiée. Elle doit être cependant considérée comme « un document portant une appréciation ou un jugement de valeur sur personne physique, qui en application de l'article 6-II de la loi

---

<sup>1</sup> Cf. Sophie BOISSARD, «Accès aux documents administratifs: du droit à la pratique, quelques réflexions sur les acquis et les limites de la loi du 17 juillet 1978», *Cahiers de la Fonction publique*- mars 2001, p. 8- 13, spéc p. 10.

<sup>2</sup> Loi du 1er avril 2000, article 7.

<sup>3</sup> La CADA a été rapidement amenée à faire application de ces nouvelles dispositions. Ainsi elle a estimé qu'une demande formée par un syndicat, tendant à la communication d'informations nominatives contenues dans un fichier informatique, entrait bien désormais dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 modifiée. (Voir avis n° 20001647 du 29 mai 2000).

<sup>4</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, article 6 II alinéas 2 et 3.

précitée, n'est communicable qu'à chaque étudiant pour la seule partie qui le concerne »<sup>1</sup>. La définition d'« intéressé » elle non plus n'est pas facile. La personne doit-elle être directement concernée par le contenu d'un document administratif, ou par exemple des proches du titulaire du droit d'accès peuvent-ils être considérés comme des personnes intéressées (au sens du II de l'article 6)? Par ailleurs, les informations à caractère médical ou les articles<sup>2</sup> visées par le Code de la santé publique<sup>3</sup> disposent que « Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès »<sup>4</sup>.

Concilier la protection des données personnelles avec la transparence administrative était une nécessité. Le législateur français a suivi avec retard les dispositions de la Directive européenne 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données du 24 octobre 1995<sup>5</sup>, qui, dans le dernier considérant concernant les motifs, précise que la protection des données à caractère personnel doit tenir compte du principe du droit d'accès du public aux documents. L'ensemble de ces éléments montre que pour la personne désireuse d'accéder aux documents administratifs, il n'est pas facile de se retrouver dans les subtilités de ces deux textes de loi. Il faut ajouter à cela que la coexistence de plusieurs lois distinctes organisant des procédures différentes d'accès aux documents complique encore plus l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs, même si la loi du 12 avril 2000 a, sans faire disparaître les régimes spéciaux, élargi la compétence de la CADA au-delà du seul champ de la loi du 17 juillet 1978.

---

<sup>1</sup> Avis, CADA n° 20033840 du 25/09/2003, Président de l'Université Claude Bernard Lyon 1.

<sup>2</sup> Articles L. 1110-4 et L. 1111-7 du Code de la santé publique.

<sup>3</sup> Issus de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relatif aux droits des malades. Journal officiel du 5 mars 2002.

<sup>4</sup> Article L. 1110-4 Code de la santé publique.

<sup>5</sup> JOCE, L 281 du 23 novembre 1995; p. 31.

### **3 Un champ d'application élargi aux régimes spéciaux**

La coexistence de plusieurs lois distinctes organisant des procédures différentes d'accès aux documents constitue un problème majeur de l'efficacité du régime d'accès aux documents administratifs. Ainsi, à côté de la loi du 17 juillet 1978 subsiste un certain nombre de textes spéciaux. Cela peut constituer pour le demandeur une source de complications, surtout quand le régime général d'accès aux documents administratifs s'applique concurremment avec un régime spécial ou que le régime spécial prévaut sur le régime général.

Ainsi, l'accès aux listes électorales peut être communiqué soit en application du Code électoral<sup>1</sup> qui autorise «tout électeur, tout candidat et tout parti ou groupement politique» à prendre communication et copie de la liste électorale », soit en application de la loi du 17 juillet 1978. Pour le demandeur, même si la liste des bénéficiaires est plus limitée que celle de la loi du 17 juillet 1978, la première hypothèse est plus intéressante: il sera possible en effet d'obtenir l'intégralité de la liste, tandis que, si l'accès s'exerce à travers la loi du 17 juillet 1978, les mentions touchant à la vie privée des électeurs (adresses et dates de naissance) devront être occultées. Dans d'autres cas, le régime général s'efface devant le régime spécial, comme nous l'avons vu auparavant, avec la loi du 6 janvier 1978. Cette coexistence de plusieurs régimes a eu comme conséquence que, dans le cas de demandes d'avis portant sur l'accès aux documents régis par ces lois spéciales, la CADA a dû se déclarer incompétente pour connaître des demandes dont elle était saisie en raison d'une loi spéciale. Une remarque s'impose: dans ce maquis législatif que devient la transparence?

---

<sup>1</sup> Code électoral, article 28.

En vertu de la loi du 17 juillet 1978 modifiée<sup>1</sup>, la CADA peut être saisie en cas de refus de communication et donc dans le cadre d'un recours précontentieux, sur le fondement des articles, 6,7 et 8 de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives (abrogée par l'ordonnance n° 2004-178 du 20/02/2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine)<sup>2</sup>. Ainsi, les deux régimes continuent à coexister<sup>3</sup>. Cela peut constituer un problème important. La confidentialité garantie par la loi du 17 juillet 1978 montre ses limites, en vertu des dispositions du Code du patrimoine selon lequel les documents qui contiennent des « informations mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État, la défense nationale »<sup>4</sup> sont communicables à l'issue d'un délai de soixante ans à compter de la date de l'acte. Or cette règle ne se cumule pas avec les dispositions de la loi du 17 juillet 1978<sup>5</sup>. Ce qui signifie que toute personne peut obtenir la communication des documents administratifs touchant la sûreté nationale, la défense nationale ou la vie privée d'une personne en vie, sans que celle-ci ne puisse s'y opposer. Donc la possibilité d'accéder même aux données particulièrement sensibles<sup>6</sup> existe, alors que la loi du 17 juillet 1978 prévoit que les

---

1 Selon l'article 5-1 modifié par Loi 2002-303 2002-03-04 art. 14 JORF 5 mars 2002.

«La Commission d'accès aux documents administratifs est également compétente pour examiner, dans les conditions prévues aux articles 2 et 5, les questions relatives à l'accès aux documents administratifs mentionnés aux dispositions suivantes :

- l'article L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales ;
- l'article L. 28 du Code électoral ;
- le b de l'article L. 104 du livre des procédures fiscales ;
- l'article L. 111 du livre des procédures fiscales ;
- l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association et l'article 2 du décret du 16 août 1901 ;
- l'article 79 du Code civil local d'Alsace-Moselle ;
- les articles L. 213-13 et L. 332-29 du code de l'urbanisme ;
- l'article L. 1111-7 du code de la santé publique.»

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 , Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions nouvelles d'ordre administratif, social et fiscal, précité, nouvel article 5-1.

2 En vertu désormais de l'article L. 213-1 du Code du patrimoine, l'accès aux documents qui se trouvent dans les archives publiques n'est autorisé qu'à l'expiration d'un délai qui varie selon les cas de trente ans à compter de la date d'élaboration du document à cent cinquante ans à la naissance de l'intéressé pour les documents comportant des informations couvertes par le secret médical

3 La CADA peut être saisie aussi sur le fondement de l'article L. 2121-26 du Code général des collectivités territoriales, qui organise la communication des procès-verbaux des conseils municipaux, des budgets et des comptes des communes, de l'article L. 28 du Code électoral (liste électorale), de l'article L. 104 b et de l'article L. 111 du livre des procédures fiscales (rôle des impôts locaux, de l'impôt sur le revenu ainsi que sur les sociétés), de l'article 2 du décret du 16 août 1901 (statuts et déclaration des associations rendues publiques), des articles L.213-13 et L.332-29 du Code de l'urbanisme (registre des acquisitions faites par préemption et des contributions d'urbanisme)

4 Code du patrimoine, article, L. 213-2.

5 CE, Sect. 8 avril 1994, Ministre des affaires étrangères c/ Mme Jobez, Rec. Leb. , p. 178.

6 S. BOISSARD, «Accès aux documents administratifs»: op. cit. p. 12.

administrations n'ont pas à communiquer les documents ou les informations susceptibles de porter atteinte aux intérêts protégés par l'article 6 de cette loi<sup>1</sup>.

Dans le cas des documents concernant la sûreté de l'État, la défense nationale ou concernant les services du Premier Ministre ou le Président de la République, le délai est fixé à soixante ans. Cependant, l'administration des archives peut déroger au cas par cas; toutefois le service versant doit donner son accord<sup>2</sup>. Avec la loi du 12 avril 2000, la CADA peut désormais être saisie en vertu du nouvel article 5 de la loi du 17 juillet 1978<sup>3</sup>. Or, si la loi du 17 juillet 1978 organise la communication instantanée des documents des archives publiques dont la communication était libre avant leur dépôt aux archives publiques sans restriction d'aucune sorte à toute personne qui en fera la demande, au contraire, le sort des demandes concernant les documents qui ne sont pas directement accessibles, mais auxquels la CADA a donné un avis favorable, reste dans le flou. Pour ces documents, le Code du patrimoine organise une communication différée dans le temps<sup>4</sup>. L'administration des archives, qui est le Ministère chargé de la culture, peut autoriser la consultation des documents d'archives publiques avant l'expiration des délais prévus par le Code du patrimoine<sup>5</sup>, mais seulement après accord du service versant, ou pour les archives militaires, du Premier Ministre ou du Ministre de la Défense. En cas de refus, le rejet étant une décision discrétionnaire, le refus de dérogation n'a pas à être motivé. Le demandeur n'a donc pas la possibilité de connaître les motifs du rejet du service versant, il connaîtra seulement l'avis de la CADA qui est motivé. Or les avis de la CADA rendus sur le fondement des articles L. 213-1 L. 213- 2 et 213-3 en matière de dérogation ne sont pas contraignants. Ainsi, certaines administrations se montrent très réticentes à les suivre. C'est le cas du Ministère de la Défense qui, au cours de l'année 2002, n'a suivi aucun des avis favorables rendus par la CADA en matière d'archives<sup>6</sup>.

Dans le domaine de l'environnement, afin de transposer la Directive du 7 juin 1990, l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril<sup>7</sup> a créé un nouveau chapitre dans le Code de

---

<sup>1</sup> Les exceptions destinées à préserver des secrets feront l'objet du §3.

<sup>2</sup> Article L.213-3 du Code du patrimoine.

<sup>3</sup> Depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions et jusqu'au début 2004, la CADA a eu à connaître 168 demandes de dérogation fondées sur les dispositions de la loi du 3 janvier 1979. Le rapport de 1999-2000 de la CADA faisait état que les avis émis par la CADA étaient suivis par les administrations compétentes.

<sup>4</sup> Code du patrimoine, articles, L. 213-2 à L. 213-3.

<sup>5</sup> En vertu de l'article L. 213-3 Code du patrimoine

<sup>6</sup> Cf. S.BOISSARD, «Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000», op. cit. p. 1315.

<sup>7</sup> Ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001, Ordonnance relative à la transposition de directives communautaires et à la mise en oeuvre de certaines dispositions du droit communautaire dans le domaine de l'environnement, article 9.

l'environnement <sup>1</sup> consacré à la « liberté d'accès à l'information relative à l'environnement détenue par les autorités publiques ayant des responsabilités en matière d'environnement ». Or, selon le Code de l'environnement, le droit d'accès à l'information relative à l'environnement s'exerce dans « les conditions et selon les modalités définies au titre Ier de la loi n° 78-753 »<sup>2</sup>. Ainsi, l'accès à l'information relative à l'environnement s'exerce dans les conditions du régime général défini par la loi n° 78-753 et est donc limité aussi aux seuls « documents administratifs ». La notion de « document administratif » retenue par la loi française est plus restreinte que celle « d'information relative à l'environnement » au sens de la Directive 90/313/CEE du 7 juin 1990. Cette non conformité a été par ailleurs confirmée par la CJCE qui vient de condamner la France pour avoir manqué aux obligations en matière d'accès aux informations qui lui incombent en vertu de cette Directive. Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement<sup>3</sup> proclame que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques »<sup>4</sup>, ce qui signifie que le droit d'accès s'exerce encore dans les conditions et les modalités définies par le titre Ier de la loi du 17 juillet 1978. Si le projet de Charte est approuvé par référendum ou par le Parlement réuni en Congrès, le droit à l'information, même s'il reste limité à l'information relative à l'environnement, se trouvera, pour la première fois, reconnu comme un droit fondamental au niveau constitutionnel<sup>5</sup>. Sur le plan juridique, le fait que persistent différents régimes d'accès a comme conséquence que la « transparence s'apparente parfois à un véritable parcours d'obstacle pour un citoyen »<sup>6</sup>. Enfin, un certain nombre de documents restent largement exclus de tout droit d'accès, si bien que l'on peut parler d'une transparence administrative encore imparfaite.

### **§3 Une transparence administrative encore imparfaite**

---

1 Le Code a été adopté par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, Ordonnance relative à la partie législative du Code de l'environnement.

2 Code de l'environnement, article L. 124-1.

3 Texte voté par les deux assemblées du Parlement en termes identiques (Assemblée nationale, le 1er juin 2004 (texte adopté n° 301) et le Sénat, le 24 juin 2004 (texte adopté n° 102).

4 Charte de l'environnement, article 7.

5 L'accès à l'information environnementale fera l'objet du titre II de la partie I.

6 S.BOISSARD, « Accès aux documents administratifs », op. cit., p. 11.

Les limites du droit d'accès aux documents administratifs sont accentuées par le fait que sont exclus du droit d'accès un ensemble de documents non communicables (A) et un ensemble d'exceptions absolues (B).

## **A Les documents non communicables**

Les modifications apportées par la loi du 12 avril 2000 n'ont pas seulement permis l'amélioration du droit d'accès; elles sont aussi à la base de certaines mesures marquant un recul de la transparence. Sont en effet exclus du droit d'accès tous les documents qui ne sont pas considérés comme administratifs (1), à cela il faut ajouter les documents de caractère administratif pourtant exclus du droit d'accès (2).

### **1 Les documents non administratifs**

Les critères pour définir un document comme non administratif ont été renforcés par la loi du 12 avril 2000. Cette loi en effet a repris et même développé certaines précisions issues de la jurisprudence et incluses dans la liste des documents qui ne peuvent pas être communiqués, des documents émanant pourtant d'autorités accomplissant des missions administratives.

Pour la loi du 17 juillet 1978 (ancienne version), article 1<sup>er</sup>, seuls les avis du Conseil d'État et des tribunaux administratifs étaient considérés comme n'étant pas des documents administratifs. Suite à la loi du 12 avril 2000 ont été ajoutés comme n'étant pas des documents administratifs les avis de toutes les juridictions administratives. Les avis des Cours administratives d'appel<sup>1</sup> sont donc également exclus du droit d'accès. Les documents assimilés à des documents de nature juridictionnelle correspondent aux mesures d'instruction, rapports et diverses communications de la Cour des comptes mentionnée à l'article L.140-9 du Code des juridictions financières. La même règle s'applique aux documents (les propositions, les rapports et les travaux) des chambres régionales des comptes<sup>2</sup>. Au contraire, les avis budgétaires ou les lettres d'observations définitives sont soumis aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978<sup>3</sup>. Les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur

---

1 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ,Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal article 1, alinéa 2.

2 Mentionnés par l'article L.241-6 du même Code des juridictions financières.

3 Avis CADA n° 20010507 du 8 février 2001, Chambre régional des comptes de Rhône-Alpes.

de la République<sup>1</sup> sont aussi exclus du régime de communication ainsi que les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé visés à l'article L.710-5 du Code de la santé publique<sup>2</sup>. Le cas des documents de caractère administratif qui pourtant sont exclus du droit d'accès est plus étonnant. Enfin, les « documents réalisés par une autorité administrative dans le cadre d'un contrat de prestation de service »<sup>3</sup> pour le compte d'une ou de plusieurs personnes sont aussi exclus du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978. Depuis la loi du 12 avril 2000, les documents qu'une administration élabore à la demande d'un tiers comme simple prestataire de service privé sont ainsi exclus du droit d'accès. La Commission a estimé que cette exception couvre non seulement le ou les documents qui constituent la prestation réalisée en exécution d'un tel contrat de prestation de service, mais s'étend également aux différents documents se rapportant à l'exécution de ce contrat. Cela signifie que la lettre avec laquelle l'entreprise demande à l'administration de réaliser la prestation de service, et l'éventuelle réponse écrite de l'administration à cette demande, comme toute correspondance échangée dans le cadre de l'exécution du dit contrat, sont exclues du droit d'accès<sup>4</sup>.

## **2 Les documents de caractère administratif pourtant exclus du droit d'accès**

Les documents des Assemblées parlementaires, même lorsque le document demandé se rapporte à l'activité purement administrative de ces autorités, sont ainsi exclus du droit d'accès aux documents. Ceci apparaît comme étant particulièrement paradoxal: alors que le pouvoir législatif a été à l'initiative de ce droit d'accès aux documents et à su imposer aux autorités administratives la transparence, il refuse de l'appliquer à lui-même.

Or le juge administratif avait fait une distinction selon la nature de l'acte<sup>5</sup> et n'avait pas exclu complètement les documents administratifs du droit d'accès. La CADA s'est elle aussi exprimée dans ce sens. Selon cette dernière, si le document concerne l'activité

---

1 A la suite du refus opposé à une demande de communication de la copie des courriers échangés par le Médiateur avec les services concernés (ASSEDIC, mairie de Charly, centre de gestion de Lyon...) concernant l'instruction du dossier de la personne demandeur. La Commission a rappelé qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par celle du 12 avril 2000, «ne sont pas considérés comme documents administratifs au sens de ladite loi les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République», avis CADA n° 20020441 du 7 02/2002.

<sup>2</sup> Article 7, 2 alinéa loi du 12 avril 2000-321, cit.

<sup>3</sup> Article 2, deuxième alinéa, de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par celle du 12 avril 2000.

<sup>4</sup> Avis, CADA, n° 20041840 du 29/04/2004 directeur des relations économiques extérieures (DREE).

<sup>5</sup> CE, Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, AJDA, 1999, p. 460, chron. F. Raynaud et P. Fonbeur, p. 401.



parlementaire, c'est-à-dire lorsqu'il se rapporte à l'élaboration des textes ou à la mission de contrôle dévolu au Parlement, ce document n'a pas de caractère administratif<sup>1</sup>. Au contraire, lorsque les documents se rapportaient à l'organisation et au fonctionnement des services des Assemblées, la CADA estimait qu'il s'agissait bien de document administratif et donc entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978<sup>2</sup>.

Or la loi du 12 avril 2000<sup>3</sup> a remis en cause cette interprétation. C'est désormais l'ensemble des documents émanant des Assemblées qui échappe au champ d'application de la loi du 17 juillet 1978<sup>4</sup>

Au contraire, le législateur n'a pas tenu compte de la jurisprudence du juge qui ne considère pas comme des documents administratifs les documents juridictionnels qui relèvent de l'autorité judiciaire, comme par exemple les documents notariés (sauf les archives publiques pouvant être communiquées au-delà d'un délai de 100 ans, les documents d'état civil<sup>5</sup>, et les documents qui ne relèvent pas d'une activité de service public<sup>6</sup>). Le rapport d'activité de la CADA de 2002 montre que plus d'un cas sur deux des avis défavorables tient au fait que le document contient des informations protégées par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, et il s'agit le plus souvent de secrets à opposer aux tiers<sup>7</sup> et non des secrets absolus qui vaudraient à l'égard de toute personne<sup>1</sup>. Néanmoins les exceptions absolues prévues par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 constituent un obstacle pour la personne intéressée à obtenir communication d'un document administratif, mais aussi pour le juge.

## **B Les exceptions absolues au droit d'accès aux documents administratifs**

---

<sup>1</sup> Avis, CADA n° 19961650, du 23 mai 1996, Président de l'Assemblée nationale.

<sup>2</sup> Avis, CADA n° 19960006 du 18 janvier 1996, Président de l'Assemblée nationale.

<sup>3</sup> «Ne sont pas considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, les actes des Assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 140-9 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même code, les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique et les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 (n° 2000-1257 du 23 décembre 2000)». <sup>7</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, article 1er, alinéa 3.

<sup>4</sup> Ainsi désormais la CADA précise qu'aux termes de l'article premier de la loi du 17 juillet 1978 (modifiée), les actes des Assemblées parlementaires ne sont pas considérés comme des documents administratifs au sens de cette loi Avis, CADA n° 20010580 du 8/02/2001, Président de l'Assemblée nationale (service du personnel).

<sup>5</sup> CE, 9 fév. 1983, Bertin, req. n° 34650, *AJDA* 1983, p. 431.

<sup>6</sup> CE, 8 juillet 1988, Fédération de la mutualité agricole d'Ile de France, CE, 6 juin 1986, Ordre des avocats au barreau de Pontoise, *R.*, p. 159.

<sup>7</sup> Article 6-II de la loi du 17 juillet 1978.

Les catégories des secrets protégés ont été reformulées pour tenir compte de l'interprétation qu'en avait donnée la CADA sous le contrôle du juge administratif. Cela dit, la formulation de ces catégories de secret est très vague (1) et en particulier le secret de la défense nationale constitue un moyen très efficace pour faire obstacle au droit d'accès aux documents administratifs (2).

## **1 Une formulation très vague des catégories de secret**

L'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 a fait réserve, pour définir le champ de la transparence, d'un certain nombre de catégories de secrets publics et privés. Ainsi ne sont pas communicables les documents administratifs dont la communication porterait atteinte : «

au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif;

au secret de la défense nationale et à la conduite de la politique extérieure de la France ;

à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes<sup>2</sup> ;  
à la monnaie et au crédit public;

au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires;

à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;

à la recherche, par les services compétents, des infractions et douanières ;

ou , de façon générale, aux secrets protégés par la loi.

Enfin parce que leur divulgation est de nature à porter atteinte à un tiers, il n'est donc communicable qu'à l'intéressé en application de l'article 6-II de la loi du 17 juillet 1978.

Le secret constitue un obstacle non seulement pour la personne intéressée à obtenir communication d'un document administratif, mais aussi pour le juge qui, s'il peut requérir la production de tous les documents, rencontre une limite dans ceux qui sont couverts par le secret garanti par la loi<sup>1</sup>.

Que faut-il entendre par: la diffusion porterait atteinte «de façon générale, aux secrets protégés par la loi»? Un tel motif se borne à opérer un simple renvoi à « la loi », sans autre précision. Ainsi, le motif est libellé de manière si générale qu'il n'apparaît pas de façon claire

---

<sup>1</sup> Cf . CADA, Rapport d'activité 2002, p. 21.

<sup>2</sup> La sécurité des personne a été ajoutée par la loi du 1er avril 2000.

quelles sont les hypothèses visées. Ces secrets constituent un obstacle infranchissable pour l'intéressé demandant la communication d'un document couvert par un de ces secrets. La CADA par ailleurs a très clairement donné son avis dans ce sens<sup>2</sup>. Parmi les secrets les plus difficiles à percer et à cerner se trouve le « secret de la défense nationale ».

---

<sup>1</sup> CE 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, rec p. 464.

<sup>2</sup> La CADA relève en effet que si le document demandé est couvert par le secret des délibérations du gouvernement protégé par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, la Commission émet un avis défavorable à la communication, avis n ° 20000168, du 06/01/2000.

## 2 Le secret de la défense nationale comme moyen efficace pour faire obstacle au droit d'accès aux documents administratifs

Dans « le domaine de la défense, tout, volontiers, est considéré comme devant être couvert par le secret »<sup>1</sup>. Le secret défense constitue une notion dont le contenu a toujours été flou et extensible. Les autorités gouvernementales en fixent discrétionnairement le contenu et les limites selon les besoins de leur politique et selon les circonstances. Le droit français ne fournit aucune définition *ratione materiae* des informations qui peuvent ou doivent tomber sous le coup du secret de la défense nationale. Le secret défense constitue ainsi un moyen très efficace pour préserver l'exécutif de la curiosité de l'opinion publique, mais aussi des demandes d'information provenant du pouvoir législatif et judiciaire. Conformément à l'article 6 de l'ordonnance de 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, le secret « concernant la Défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'État » est une exception au pouvoir de communication et d'investigation des commissions parlementaires<sup>2</sup>. Au niveau juridictionnel, il n'existe aucun texte qui permette au gouvernement de refuser la communication d'informations classées mais c'est une pratique<sup>3</sup> reconnue et confirmée par les juridictions judiciaires<sup>4</sup> et administratives<sup>5</sup>.

C'est seulement avec le Nouveau Code pénal de 1994<sup>6</sup> et l'institution d'une autorité administrative indépendante<sup>1</sup>, la « Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale » ( ci-après CCSDN ) en 1998, que le pouvoir exécutif voit son pouvoir

---

<sup>1</sup> J. ROBERT, «Le secret défense» in *Secret et démocratie, Colloque Droit et démocratie*, la Documentation française, Paris 1997 p. 21-31 , spéc. 21.

<sup>2</sup> Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 modifiant l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, en vue de préciser les moyens d'action des Commissions d'enquête et de contrôle, *JORF*, 20 juillet 1970.

<sup>3</sup> Cf. Bertrand Warusfel , transparence et secret administratif», Cahier de la Fonction publique, mars 2001, p. 4 et sv.

<sup>4</sup> La chambre d'accusation de Paris a reconnu pour un ministre d'opposer le secret Défense nationale aux investigation d'un juge d'instruction, voir dans ce sens l'arrêt concernant l'affaire des micros du *Canard Enchaîné*, Paris Chambre d'accusation, 21 mai 1975, n° 510/75.

<sup>5</sup> Le juge administratif a, dès 1955, affirmé l'impossibilité pour le juge d'enjoindre la production d'informations ou de documents classifiés. CE, Secrétaire d'État à la Guerre c/ Coulon, 11 mars 1955, Rec. , RDP, 1955. p. 995, conclu.Grévisse; *D.* , 1955, J.p. 555, note Soto&Léauté; *AJDA*, 1955, IIp. 181, note Long.

<sup>6</sup> Loi n° 94-89 du 1er février 1994 art. 9 Journal officiel du 2 février 1994 en vigueur le 1er mars 1994.

discrétionnaire en matière de secret défense pour la première fois en partie encadré. Le nouveau Code pénal impose ainsi aux autorités publiques de respecter un critère formel et un critère matériel dans la classification<sup>2</sup> d'une information<sup>3</sup>.

«Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion. Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale.»<sup>4</sup>

Ainsi, l'administration publique n'a plus la possibilité de déclarer secrètes *a posteriori* des informations qui n'ont pas fait l'objet de mesures de protection à l'époque de l'adoption de l'information. Au niveau du critère matériel, l'article précité précise que seules les informations (sur tout support) ayant un «contenu pouvant nuire à la défense nationale ou qui pourraient conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale peuvent être classifiées». Cela signifie que le contenu de l'information doit justifier la protection.

La création par la loi du 8 juillet 1998<sup>1</sup> de la CCSDN n'a pas signifié la fin du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif en matière de secret de Défense, ni l'institution d'un véritable contrôle juridique du secret défense. Cependant, la communication des documents faisant l'objet d'une classification en application de l'article 413-9 du nouveau Code pénal est désormais exclusivement régie par les dispositions de la loi du 8 juillet 1998. Antérieurement à l'intervention de la loi du 8 juillet 1998, la CADA était compétente en vertu de son pouvoir général d'appréciation en matière de communication, et décidait ou non de la communication d'un document classifié. Cependant elle n'avait pas l'accès aux documents classés, dans la mesure où le Ministère de la Défense considérait que les membres de la CADA n'étaient pas

---

<sup>1</sup> Cependant les crédits nécessaires à la Commission pour l'accomplissement de sa mission sont inscrits au budget des services du Premier Ministre.

<sup>2</sup> Il existe trois niveaux de classification définis par le décret du 17 juillet 1998: « très secret défense», « secret défense», et «confidentiel défense»

<sup>3</sup> V. notamment Bertrand WARUSFEL, « Transparence et secret administratif» Cahier de la fonction publique, mars 2001, p. 3-8, spéc. p. 6., F. GAUDIN, Le secret de la Défense nationale en droit français, thèse, université Grenoble II, pp. 66-70.

<sup>4</sup> Selon l'article 413-9 du nouveau Code pénal de 1994.

habilités à consulter des documents classés. Ainsi, la CADA est depuis incompétente pour se prononcer sur les demandes de communication de documents classifiés secret défense<sup>2</sup>. Pour l'intéressé, ceci signifie qu'à défaut de pouvoir saisir la CCSDN directement, il doit saisir le juge administratif qui, lui, pourra par l'intermédiaire de l'autorité administrative compétente saisir la CCSDN.

L'intéressé peut par ailleurs invoquer la loi sur l'informatique et les libertés, qui prévoit un accès indirect du citoyen aux traitements automatisés intéressant la défense, par l'intermédiaire d'un membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Mais cette dernière se limite à constater le caractère communicable ou non des informations en cause. Le secret défense nationale ne peut être opposé à la CNIL, mais il est seulement notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications. Aucune information sur le contenu du document n'est ainsi communiquée au requérant.

Comme la CADA et la CNIL, la CCSDN<sup>3</sup> fait partie des autorités administratives indépendantes destinées à apprécier uniquement l'opportunité de communiquer à certaines juridictions des informations classées. Ainsi, elle exerce une activité non juridictionnelle mais purement consultative. Elle constitue un filtre entre la demande du juge et la décision gouvernementale. Il n'y a donc pas de dialogue entre l'usager et la CCSDN, mais uniquement entre le juge français et la CCSDN<sup>4</sup>. En outre, le juge est obligé de passer par l'intermédiaire du ministre concerné<sup>5</sup> pour poser une demande de déclassification à la CCSDN<sup>6</sup>. Étant donné que la CCSDN n'a qu'une fonction consultative, c'est finalement laisser à l'État la liberté de la décision finale. Mais le pouvoir principal de la Commission est sans doute l'obligation faite à l'Administration de laisser les membres de la Commission « connaître toute information classée »<sup>7</sup>. La loi prévoit que la Commission, tout en étant astreinte au respect du secret de la

---

<sup>1</sup> Loi n°98-567 du 8 juillet 1998, instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, *JORF*, 9 juillet 1998, p. 10488. Pour un commentaire sur cette loi, voir notamment Marc Guillaume, « La réforme du droit du secret de la Défense nationale » *RFDA*, 14 (6), novembre - décembre 1998, pp. 1223-1230.

<sup>2</sup> Avis, CADA, n° 20010012 du 08/03/2001, Ministre de la Défense (direction de la protection et de la sécurité de la défense en Polynésie française).

<sup>3</sup> La Commission comprend cinq membres, un député désigné par le Président de l'Assemblée Nationale, un sénateur désigné par le Président du Sénat, un président, un vice-président et un membre choisis par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes.

<sup>4</sup> L'article premier précise que « L'avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale est rendu à la suite de la demande d'une juridiction française ».

<sup>5</sup> Conformément à l'article 4, alinéa 3 de la loi du 8 juillet 1998, le ministre est obligé de « saisir sans délai la Commission consultative du secret de la défense ».

<sup>6</sup> Article 4 loi n° 98-567 du 8 juillet 1998.

<sup>7</sup> Article 5 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1998.

défense nationale, émet un avis qui est transmis à l'Administration. Celle-ci a obligation de transmettre « le sens de l'avis » à la juridiction concernée et de le publier au Journal officiel de la République française<sup>1</sup>. Le sens de l'avis peut être « favorable à une déclassification partielle ou défavorable à une déclassification »<sup>2</sup>.

Ainsi, si le législateur choisit de laisser au pouvoir exécutif la liberté de suivre ou pas l'avis émis par la CCSDN, il n'est toujours pas possible de vérifier si le ministre de la Défense ne fait pas une utilisation abusive du droit de classification, étant donné qu'aucun organe, pas même la CCSDN, n'est compétente pour vérifier de l'opportunité de la classification d'un document décidé par le ministre. Ceci montre toutes les limites de cette réforme: n'aurait-il pas fallu oser donner plus de pouvoirs à la CCSDN afin qu'elle ait la possibilité « de recommander la communication à titre confidentiel d'une information non déclassifiée »<sup>3</sup> et même d'obliger la déclassification d'une information ? Cette réforme prudente semble montrer encore que l'État n'est pas encore prêt à renoncer à la confidentialité, ce qui serait nécessaire pour rendre une société moderne réellement transparente et démocratique.

Même si la loi du 17 juillet fait que la France offre aujourd'hui, dans le domaine du droit d'accès à l'information, l'image d'une législation largement établie, un ensemble de lois qui garantissent un droit d'accès à l'information et une administration plus accessible et plus transparente pour le citoyen, ce dernier se trouve ainsi encore devant un mur difficilement franchissable et dans certains cas tout à fait infranchissable. De plus, le droit d'accès à l'information administrative n'est pas encore affirmé comme une transparence réelle, mais se trouve encore en partie dans une forme de transparence formelle et se heurte au refus de l'administration de rendre son activité vraiment transparente. Le problème de principe que pose l'affirmation de ce droit à la transparence est qu'il se heurte, d'une part, toujours à l'une des traditions administratives les plus affirmées, celle du droit de l'administration au secret présente dans tous les systèmes juridiques étudiés (français, allemand et italien et communautaire) et, d'autre part, à des problèmes pratiques de mise en œuvre du droit d'accès.

---

<sup>1</sup> Article 8 loi du 9 juillet 1998.

<sup>2</sup> Selon le rapport de la Commission consultative du secret défense nationale, entre février 1999 et août 2001, la CCSDN a rendu vingt-trois avis parmi lesquels on trouve : seize avis favorables à une déclassification, six avis défavorables, un avis classé sans suite. Cependant aucune information n'existe sur les suites données par l'administration à ces avis.

<sup>3</sup> Bertrand Warusfel, *Transparence et secret administratif*, op. cit. p. 7.

## **C Les problèmes de mise en œuvre pratique du droit d'accès aux documents administratifs**

Le Président B. Lasserre se demandait si, six ans après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1978, « l'administration (était) vraiment plus transparente »<sup>1</sup>. La question est toujours d'actualité, même si la loi du 12 avril 2000 a permis d'améliorer les modalités pratiques de communication des documents administratifs (1). Or, l'absence d'un mécanisme original permettant de faire sanctionner les manquements aux obligations de transparence (3) constitue un obstacle à l'efficacité du droit d'accès. Enfin l'activité de la CADA permet de constater que l'administration publique n'a pas su abandonner complètement sa culture de la confidentialité (3), et n'a pas hésité à prolonger de vieilles habitudes de confidentialité.

### **1 Les modalités pratiques de communication des documents administratifs**

Le rapport de la CADA de 1984 affirmait qu'il était « indéniable » que la loi du 17 juillet 1978 était « de mieux en mieux connue des Français et de moins en moins ignorée des administrations ». Or la réalité montre encore aujourd'hui que l'utilisateur désireux d'obtenir la communication de documents administratifs doit faire face à une administration encore souvent réticente, alors que la loi du 17 juillet 1978 permet à l'administré de demander à l'administration de communiquer un document sans qu'il soit nécessaire que la demande de consultation soit motivée. Le fait de ne pas obliger l'administré à fournir des indications ou des explications sur les raisons de sa demande d'accès permet que la simple curiosité suffise pour invoquer le bénéfice de la loi<sup>2</sup>.

La loi ne spécifie pas qu'une demande d'accès à un document administratif doit prendre la forme d'une demande écrite. Néanmoins, la CADA recommande aux usagers cette modalité, car, en cas de refus de communication opposé par l'administration, la production de la photocopie de la demande datée fait foi et initie les délais de recours devant la Commission et le tribunal administratif<sup>3</sup>. C'est donc une garantie plus qu'une obligation pour l'administré, car l'administration est libre de satisfaire une demande orale d'accès à des documents communicables.

---

<sup>1</sup> B. LASSERRE, *Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978: une administration plus transparente?*, Etudes et documents du Conseil d'État, 1983, n° 35, p. 99 et s.

<sup>2</sup> CE, 21 juillet, 1989, Assoc. SOS Défense et Bertin: Rec. CE, tables p. 687.

<sup>3</sup> 3ème rapport d'activité 1984 CADA, concernant la période sur les années 1982-1983.



Jusqu'à l'intervention de la loi du 12 avril 2000, la communication d'un document pouvait se faire soit en consultant sur place le document, soit en obtenant une photocopie moyennant le paiement d'un prix. Depuis la loi du 12 avril 2000, le demandeur peut obtenir le document demandé sur un autre support que le support papier: le demandeur est libre de déterminer la forme sous laquelle il souhaite obtenir la communication du document. Concernant un document administratif existant sur support informatique, la CADA précise que ce document peut être communiqué à travers Internet « dans la mesure où l'administration en dispose sur support informatique et qu'elle est connectée au réseau ». Il faut ajouter à ceci que le décret n°2001-493 du 6 juin 2001 indique notamment que le demandeur peut obtenir outre une copie sur papier, une copie numérique sur support informatique identique à celui utilisé par l'administration ou se la voir adressée par courrier électronique. La CADA en effet considère que le fait d'avoir obtenu une copie sur papier d'un document ne fait pas obstacle à ce que soit remise une copie sur disquette au demandeur <sup>1</sup>. La communication à travers les moyens informatiques (internet) présente des avantages, permettant facilement à l'administration la communication de documents volumineux et à l'utilisateur l'utilisation du document obtenu. La réutilisation des documents est facilitée. Or, il n'est pas exclu que le demandeur réutilise pour des fins commerciales ces documents, même si l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 l'interdit formellement. La CADA n'a pas hésité à rappeler dans ses avis que la loi du 17 juillet 1978<sup>2</sup> exclut la possibilité de reproduire, diffuser ou utiliser à des fins commerciales les documents obtenus,<sup>3</sup> mais faute de sanction adéquate, ceci reste plus une déclaration de principe qu'une règle contraignante.

Initialement, la loi du 17 juillet 1978 prévoyait que la délivrance d'une copie d'un document pourrait se faire à titre onéreux, sans que les frais puissent excéder « le coût réel des charges de fonctionnement »<sup>4</sup>. La loi du 12 avril 2000 a modifié cette disposition: ainsi les frais demandés, quelle que soit la forme de la reproduction, ne pourront « excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Avis de la CADA du 27 juillet 2000, n° 20002718.

<sup>2</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, précité, article 10.

<sup>3</sup> Conseil CADA, n° 20040274 du 05/02/2004.

<sup>4</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, précité, article 4.

<sup>5</sup> Article 4 loi du 17 juillet 1978, modifié par Loi 2000-321 2000-04-12 art. 7 JORF 13 avril 2000.

En revanche, la demande doit être précise, le demandeur doit donner une description simple du document demandé et indiquer quel service pourrait le détenir<sup>1</sup>. Si la demande est trop vague, l'administration n'est pas obligée de satisfaire<sup>2</sup>. La CADA s'est exprimée aussi dans ce sens: elle déclare irrecevables les demandes qui sont trop imprécises pour pouvoir être satisfaites, compte tenu de la trop grande difficulté dans laquelle les services se trouvent pour savoir quels sont les documents susceptibles de correspondre à la demande<sup>3</sup>. Si la demande est au contraire précise, l'administration doit la satisfaire.<sup>4</sup> Enfin, l'obligation de l'administration de signaler les documents administratifs n'est pas négligeable (article 9 de la loi 17 juillet 1978). Cette obligation permet au demandeur d'une part de connaître l'existence des documents, d'autre part de les situer afin de présenter une demande précise. Elle facilite donc la tâche du demandeur<sup>5</sup>. Le décret du 28 novembre 1983<sup>6</sup>a permis l'amélioration de la situation juridique du particulier, à travers la suspension des délais à la suite de demandes adressées à une autorité incompétente, et la nécessité d'un accusé de réception délivré par l'administration. Or l'administration n'était pas compétente pour transmettre au bon service la demande d'accès. L'article 20 de la loi du 12 avril 2000 impose désormais à toute autorité administrative saisie d'une demande d'accès alors qu'elle est incompétente de transmettre la demande à l'autorité compétente, sans que cette erreur du choix de l'autorité administrative puisse faire obstacle à l'écoulement du délai dans lequel la demande doit être examinée. Cela signifie que si la demande d'accès a été adressée à un service qui ne détient pas le document demandé, il sera quand même considéré comme transmis au service compétent<sup>7</sup>. Par conséquent, faute de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande au service incompétent, le demandeur pourra demander à la CADA d'intervenir, indépendamment du fait que le service ait ou non été saisi.

Cela ne fait pas obstacle à ce qu'après une réponse positive de l'administration à une demande d'accès, la communication de documents nombreux ou volumineux puisse être

---

<sup>1</sup> CE, 21 juillet, 1989, Assoc. SOS Défense et Bertin: Rec. CE, tables p. 687.

<sup>2</sup> CE, 26 févr. 1992, Blanchet: Rec. CE, tables p. 986- 31 mars 1995 Le Chaton, req; n° 146159.

<sup>3</sup> Cf.CADA, *Rapport d'activité 2002*, op. cit p. 20.

<sup>4</sup> CE, 10 avril. 1991, Cne Louviers c/Mabire-Bex: Rec. CE, tables p. 948; *Dr. adm.* 1991, comm. n° 263.

<sup>5</sup> CE, 19 juill. 1991, Darvennes et Delarue : *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan.dr. adm. p. 60.

<sup>6</sup> Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, J.O. 1983, pp. 3492 et sv.

<sup>7</sup> Le décret du 28 novembre 1983 prévoit la suspension du délai à la suite de demandes adressées à une autorité incompétente. Le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001, pris en application de la loi du 12 avril 2000, prévoit que, lorsqu'une demande est adressée à l'administration, celle-ci doit faire l'objet d'un accusé de réception délivré par l'administration; celui-ci doit contenir une indication des délais et des voies de recours, et informer

retardée. La CADA en effet considère que la communication des documents peut être étalée dans le temps en fonction des moyens disponibles, de manière à rester compatible avec le fonctionnement des services<sup>1</sup>. Lorsqu'une personne rencontre des difficultés pour obtenir la communication d'un document administratif, la situation est plus délicate.

Si ces lois sur la transparence administrative représentent une innovation particulièrement intéressante pour le citoyen habitué à se trouver dans une situation de subordination par rapport à l'administration, on peut regretter que la loi du 17 juillet 1978 et la loi du 6 janvier 1978 ne garantissent pas un mécanisme original permettant de faire sanctionner les manquements aux obligations de transparence<sup>2</sup>.

## **2 L'absence d'un mécanisme original permettant de faire sanctionner les manquements aux obligations de transparence**

Le décret du 28 novembre 1983<sup>3</sup> prévoyait que l'administration est tenue d'accuser réception des demandes dont elle est saisie. Par cet accusé de réception, l'administration doit obligatoirement indiquer le service ou l'agent chargé de l'instruction, les délais de décision implicite d'acceptation ou de rejet, et les délais et voies de recours contre une éventuelle décision implicite de rejet.

Ainsi, l'usager qui veut faire sanctionner les manquements aux obligations de transparence a comme unique moyen les voies de recours ordinaires devant le juge administratif ou, dans le cas de la loi informatique et liberté, devant le juge répressif. Ce contrôle juridictionnel s'exerce *a posteriori*, mais peut, dans certains cas précis, être complété par une intervention préventive du juge.

Pour garantir l'exercice du droit à l'information des administrés, le législateur a prévu la création de deux autorités administratives indépendantes, la CNIL par la loi du 6 janvier 1978<sup>4</sup> et la CADA par la loi du 17 juillet 1978<sup>5</sup>. La saisine de la Commission d'accès aux

---

l'intéressé qu'après expiration d'un délai déterminé, une demande est considérée comme rejetée et que cette décision implicite de rejet peut être alors être attaquée par la voie judiciaire.

<sup>1</sup> Cf. Conseil CADA n° 20012252 du 14/06/2001 Mairie de Cogny.

<sup>2</sup> Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, Presse universitaire de France, op cité p. 86.

<sup>3</sup> Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, J.O. 1983, pp. 3492 et sv.

<sup>4</sup> Le rôle de la CNIL sera au centre de l'étude relative à l'accès personnel à l'information.

<sup>5</sup> C'est le décret du 6 décembre 1978 qui détermine la composition et le fonctionnement de la CADA. Alors qu'elle a le statut d'une autorité administrative indépendante, un représentant du Premier Ministre figure

documents administratifs est obligatoire préalablement à tout recours contentieux sous peine d'irrecevabilité (a), mais si l'avis rendu par la CADA, favorable au droit d'accès, n'a pas incité l'administration à ne pas persévérer dans son refus, le recours contentieux devant le juge administratif constitue le stade ultime du moyen d'action de l'intéressé pour obtenir la communication du document demandé (b).

### **a La saisine obligatoire de la Commission d'accès aux documents administratifs en cas de refus ne garantit pas un droit d'accès effectif**

C'est la Commission sénatoriale des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, qui créa la Commission d'accès aux documents administratifs<sup>1</sup>. Elle a comme fonction principale d'assurer l'exercice du droit d'accès. Ses pouvoirs sont cependant limités, dénués de tout pouvoir de décision. Son rôle principal est d'émettre des avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui rencontre des difficultés pour obtenir la communication d'un document administratif. Elle a comme deuxième fonction de donner des « conseils » lorsqu'elle est sollicitée par une autorité compétente sur toute question relative à l'application de la loi.

La doctrine juridique considère que la CADA a été une réussite et qu'elle a acquis progressivement le respect des administrations et l'estime du public. Cela dit, elle a adopté une attitude plus incitative que coercitive, faute de moyens véritables pour être une autorité administrative indépendante et puissante, capable de contrôler que le droit d'accès soit effectivement mis en œuvre par les autorités publiques.

La saisine de la Commission d'accès aux documents administratifs est obligatoire préalablement à tout recours contentieux sous peine d'irrecevabilité<sup>2</sup>. Cependant, ce n'est qu'en cas de refus, total ou partiel (écrit et motivé) ou implicite de communiquer le document

---

néanmoins parmi ses membres. Les autres membres sont un membre du Conseil d'État, un magistrat de la Cour de cassation, un autre de la Cour des Comptes, un député et un sénateur, un membre d'un Conseil général ou d'un Conseil municipal, un professeur de l'enseignement supérieur, le directeur général des archives de France, le directeur de la documentation française.

<sup>1</sup> Rapport J. Thyraud au nom de la Commission, Doc. Sénat, 1978, n° 378, p.25 et sv.

<sup>2</sup> C'est bien une particularité de cette loi, car contrairement aux lois du 6 janvier 1978 et 11 juillet 1979, celle-ci ne prévoit aucune organisation particulière concernant les modalités d'exercice de recours pour excès de pouvoir. Les refus d'accès à des fichiers d'informations nominatives opposés par les administrations publiques peuvent, comme toute décision, faire objet d'un recours pour excès de pouvoir dans les deux mois qui suivent soit la notification du refus, soit la naissance d'un refus tacite dans le cas où l'administration a gardé le silence sur la demande pendant quatre mois.

demandé que l'intéressé peut solliciter l'avis de la CADA. Cette règle est d'origine jurisprudentielle<sup>1</sup> figurant dans le décret du 28 avril 1988, et que la loi du 12 avril 2000 a ajoutée dans l'article 5 de la loi 17 juillet 1978.

Cela signifie que la CADA ne peut pas être saisie d'une demande de communication d'un document. Cette demande doit d'abord être adressée à l'administration qui le détient. Sa fonction d'instance de recours obligatoire pour les usagers qui rencontrent des difficultés pour accéder aux documents administratifs est positive lorsque son avis incite l'administration à permettre la communication du document initialement refusé. En effet, la CADA a surtout une fonction de médiation, qui a comme but de régler les litiges par la voie amiable entre usagers et administration. Le seul pouvoir de sanction que possède la CADA est la possibilité de dénoncer publiquement dans ses rapports d'activité (publiés tous les deux ans) les administrations qui ont eu un comportement contraire à la transparence administrative garantie par la loi 17 juillet 1978.

La loi du 17 juillet 1978 ne prévoit pas de délai pour répondre à la demande de communication d'un document, mais le décret n° 88-465 du 28 avril 1988 dispose, dans son article 2, que « le silence gardé pendant plus d'un mois par l'autorité compétente (...) vaut décision de refus ». En cas de refus exprès ou tacite, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus ou de l'expiration du délai fixé par le premier alinéa de l'article 2 du décret n° 88-465 pour saisir la CADA<sup>2</sup>.

Par la procédure d'instruction, la CADA peut demander la communication qui a été refusée du document. Le décret du 6 décembre 1978<sup>3</sup> oblige les administrations et les organismes soumis à la loi de « lui communiquer tous documents utiles et de lui apporter les concours nécessaires »<sup>4</sup>.

Ainsi, la CADA peut effectuer des enquêtes sur place nécessaires à leur accomplissement, prescrire un délai déterminé aux administrations ou aux collectivités soumises aux dispositions de la loi 17 juillet 1978 pour produire tout document ou information utile. Mais l'exercice de ces pouvoirs rencontre un frein dans la nécessité de

---

<sup>1</sup> C.E. 19 fév. 1982, Mme Commaret, D. 1983, p. 24 note J. Laveissière. - 22 juin 1983 Roujansky, D.adm. 1983, n. 314.

<sup>2</sup> La durée du traitement des affaires par la CADA est particulièrement intéressante: en 1989, elle était de 37,6 jours et en 2002, de 42,4 jours. Donc bien au-delà du délai d'un mois imparti à la CADA par le décret du 28 avril 1988. Cf. CADA, Rapport d'activité 2002, p. 24.

<sup>3</sup> Décret n° 78-1136 du 6 décembre 1978 relatif à la Commission d'accès aux documents administratifs, Journal officiel 7 décembre 1978.

<sup>4</sup> Article 2 décret n° 78-1136.

respecter le secret <sup>1</sup>. Dans ce cas, ses pouvoirs d'instruction et d'investigation sont restreints. En effet, dépourvue de pouvoir d'injonction, elle est confrontée aux réticences de l'administration et doit se limiter à demander au service de justifier sa décision de classement d'un document, faute d'avoir pu en obtenir la communication<sup>2</sup>.

La Commission qui ne rend pas une décision, ni administrative, ni juridictionnelle devrait notifier, dans un délai d'un mois à compter de sa saisie, son avis à l'autorité compétente. Cet avis est transmis également au demandeur. Or, en réalité, avec la CADA, la durée de traitement des affaires a toujours été supérieur à 30 jours, et depuis 2000, dépasse régulièrement les quarante jours<sup>3</sup>. Les avis de la CADA ne lient pas juridiquement l'autorité qui la reçoit, elle ne fait qu'une recommandation qui a une valeur persuasive certaine<sup>4</sup>, mais le manque de pouvoir de coercition fait qu'elle ne peut enjoindre à l'administration de communiquer des informations.<sup>5</sup> L'administration compétente est tenue d'informer la Commission *dans le mois* qui suit la réception de cet avis de la suite qu'elle entend donner à la demande. Le silence gardé par l'autorité compétente pendant plus de deux mois de la saisine de la CADA par l'intéressé vaut décision de refus. Le délai de recours contentieux est prorogé jusqu'à la notification à l'intéressé de la réponse de l'autorité compétente. Par conséquent, si l'administration n'a pas répondu dans le délai d'un mois à compter de la demande initiale, et en cas de saisine de la CADA, pendant deux mois à compter de cette dernière, son silence vaut rejet de la demande, ceux qui constitue un terme très long.

Étant donné que la CADA ne rend des décisions ni administratives ni juridictionnelles, et qu'elle donne uniquement des avis, ces avis ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif<sup>6</sup>. Ainsi, en cas de refus de communiquer le document demandé, que ce soit conformément ou contrairement à l'avis de la CADA, l'intéressé peut saisir le juge administratif. C'est donc le juge administratif qui statue en dernier lieu sur le refus de communiquer un document administratif dans le délai de six mois à compter de l'enregistrement de la requête<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Avis, CADA du 24 février 1986, Beau.

<sup>2</sup> C.E. 2 décembre 1988, Mlle Pokorny, Recueil Dalloz Sirey, 1988 p. 180, note Roseline Letteron.

<sup>3</sup> Les délais de traitement en jours en moyenne ont été en 2000- 42,2 jours ; en 2001 42,9 jours et en 2002 42,4 jours.. CADA, Rapport d'activité, 2002, p. 24.

<sup>4</sup> C.A.D.A., Avis du 10 févr. 1986, Beau.

<sup>5</sup> CE, 17 janvier 1986, Le Bihan.

<sup>6</sup> CE, 27 avril 1983, Zanone.

<sup>7</sup> Article 7 loi du 17 juillet 1978 n° 78-753, modifiée par celle du 12 avril 2000, n° 2000-321.

Cela signifie que la saisine obligatoire de la CADA peut rallonger inutilement la procédure d'accès aux documents dans le cas où l'intéressé éprouve des difficultés à obtenir la communication même après l'avis favorable à la communication du document émis par la CADA. Jusqu'à la saisine du juge administratif, il peut se passer au moins trois mois<sup>1</sup>. Il est permis de se demander quel intérêt existe encore pour obtenir des documents demandés même après trois mois, si l'administration communique le document demandé à la suite de l'avis de la CADA, ou neuf mois si le juge statue en dernier ressort? Il faut ajouter à ceci que, conformément à l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>2</sup>, dans le cas d'une décision implicite de rejet d'accès aux documents, les motifs du rejet ne sont pas communiqués d'office au demandeur, mais seulement dans le mois suivant la demande de l'intéressé et si la demande a été formulée dans les délais du recours contentieux. Par référence aux exceptions à la communication des documents administratifs, la loi du 11 juillet 1979 prend en compte le secret de défense et en fait un motif de non-motivation de certaines décisions administratives individuelles défavorables. En effet, l'article 4 de cette loi précise que « les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication des faits couverts par le secret », ce que le juge administratif a confirmé dans sa jurisprudence<sup>3</sup>.

Pour récapituler, la situation qui peut se présenter pour une demande d'accès est la suivante:

Si l'autorité compétente, saisie d'une demande de communication de documents, garde pendant plus d'un mois le silence, celle-ci vaut décision de refus. En cas de refus, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois pour saisir la Commission. La CADA notifie son avis à l'autorité compétente, dans un délai d'un mois à compter de sa saisine ; celle-ci informe la Commission, dans le mois qui suit la réception de l'avis, de la suite qu'elle entend donner à la demande. L'administration dispose d'un délai de deux mois pour répondre à la demande de

---

<sup>1</sup> Le silence gardé pendant plus d'un mois par l'autorité compétente, saisie d'une demande de communication de documents, vaut décision de refus. En cas de refus, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois pour saisir obligatoirement la Commission préalablement à tout recours contentieux. La CADA notifie son avis à l'autorité compétente, dans un délai d'un mois à compter de sa saisine; celle-ci informe la Commission dans le mois qui suit la réception de l'avis de la suite qu'elle entend donner à la demande. Le silence gardé par l'autorité compétente pendant plus de deux mois, à compter de la saisine de la Commission par l'intéressé, vaut décision de refus. En cas de refus de communication à ce stade, l'intéressé peut saisir le juge administratif.

<sup>2</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, Journal officiel du 12 juillet 1979.

<sup>3</sup> V. notamment CE, 13 juin 1997, *Ministre de la Défense c/ M. Pourbagher*, Conclusion C. Bergeal, *RFDA*, 14 (2), mars-avril 1998, p. 360, note B. Warusfel, *Droit&Défense*, 1998/2, p. 56-63.

communication. Si elle estime que le document demandé n'est pas communicable, l'administration doit motiver son refus. Mais en effet, la loi laisse à l'administration la possibilité tout simplement de garder le silence pendant deux mois sans motiver son refus. Dans ce cas elle est réputée avoir refusé la communication. Le fait de ne pas motiver permet à l'administration de ne pas énoncer les raisons pour lesquelles elle considère que le document entre dans l'une des exceptions légales au droit d'accès. L'obligation de motiver est-elle inconciliable avec l'existence de décisions implicites ? Le Conseil d'État avait manifesté le souci d'éviter que, dans les cas où l'administration ne motive pas ses refus, elle ne se réfugie pas dans le silence pour échapper à cette obligation. Aussi un rejet tacite intervenant là où un refus exprès aurait dû être motivé était-il annulé comme entaché d'un vice de forme tenant à l'absence de motivation. La loi du 11 juillet 1979 n'établit pas un principe général de motivation. Elle limite l'obligation de motiver seulement les décisions individuelles défavorables ou dérogatoires<sup>1</sup>. Si la saisie de la CADA et ses avis qu'elle a rendus n'ont pas incité l'administration à ne pas persévérer dans son refus, le recours contentieux constitue le stade ultime du moyen d'action de l'intéressé.

#### **b Le recours contentieux devant le juge administratif, ultime moyen d'action de l'intéressé pour obtenir la communication du document demandé**

La pratique montre que le recours contentieux en matière d'accès aux documents administratifs est en progression<sup>2</sup>, et qu'il est dans la majorité des cas exercé contre les refus implicites (80 %). L'augmentation du contentieux peut être interprétée d'une part comme la preuve qu'il est finalement nécessaire de recourir au recours contentieux pour obtenir la communication de certains documents administratifs: cela démontre donc que l'administration hésite encore à appliquer la loi du 17 juillet 1978 et met en cause l'utilité même du recours préalable à la CADA. D'autre part, l'augmentation du contentieux peut être interprétée aussi comme la preuve que les administrés connaissent de mieux en mieux le droit d'accès aux documents administratifs.

---

<sup>1</sup> Sur la nature réglementaire de l'obligation de motiver un refus de communication, v. c. const. 10 mars 1988 *J.C.P.* II 61362.

<sup>2</sup> Ce sont 272 jugements en 1999, 266 pour les premiers six mois de 2003, in J. CHEVALLIER, *Les pratiques administratives*, op. cit.



La loi donne à l'usager la possibilité de contester devant le juge administratif (b-1) les actes pris par l'administration soumise aux obligations de transparence, mais sous certaines conditions le demandeur peut aussi introduire une requête au juge de l'urgence ou plutôt appelé juge du « référé »(b-2). Cette dernière possibilité présente un intérêt particulier car elle permet d'obtenir l'intervention du juge rapidement, sans la nécessité de passer par la CADA.

### **b-1 Le recours devant le juge administratif**

Le recours devant le juge a en général pour but d'obtenir l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de refus d'accès. Comme la CADA est dénuée de tout pouvoir de décision, ses avis ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.<sup>1</sup> Ainsi c'est contre les décisions individuelles prises par l'administration soumise aux obligations de transparence que sont exercés les recours devant le juge administratif. Ceux-ci sont soit des recours pour excès de pouvoir, soit des recours en responsabilité demandant réparation du préjudice né de la décision. Le juge administratif est compétent en vertu de l'article 7 de la loi 17 juillet 1978 pour connaître toutes les contestations portant sur l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs, tel qu'il est garanti par cette loi <sup>2</sup>. Le Conseil d'État, par une décision Mme Commaret<sup>3</sup>, a précisé dans quelles conditions le juge administratif pouvait être saisi d'un refus de communication :

— l'intéressé doit avoir au préalable saisi la Commission d'accès aux documents administratifs;

— il doit avoir effectué cette formalité dans les délais du recours contentieux, c'est-à-dire dans les deux mois suivant la notification du refus exprès de communication ou l'intervention d'une décision implicite de rejet<sup>4</sup>;

— il peut seulement attaquer la décision par laquelle l'autorité compétente, après saisine de la Commission, confirme son refus de communication : cette décision se substitue en effet au refus initial;

— le délai du recours contentieux ne court qu'à compter de la notification d'une décision explicite confirmant le refus de communication.

---

<sup>1</sup> CE, 27 avril 1983, Zanone.

<sup>2</sup> Tribunal des conflits, 2 juillet 1984, Vincot et Le Borgne, c/Caisse de mutualité sociale agricole du Finistère, in Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, op. cit. p.145.

<sup>3</sup> C.E. Sect. 19 février 1982, Leb. p. 78, concl. Dondoux; *AJDA* 1982, p. 395, chron. p. 375.

<sup>4</sup> L'art 21 de la loi du 12 avril 2000 a repris ce principe jurisprudentiel et dispose que le silence gardé, pendant plus de deux mois, par l'autorité administrative, sur une demande vaut décision de rejet.

Enfin, la loi du 17 juillet 1978 comporte comme ultime particularité que lorsqu'il est saisi d'un recours contentieux contre un refus de communication d'un document, le juge administratif doit statuer dans un délai de six mois à compter de l'enregistrement de la requête. Si le juge administratif n'a pas statué dans les six mois, le tribunal administratif se trouve dessaisi au profit du Conseil d'État.

Pour apprécier si le document demandé est ou non communicable, selon la loi du 17 juillet 1978, et donc si le refus contesté est ou non fondé en droit, le juge<sup>1</sup> peut exiger l'injonction d'instruction, c'est-à-dire la production de tous documents, sauf lorsque les documents, dont le refus de communication constitue l'objet du litige, sont couverts par un secret garanti par la loi. Le respect de cette exigence implique que le juge ne peut pas, sans l'autorisation de celui dans l'intérêt duquel le secret a été édicté, en prendre connaissance<sup>2</sup>. Mais la communication au juge du document est limitée au juge, et le principe du contradictoire ne peut s'appliquer sur ce point. Le Conseil d'État a justement considéré que si on appliquait le principe du contradictoire à la demande d'accès aux documents administratifs réglementée par la loi du 17 juillet 1978, cela reviendrait en effet automatiquement à donner satisfaction au requérant qui réclamait la communication du document<sup>3</sup>.

Le juge administratif, soit annule la décision qui lui est déférée, s'il l'estime illégale, dans le cas du recours pour excès de pouvoir, soit peut rejeter, dans le cas contraire, le recours dont il est saisi. Le juge n'annulera la décision de refus d'accès pour absence ou insuffisance de motivation que si l'administration n'est pas en situation de compétence liée, ce qui signifie que l'administration n'est pas tenue de prendre cette décision. Enfin, pour le requérant qui se heurte à un refus persistant de l'administration d'exécuter la chose jugée, il existe depuis la loi du 16 juillet 1980<sup>4</sup> la possibilité de revenir devant la juridiction<sup>5</sup> pour obtenir le prononcé d'une astreinte qui, pousse au contraire l'administration à exécuter et donc sous-entend la

---

<sup>1</sup> Il est évident que le juge ne peut se prononcer sur le caractère communicable du document que s'il le connaît.

<sup>2</sup> V. CE Sect. 23 décembre 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, p. 464, AJ 1989, p. 99, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, D D 1989, SC, p. 375, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, RFDA 1989, p. 973, concl. S. Daël.

<sup>3</sup> C.E. 23 déc. 1988, Banque de France, Leb.p.464.- 30 juin 1989, David, A.J.D.A. 1990, p. 175, concl. Chahid-Nourai.

<sup>4</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, Loi relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public Journal officiel du 17 juillet 1980.

<sup>5</sup> La loi du 8 février 1995 a déconcentré, au profit des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel, le pouvoir de contrainte jusque-là réservé au Conseil d'État.

prononciation d'une injonction. En dehors de ces cas, « il n'entre pas dans les pouvoirs du juge administratif d'adresser des injonctions à une autorité administrative »<sup>1</sup>.

Or, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 a confié au juge administratif de nouveaux pouvoirs en matière d'injonction afin d'assurer une meilleure exécution des décisions rendues par les juridictions administratives. Le juge peut assortir, dans le moment même où il prononce, les annulations et condamnations qu'il prononce d'injonctions « préventives ». Ainsi, l'instauration de ces pouvoirs d'injonctions constitue une avancée considérable<sup>2</sup>. Le juge a désormais le pouvoir d'assortir, avant toute difficulté ou tout refus, l'annulation ou la condamnation qu'il prononce, d'une injonction qu'on peut qualifier de « préventive ». Ainsi, le juge précise que « l'annulation du refus de communication de documents administratifs au motif que ces documents sont communicables de plein droit implique nécessairement communication »<sup>3</sup>. L'objet de l'injonction « préventive » est d'explicitier et de concrétiser ce que doit être le comportement de l'administration qui en est destinataire pour que les obligations que la chose jugée lui impose soient respectées<sup>4</sup>. Or si le recours au juge permet d'obtenir l'accès aux documents demandés, cette procédure se caractérise néanmoins par la longueur de la procédure: le juge administratif dispose d'un délai de six mois pour statuer à compter de l'enregistrement de la requête. Cela dit, il existe une autre possibilité pour l'intéressé qui a vu refuser sa demande d'accès aux documents administratifs. C'est la requête au juge de l'urgence ou plutôt appelé juge du « référé ».

## **b-2 La requête au juge du « référé »**

La requête au juge du « référé » a comme principal avantage d'être susceptible de parvenir le plus rapidement possible à son terme; le juge est invité à statuer « dans les meilleurs délais » (48 heures pour référé — sauvegarde). Or la spécificité du référé est que le

---

<sup>1</sup> CE 4 févr. 1976, *Elissonde*, p. 1069, *DA* 1976, n° 89. En revanche, s'agissant des parties privées ordinaires, il n'y a pas d'obstacle de principe à ce que des injonctions leur soient adressées par la juridiction administrative.

<sup>2</sup> L'injonction *a posteriori*, elle, (loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public), peut être sollicitée par le juge, sur demande de la partie qui rencontre un refus d'exécution de la chose jugée de la part de l'administration. L'injonction *a posteriori* peut être présentée comme tendant à surmonter et sanctionner, par le moyen d'astreinte, les refus délibérés ou persistants d'exécuter la chose jugée.

<sup>3</sup> CE, sect., 12 juillet 1995 Req.n° 16180, *Domarchi*, p. 988, *AJ* 1996, p. 115, chron. J.-H. Sthal et D. Chauvaux

<sup>4</sup> Cf. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op.cit., p. 889.

requérant doit exposer « les faits et moyens » propres à justifier la demande, mais aussi « justifier de l'urgence de l'affaire »<sup>1</sup>.

La loi du 17 juillet 1978 ne fait pas obstacle à ce que la saisie du juge des référés soit préférée à la procédure d'accès aux documents qu'elle organise. L'intéressé, s'il justifie de l'urgence de l'affaire, peut faire constater par le juge administratif, saisi par la voie normale du référé, l'existence ou le contenu d'un document administratif menacé de disparition<sup>2</sup>. Le Conseil d'État admet de même que soit ordonnée par la voie du référé administratif la communication à un éventuel requérant de documents administratifs « nécessaires pour apprécier la portée et l'égalité de décisions dont ils entendent solliciter l'annulation »<sup>3</sup>. Le Conseil d'État a admis qu'une personne désireuse de contester une décision qui lui avait été opposée verbalement pouvait, en cas d'urgence, saisir le juge des référés administratifs afin d'obtenir communication de cette décision et le cas échéant, du dossier au vu duquel cette décision avait été prise<sup>4</sup>. Cette jurisprudence est d'une grande utilité, car elle a apporté au principe de la prohibition des injonctions à l'administration une dérogation, au non de l'urgence, puisqu'il ne s'agit pas d'injonction d'instruction, et qu'il l'est demeuré après la loi du 8 février 1995, puisqu'il s'agit d'injonctions prononcées à titre principal<sup>5</sup>.

Depuis le 30 juin 2000 il existe un nouveau type de référé — le référé-liberté fondamentale- créé par la loi du 30 juin 2000 et inséré dans le Code de justice administrative (article L.521-2). On peut se demander si un refus d'accès aux documents administratifs peut faire l'objet d'un référé-liberté fondamentale ? Car cette procédure est d'une grande efficacité — puisqu'elle permet d'obtenir en quelques jours une décision du juge — et ne peut être déclenchée que s'il y a urgence, mais aussi atteinte à une liberté fondamentale. « Saisie d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures »<sup>6</sup>. Or le référé-liberté est subordonné à trois conditions cumulatives; la première tient à « l'urgence », et donc rejoint

---

<sup>1</sup> Article R 522-1 CJA.

<sup>2</sup> Bruno LASSERRE, Noëlle LENOIR et Bernard STIRN, *La transparence administrative*, op. cit. p.150.

<sup>3</sup> C.E., 5 déc. 1990, Assoc. Le Pohue La Metai, C.J.E.C., 1991, p. 106, note R.P.).

<sup>4</sup> CE, 26 mars 1982, *Ministre de l'Intérieur c/Aboudou Mz.*

<sup>5</sup> René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 10 ed. montchrestien, Paris, 2002, p. 1303.

<sup>6</sup> Art. L.521-2 Code de justice administrative, article inséré par Loi n° 2000-597 du 30 juin art. 4 et 6 Journal officiel du 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001.JA, Code administratif Dalloz, 2000, p. 41.

partiellement celle présente dans le cadre du référé — suspension, les deux autres tiennent à l'existence d'une « atteinte à une liberté fondamentale » qui doit être « grave et manifestement illégale ».

Conformément aux dispositions du Code de justice administrative<sup>1</sup>, c'est au demandeur à faire état des éléments concrets de nature à caractériser l'urgence<sup>2</sup>. L'urgence est établie compte tenu des justifications fournies par le requérant<sup>3</sup>. Ainsi, pour le juge administratif, l'urgence n'est pas constituée lorsque les arguments du demandeur sont trop abstraits<sup>4</sup> ou généraux<sup>5</sup>. Dans son appréciation du caractère global de la condition d'urgence, le juge des référés est conduit à mettre en balance l'intérêt à suspendre ou à prononcer une injonction et l'intérêt à poursuivre l'exécution de l'acte litigieux<sup>6</sup> ou l'intérêt général à ce que cette mesure ne soit pas accordée<sup>7</sup>. La condition est l'existence d'une atteinte à une « liberté fondamentale ». Le législateur a laissé le soin au juge administratif de préciser ce qu'il fallait entendre par liberté fondamentale, par nature indéfinissable et fluctuante<sup>8</sup>.

Or, le droit d'accès aux documents administratifs était évoqué sur le plan théorique comme faisant partie des libertés fondamentales<sup>9</sup>, alors que pour le voir reconnu juridiquement, il a fallu attendre l'arrêt *Ullmann* du Conseil d'État du 29 avril 2002<sup>10</sup>. Le Conseil d'État a consacré sans ambiguïté le droit d'accès aux documents administratifs parmi les garanties fondamentales de l'article 34 de la Constitution, estimant: « que les dispositions sousmentionnées, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs,

---

1 de l'article R.522-1

2 V. par exemple pour le référé liberté: TA Limoges, réf., 8 mars 2002, *Randriamamonjy*, n° 02170.

3 CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres.

4 CE, 4 mai 2001, Assoc. pour l'égalité républicaine à l'École polytechnique.

5 CE, 1er juin 2001, Union régionale CFTCPTT de Lorraine.

6 CE, 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes.

7 Comme il a été indiqué pour le référé-liberté, « la condition d'urgence(...) doit être appréciée compte tenu, non seulement, des intérêts du requérant mais aussi des intérêts publics en jeu » CE, réf., 21 novembre 2002, *Gaz de France*.

8 Cf. Paul CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, L.G.D.J., Paris 2003, p. 198, spéc. 110.

9 Herbert Maisl considérait à propos de la loi de 1978 que « la compétence législative se justifiait pleinement dès lors (...) qu'était posé un principe général s'appliquant à la fois à toute personne morale de droit public, ainsi qu'aux organismes privés chargés de la gestion d'un service public » et qu'« il revenait au législateur de définir les garanties fondamentales pour l'exercice de cette nouvelle liberté publique ». « Une nouvelle liberté publique: la liberté d'accès aux documents administratifs », in *Service public et libertés*, Mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier, Paris, éditions de l'Université 1981, p. 832. Selon le Professeur Jean RIVERO, une liberté publique est en effet l'expression concrète et effective d'un droit de l'Homme, in J. RIVERO, *Les Libertés publiques*, Tome 1, Les droits de l'Homme, Paris, PUF, Thémis, 1983, p. 24: les libertés publiques « correspondent à des droits de l'Homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'État ont insérés dans le droit positif », in R. LETTERON, *L'administré et le droit à l'information*, thèse Paris X, 1987, 663 p.

10 CE, 29 avril 2002, M. Ullmann, n° 228830; P. Raimbault L'accès aux documents administratifs consacré comme nouvelle garantie fondamentale AJDA, p.691-694.

concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ainsi, le refus de communication d'un document administratif peut faire l'objet d'une demande de référé-liberté fondamentale lorsque les conditions d'octroi sont réunies. La mise en œuvre de l'article L. 521-2 est subordonnée à l'existence d'une atteinte qui doit être grave. Par conséquent il ne suffit pas que le requérant invoque une liberté fondamentale qui se rapporte au comportement incriminé pour qu'une injonction puisse être prononcée; il faut encore démontrer la vraisemblance de l'atteinte à ce droit fondamental qui est susceptible de causer cet acte ou comportement<sup>1</sup>. Enfin, le requérant doit faire état d'une atteinte grave à une liberté fondamentale. La gravité en tant que condition propre à l'article L. 521-2 porte sur l'intensité de l'atteinte à la liberté fondamentale. C'est le juge des référés qui d'une certaine façon doit se mettre à la place du demandeur afin de pouvoir évaluer l'intensité de l'atteinte à la liberté fondamentale. Cependant, la pratique montre que le juge du référé ne fait droit aux demandes que très rarement surtout pour les référés-libertés<sup>2</sup>, car le rejet de la demande de référé peut se traduire par une condamnation pour recours abusif, au titre de l'article R.741-12 du Code de justice administrative<sup>3</sup>. Les contraintes du référé font que le droit d'accès aux documents administratifs demeure exercé principalement à travers le régime général prévu par la loi du 1er juillet 1978.

Si, avec la loi du 12 avril 2000, le droit d'accès aux documents garanti par la loi du 17 juillet 1978 a été conforté, des difficultés préjudiciables à la transparence administrative persistent.

La transparence reste encore vécue comme une menace par les services administratifs. En effet, lorsque le citoyen s'adresse à une administration pour obtenir la communication d'un document administratif et si le caractère communicable du document ne fait pas de doute, le service sollicité devrait immédiatement communiquer le document, sans qu'il soit besoin de saisir la CADA. Or, selon les rapports de la CADA et les études effectuées, il apparaît que même après vingt-cinq ans d'existence de la loi du 17 juillet 1978, les autorités publiques assujetties à la loi du 1er juillet 1978 ne connaissent encore qu'imparfaitement le contenu de cette loi. C'est le cas surtout au niveau des autorités locales et intercommunales. L'ignorance des textes et l'inertie des administrations explique en grande partie la saisine de la CADA.

---

<sup>1</sup> TA Toulouse, réf., 15 juin 2001, *Ferchichi c/ préfet de la haute Garonne*, n° 01/2339.

<sup>2</sup> P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, op. cit. p. 175 et sv.

<sup>3</sup> CE, réf., 21 juin 2002, *Syndicat « Lutte pénitentiaire*». Dans ce cas, le juge n'a pas hésité à infliger une condamnation pour recours abusif aux requérants qui le saisissent trop systématiquement.

La CADA est fréquemment saisie de demandes de communication portant sur des documents détenus par des communes, comme les permis de construire<sup>1</sup>, les plans d'occupation des sols<sup>2</sup>, les délibérations de conseil municipal<sup>3</sup>, tous les documents qui, sous réserve de ne pas comporter de mentions couvertes par un secret protégé par le paragraphe II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, sont librement communicables. L'examen des dossiers fait apparaître que les collectivités sont par principe hostiles à la communication en considérant que les documents demandés sont des « documents d'ordre interne » et donc doivent être gardés secrets. Le nombre élevé des conseils demandés sur la communication de ces documents constitue un signe tangible de la mauvaise connaissance des collectivités de la loi du 17 juillet 1978, mais aussi des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public. En effet, ces derniers se considèrent hors du champ d'application de la loi<sup>4</sup>. Dans de nombreux cas, les administrations n'ont tout simplement pas respecté les termes pour répondre à une demande d'accès. Or, en vertu de l'article 2 du décret n° 88-465 du 28 avril 1988, « le silence d'un mois gardé par l'autorité compétente, saisie d'une demande de communication (...) vaut décision de refus ». Dans ces conditions, la CADA se retrouve saisie de refus qui en réalité ne le sont pas<sup>5</sup>.

Le recours aux moyens technologiques de communication tels qu'Internet devrait permettre une amélioration dans un futur proche de la transparence administrative pour le citoyen en réduisant le temps de la procédure d'accès. En effet la loi du 12 avril 2000 inclut explicitement les documents numériques dans le champ de la loi du 17 juillet 1978, y compris les courriers électroniques<sup>6</sup> et, comme le précise la CADA, cette possibilité garantit une communication efficace et plus rapide, à un coût moindre et contribue plus largement au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la relation citoyen administration<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir Conseil CADA n° 20040075 du 8/01/2004, maire de Thenay; Conseil, n° 20040006, 8/01/2004 maire d'Ozoir-la-Ferrière, Avis n° 20032147; du 28/08/2003, Maire du Muy; Conseil n° 20021232, du 28/03/2002 maire d'Aillas.

<sup>2</sup> Voir Avis, n° 20020717 du 28/02/2002, Maire de Cusy, Conseil n° 20012252 du 14/06/2001, maire de Cogny; Conseil, n° 20010498, du 08/02/2001 président de la communauté urbaine de Bordeaux.

<sup>3</sup> Voir Avis, n° 20023667, du 05/09/2002, maire de Les-Gonds; avis, n° 200114045, du 25/10/2001, maire de l'Île-Rousse.

<sup>4</sup> Voir avis n° 20034857 du 5/02/2004, président des pompes funèbres OGF.

<sup>5</sup> Avis, n° 20023704 du 19/09/2002, Président de l'Université de Savoie.

<sup>6</sup> Conseil, n° 20020741 du 14 mars 2002, directeur général de l'agence française de sécurité sanitaire des aliments.

<sup>7</sup> CADA, Rapport d'activité de l'année 2002, p. 7 et s.

### **3 Une administration publique qui n'a pas su abandonner complètement sa culture de la confidentialité**

Les différents rapports d'activité de la CADA<sup>1</sup> montrent que certaines administrations méconnaissent encore le droit d'accès, et que la grande majorité des collectivités ne procèdent pas à la signalation de leurs documents, alors que l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 les y oblige. L'enquête réalisée en 2003 dans la région Centre montre que la grande majorité des collectivités ne procèdent pas à la signalisation de leurs documents et lorsque cette signalisation est effectuée, celle-ci ne concerne que certains documents « notamment les délibérations et les autorisations d'occupation des sols »<sup>2</sup>. De plus, il ressort de l'enquête que les usagers ne s'en servent pas, soit parce qu'ils en ignorent tout simplement l'existence, soit parce que la signalisation est destinée au service<sup>3</sup>.

Les saisines de la CADA concernent dans la plupart des cas des documents dont le caractère communicable ne fait aucun doute<sup>4</sup>. Les administrations se fondent très souvent sur des motifs non prévus par la loi pour refuser la communication des documents, comme c'est le cas pour les documents d'ordre interne. C'est le juge qui a déclaré le caractère non communicable de ce type de document<sup>1</sup>. Corrélativement, le rôle joué par la CADA a sans doute permis que la loi soit mieux appliquée par les administrations.

Il est intéressant de rappeler quelques valeurs statistiques sur l'application du droit d'accès aux documents. Selon le neuvième rapport d'activité de la CADA (édition 1999), la Commission a examiné 13 625 demandes d'avis, soit environ 4000 par an. Le dernier rapport d'activité disponible de la CADA, celui de l'année 2002, confirme la progression de l'activité de la CADA (+ 2% en variation annuelle) et le cap des 5000 affaires a été franchi.

La proportion d'avis favorables représentait depuis plusieurs années 50 % de la totalité des avis en 1998; ce pourcentage se réduit à 47,8 %. En même temps, les avis défavorables sont passés de 7,5 % en 1995 à 9,3 en 1998, mais on constate également une augmentation des avis d'incompétence passés à 5 % en 1998 contre 4,7 % en 1997, ainsi qu'une légère augmentation des avis d'irrecevabilité.

---

<sup>1</sup> L'ensemble des 12 rapports d'activité de la CADA sont librement consultable sur le site internet de l'autorité : [www. CADA.fr](http://www.CADA.fr).

<sup>2</sup> Bénédicte DELAUNAY, «Les pratiques administratives le cas particulier des collectivités locales: Analyse à partir de l'exemple de la région Centre», in *transparence et secret* op.cit, p.99 et s.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Bénédicte DELAUNAY, «Les pratiques administratives le cas particulier des collectivités locales: Analyse à partir de l'exemple de la région Centre», in *transparence et secret*, op. cit. p.



En outre, l'administration satisfait dans plus de 73 % (1998) des cas les avis favorables prononcés par la CADA, mais en même temps le taux des avis favorables laissés sans réponse de la part de l'administration est passé de 9 % en 1995 à 16 % en 1998 et 18,7% en 2002.

L'origine des demandes et la nature des documents demandés demeurent à peu près inchangés. Les secteurs les plus demandés sont restés à peu près invariables selon le rapport de 2002. Ce sont d'abord les affaires sociales (14,6%), puis la fonction publique (14,2%) et l'urbanisme 12%, alors que la défense ne représente que 0,3%.

Quant à l'origine des saisines de la CADA, on constate pour les demandes de conseil en 2002, que ce sont toujours les Communes qui constituent la première catégorie de demandeurs avec 37,9% suivie par l'État ( 24,5%) et les Département ( 17,3%).

Pour les demandes d'avis, ce sont toujours les personnes physiques les premiers demandeurs avec 69,3% , ayant un niveau de diplôme égal ou supérieur au baccalauréat, et faisant partie du secteur d'activité professionnel de la fonction publique. Les demandes de communication de documents visent à satisfaire les intérêts propres de l'intéressé. La motivation principale (70 %) est d'abord un objectif contentieux et la demande d'accès est donc exercée dans la plupart des cas pour des besoins personnels et pour défendre des droits individuels, éventuellement devant le juge<sup>2</sup>. Les journalistes sont plutôt absents, mais cela s'explique par le fait que les secret d'État, secret défense et secret judiciaire constituent un obstacle insurmontable pour accéder à l'information. Ceci est confirmé par les journalistes même qui sont à l'origine d' un appel pour la déclassification des dossiers d'État gardés secrets, et pour un accès plus libre à l'information à l'instar des procédures américaines prévu par le Freedom of Information Act (FOIA) aux États-Unis adoptée en 1966<sup>3</sup>. Néanmoins parmi le public qui saisit la CADA, il est noté un accroissement de la part des personnes morales (29,5% des demandes d'avis) parmi lesquelles les associations de défense ou les associations de protection de l'environnement et les personnes publiques (1,2%)

Les usagers français sont pour l'essentiel des habitués et familiers des démarches administratives et de la saisine de la CADA<sup>4</sup> car les personnes physiques multirécidivistes

---

<sup>1</sup> CE, 27 juin 1986, Association « SOS Défense», *RFDA*, 1987, p. 465, note J.-B. Auby.

<sup>2</sup> Bénédicte DELAUNAY, «Les pratiques administratives le cas particulier des collectivités locales: Analyse à partir de l'exemple de la région Centre», in *Transparence et secret* op.cit.p. 99-111.

<sup>3</sup> D. Psenny, «Mobilisation pour le vote d'une loi en faveur d'un « accès plus libre à l'information » , *Le monde*, 25 juillet 2002.

<sup>4</sup> S. CHEVROLLE, *Les usagers de la Commission d'accès aux documents administratifs*, Mémoire de DEA Sciences administratives, Paris 2, Septembre 2003, 113pp. + annexes et biblio, spéc; p. 31 et sv. Mémoire disponible sur le site internet: [www.cada.fr](http://www.cada.fr).

sont nombreuses. En effet selon le rapport 2002, plus de 2 demandes sur 10 proviennent de personnes qui ont saisi la CADA de deux à quatre fois pendant l'année. L'origine des demandeurs montre que la première région est l'Ile-de-France (18 %), suivie par la Provence-Alpes-Côte-d'Azur (7,4). Les documents les plus demandés ont été les rapports (9,7 %), suivis par les décisions (8 %) et les dossiers (7,3 %). De façon générale, les documents d'intérêt individuel sont de loin les plus nombreux (plus de 50 %). Les Avis émis par la CADA ont été dans 50,7 % favorables, ce qui confirme les données de 1999 qui était 49,3 %, et les avis défavorables sont également restés assez stables avec 8,7% en 2002. La motivation principale des avis défavorables était due aux documents portant atteinte à la vie privée (53,5 %) et aux documents préparatoires (21,5 %). Enfin, concernant les suites réservées aux avis favorables de la CADA, on constate un léger recul en 1999 (72 %) des avis — en 2002, ils étaient de 67,1 %, alors que les sans réponses aux avis favorables ont légèrement augmenté passant de 17 % en 1999 à 18,7 % en 2002. L'ensemble de ces valeurs indique clairement le rôle pédagogique essentiel de la CADA , même si on constate un accroissement des demandes d'avis adressées par les usagers à la CADA. Cela signifie que les cas de refus opposés par les administrations à la communication de documents sont de plus en plus nombreux, ces valeurs ne peuvent néanmoins que donner des renseignements limités. En effet, il est impossible d'évaluer le nombre de demandes adressées directement à l'administration, de connaître le nombre de demandes qui sont satisfaites par l'administration et le nombre de demandes rejetées, mais qui n'ont pas fait l'objet d'un recours à la CADA. De plus, la démarche devant la CADA est certes simple, mais répond-elle aux attentes des citoyens ? Il faudrait l'ensemble de ces valeurs pour déterminer l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs en droit français. La question qui se pose aujourd'hui est si l'ensemble des procédés juridiques assurant aux administrés l'accès aux documents administratifs permet réellement de faire échec au droit de l'administration au secret. Les affaires portées devant la CADA ne représentent qu'une part marginale des demandes d'accès dont sont saisies les administrations. Ainsi, il faut prendre avec précaution les statistiques publiées par la CADA qui ne tient compte que des affaires dont elle a pris connaissance directement. Si aucun doute n'existe sur l'amélioration de la transparence administrative comme suite à la loi du 17 juillet 1978, il n'est pas certain qu'on puisse parler aujourd'hui d'une administration réellement transparente en France. La loi n'a pas encore permis d'éclairer de nombreuses zones d'ombre et les documents classifiés échappent encore presque complètement au droit d'accès.

## **SECTION II La transparence administrative en droit italien**

Les premiers fondements de la transparence administrative italienne doivent être recherchés dans la Constitution italienne qui affirme des principes constitutionnels de l'activité administrative se rattachant au principe de transparence administrative (§1). Cependant, la transparence administrative a été consacrée comme principe général dans le système juridique italien seulement à travers le droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 241/1990 (§2) et mise en œuvre par le D.P.R. n° 352/92 (§3) <sup>1</sup>. Enfin, pour garantir l'effectivité de l'accès aux documents, la loi prévoit une procédure spéciale abrégée pour la protection juridictionnelle, confiée *ex lege* au juge administrative (§4)

### **§1 Les principes constitutionnels de l'activité administrative et leur rattachement à la transparence administrative**

L'absence d'une référence spécifique dans la Constitution italienne à la transparence et plus précisément au droit d'accès aux documents des autorités administratives ne signifie pas qu'il n'existe pas un fondement constitutionnel de la transparence administrative. La transparence trouve un fondement dans la Constitution qui affirme certains principes qui appartiennent aux principes de l'État de droit garantissant la publicité de l'action des institutions qui exercent le pouvoir public. Ce sont les principes de démocratie, de protection de la personne et d'égalité tels que la souveraineté populaire (article 1<sup>er</sup>), le développement de la personne humaine (article 2), l'égalité entre les citoyens (article 3, alinéa 1) et la participation à l'organisation du pays (article 3 alinéa 2). À ceux-ci il faut ajouter les règles de bon fonctionnement et d'impartialité de l'action administrative (articles 97 et 98), mais aussi la garantie plus générale des libertés qui servent à caractériser en sens démocratique le rapport citoyen-autorité et, *in primis*, de la liberté d'information, entendue dans le double profil de liberté d'informer et de liberté de chercher et recevoir des informations, elle-même assujettie à la meilleure réalisation des susdits principes fondamentaux et donc sauvegardés, outre et plus que par l'art. 21, par tout le texte constitutionnel et par lesdits principes en particulier<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Décret du Président de la République n. 352 du 19 juin 1992, G.U. 29 juillet 1992.

<sup>2</sup> Cf. Alessandra SANDULLI, «l'accès aux actes et aux documents administratifs en Italie», in *transparence et secret*, op.cit. p. 164.

L'article 97 de la Constitution<sup>1</sup> énonce trois principes constitutionnels de l'activité administrative : celui de la légalité, celui du bon fonctionnement et celui de l'impartialité. La question qui se pose est la suivante : la transparence administrative n'est-elle pas déjà raccordée à ces principes, et donc la transparence administrative n'est-elle pas indirectement garantie par la Constitution ? La doctrine s'est exprimée depuis longtemps dans ce sens<sup>2</sup> en rapprochant le principe d'impartialité et le principe de bon fonctionnement de l'administration au principe de transparence<sup>3</sup>. Le principe d'impartialité doit être interprété comme la capacité de l'administration publique d'exercer son activité, pour poursuivre l'intérêt public primaire sans donner lieu à une discrimination arbitraire, qui constitue l'objectif de fond<sup>4</sup>. Il s'agit donc du principe selon lequel les administrations sont obligées de ne privilégier aucun des intérêts impliqués au cours de l'activité administrative, mais au contraire à les évaluer par rapport avec l'intérêt premier.

Le principe du bon fonctionnement signifie que l'action publique soit inspirée des critères d'efficacité, qui consistent en une utilisation adéquate des moyens pour poursuivre la finalité de l'action publique et une coïncidence efficace entre la finalité programmée et l'objectif poursuivi dans l'activité publique. La Cour constitutionnelle a précisé dans sa jurisprudence que l'application du principe de bon fonctionnement au domaine de l'activité de l'administration<sup>5</sup> signifie que l'action administrative doit être rapide<sup>6</sup>, continue<sup>1</sup>, efficace,

---

<sup>1</sup> Article 97 : Les services publics sont organisés selon des dispositions législatives de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration.

<sup>2</sup> Voir notamment dans ce sens, Michele BUQUICCHIO, «Profili costituzionali dell'accesso ai documenti amministrativi. La posizione dell'utente fra i diritti dello Stato e quelli del cittadino», in "Rivista del notariato", 1997, 1, p. 651 A. VILLATA, « La trasparenza dell'azione amministrativa » *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 538 ; V. MARRAMA, « La pubblica amministrazione fra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo » *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 419 ; B. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 38 et s. G. PATRONI-GRIFFI, «Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa : partecipazione procedimentale e accesso agli atti ( legge 7 agosto 1990, n° 241)», *Dir. Proc. Amm.*, 1992, p. 56 et s.

<sup>3</sup> Même si l'article 1er de la loi n° 241/1990, cite directement le principe de légalité en précisant que : « l'activité administrative poursuit les objectifs déterminés par la loi », le principe ne peut pas être directement rattaché au principe de transparence. En effet le principe de légalité appliqué à l'activité administrative constitue une garantie dans le sens que les dispositions concernant l'organisation administrative sont prévues par la loi et non pas par le pouvoir administratif. Ce qui signifie que les bureaux publics sont organisés selon les dispositions de la loi. Voir dans ce sens F. CARINGELLA, L. DELPINO, F. del GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, XIX éd., Ed. Giuridiché Simone, 2002, p. 1023, sp. p. 382.

<sup>4</sup> Sent. N° 453, 26 septembre 1990, *Giur. Cost.*, 1990, p. 2587.

<sup>5</sup> Sent. N° 131 de 1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 928. Cependant initialement la Cour constitutionnelle a dans un premier temps rejeté catégoriquement la possibilité d'appliquer le principe de bon fonctionnement au domaine de l'activité de l'administration. Voir dans ce sens la Sent. N° 56 de 1963, *Giur. Cost.*, 1963, p. 498.

<sup>6</sup> Voir dans ce sens la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, Sent. N° 238 de 1988, *Giur. Cost.*, 1988, p. 1033.

cohérente et de caractère économique<sup>2</sup>. Or les critères d'efficacité et d'économicité sont aussi énoncés par l'article 1<sup>er</sup> de la loi 241/90 en matière de procédure administrative. Mais surtout le législateur italien a finalement reconnu le raccordement du principe d'impartialité et de transparence à travers l'article 22 de la loi 241/1990 qui précise : « Dans le but d'assurer la transparence de l'activité administrative et d'en favoriser le développement impartial, il est reconnu à tout intéressé un droit d'accès aux documents administratifs ».

Si la Constitution italienne ne reconnaît pas directement le principe de transparence administrative, la Cour constitutionnelle italienne a reconnu à plusieurs reprises et sans ambiguïté que la transparence administrative constituait un principe constitutionnel<sup>3</sup>, en précisant que « la protection de la libre détermination des organes élus, le bon fonctionnement et la transparence des administrations, sont des valeurs (...) ayant une importance constitutionnelle primaire »<sup>4</sup>. Cela dit, le processus de révision constitutionnelle entreprise vers la fin des années 1990, mais qui ne s'est pas réalisé à cause d'une instabilité politique encore chronique dans ces années, avait parmi ses objectifs principaux l'amélioration dans le sens démocratique des rapports entre administration et administrés, en reconnaissant la transparence comme un nouveau principe garanti constitutionnellement<sup>5</sup>. Le projet du nouvel article 106 relatif à l'organisation des activités des administrations publiques précisait que : «L'administration publique opère dans l'intérêt des citoyens, selon les principes d'impartialité et transparence.» Ainsi donc, l'art 106 fixe les critères et les principes selon lesquels les administrations publiques opèrent : en premier lieu, il énonce que l'activité de l'administration publique fonctionne dans l'intérêt des citoyens.

En deuxième lieu il énonce les principes des administrations publiques. Ces principes sont : l'impartialité, le bien-fondé qui indique que l'action administrative doit être proportionnée et convenable au but public poursuivi et la transparence, qui nécessite que les activités de l'administration publique soient inspirées des critères de publicité.

---

<sup>1</sup> La continuité de l'action administrative signifie que le fonctionnement doit être permanent, voir dans ce sens, Sent. N° 733 de 1988, *Giur.cost.*, 1988, p. 3351.

<sup>2</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tome I, Padova, Cedam, 10<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 617-620, et F. CARINGELLA, L. DELPINO, *Diritto amministrativo*, op. cit, p. 385 -386.

<sup>3</sup> Voir particulièrement la sent ; n° 407 de 1992, *Giur.cost.*, 1992, p. 3502 ; sent. N ; 197 de 1993 *Giur.cost.*, 1993, p. 1348 et sent. N° 295 de 1994, *giur. Cost.*, 1994, p. 2568.

<sup>4</sup> Sent. N° 295 de 1994, précité, p. 2568.

<sup>5</sup> Le projet prévoyait un nouvel art 106 relatif à l'organisation des activités des administrations publiques selon lequel : «L'administration publique opère dans l'intérêt des citoyens, selon les principes de impartialité et transparence.» Texte disponible su [http:// www.camera.it /parlam/bicam/ricost/dossier/dspro106.html](http://www.camera.it/parlam/bicam/ricost/dossier/dspro106.html).

Ainsi, le système juridique italien ne disposait pas jusqu'à une époque récente d'une disposition spécifique reconnaissant la transparence administrative comme principe général. C'est seulement avec la loi n° 241/1990 sur le droit d'accès aux documents des autorités administratives que la transparence a pu finalement s'affirmer comme principe général du système juridique italien.

## **§2 Le droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 241/90**

La possibilité d'obtenir des copies de documents représente une des modalités les plus importantes et incisives pour obtenir une plus grande transparence dans les rapports entre administrations et citoyen<sup>1</sup>. Le droit d'accès aux documents attribue au citoyen un pouvoir d'exercer un contrôle démocratique sur le déroulement de l'activité administrative et sur la conformité de celle-ci aux intérêts sociaux et règles constitutionnelles.

Néanmoins, le droit d'accès aux documents de l'administration public ne constitue pas une nouveauté absolue du système juridique italien. Bien avant la promulgation de la loi n° 241/90, le législateur est intervenu à plusieurs reprises afin de protéger le principe de transparence de l'action administrative et de garantir aux intéressés le droit d'accès aux documents de l'administration public dans des secteurs spécifiques (A). Cependant le droit d'accès aux documents a été reconnu comme principe général seulement à travers la loi n° 241/90 dans le système juridique italien (B). Cela dit, le droit d'accès n'est pas absolu, le législateur a prévu un ensemble de limites (C).

### **A Le droit d'accès avant la loi n° 241/90, reconnu dans des secteurs spécifiques de l'activité administrative**

À part la parenthèse prérépublicaine, qui reconnaissait aux citoyens le droit de prendre connaissance et d'extraire copie de toutes les délibérations communales et provinciales (art. 62 Recueil des Lois communales et provinciales, 1934), il est plus facile de trouver des textes affirmant la règle générale du secret<sup>2</sup>. L'activité administrative se caractérisait par le secret

---

<sup>1</sup> G.ARENA, «La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi», in *L'accesso ai documenti amministrativi*, G.ARENA, Il Mulino, Bologna, 1991, p.38.

<sup>2</sup> Article 15 du texte unique des employés civils de l'État, approuvé avec le décret du Président de la République 10 janvier 1957, n. 3 (modifié par l'article 28 de la loi 241) selon lequel l'employé a le devoir de garder le secret. Il ne peut donc pas donner des informations, même concernant des documents qui n'étaient pas considérés comme secrets; il ne peut pas non plus faire des communications relatives à des procédures et des

réalisé à travers le silence des fonctionnaires ; ce silence avait comme conséquence l'impossibilité pour le citoyen d'obtenir des informations et l'impossibilité d'accéder aux actes<sup>1</sup>. Le secret empêchait le citoyen et les destinataires de la décision administrative d'obtenir une information sur les procédures qui les concernaient directement. Le citoyen avait seulement la possibilité de connaître la décision finale de l'administration sans pouvoir avoir connaissance du raisonnement qui était à la base de cette décision. Cette situation du secret, non seulement ne garantissait pas l'information du citoyen du déroulement des procédures qui le concernaient directement, mais de plus, elle pouvait être source d'abus et de violation de la part de l'administration publique puisqu'elle garantissait à ses agents et fonctionnaires une immunité de fait sur leur activité jusqu'au moment où la mesure finale a été promulguée. Néanmoins, dans des secteurs bien déterminés de l'activité administrative, un droit d'accès aux documents a été reconnu.

Les précédents les plus significatifs du droit d'accès aux documents dans le système juridique italien sont l'article 62 décret royal n° 383/1934 (modifié par la loi n° 530/1947) qui reconnaissait le droit de chaque contribuable d'obtenir copie des délibérations et des règlements communaux et l'article 10 alinéa 9 de la loi n° 765/1967 qui garantissait la possibilité à chacun de prendre connaissance des concessions immobilières (*edilizie*).

En réalité, ces principes n'ont pas permis de remettre en cause un autre principe qui était celui du secret de l'action administrative qui, lui, était respecté et appliqué par les autorités administratives. Mais le vrai changement intervient seulement dans les années 1980, suite à la reconnaissance au niveau international du droit d'accès aux documents. C'est la résolution n° 31 adoptée par le Conseil de l'Europe le 28 juillet 1977 sur la « protection d'individu par rapport aux actes administratifs » qui énonçait parmi les principes le droit à l'information et le droit d'accès de la part d'un intéressé qui pourrait être concerné par l'acte. Bien plus, la résolution n° 81 de 1981 du Conseil de l'Europe<sup>1</sup> invitait les États membres, donc aussi l'Italie, à garantir le droit d'accès à l'information en possession de l'administration publique. Elle affirmait le droit de chaque personne, indépendamment de la possession d'une position juridique qualifiée, d'obtenir, sur demande, des informations possédées par les autorités publiques. C'est seulement comme suite à ces textes internationaux que les

---

opérations administratives de toute nature et dont il a eu connaissance par sa fonction, car cela pourrait entraîner des dommages à l'administration ou à des tiers concernés.

<sup>1</sup> Tommaso MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Giappichelli Editore- Torino, 1995, 300 p.

premières lois garantissant une certaine transparence administrative ont été promulguées en Italie. Ainsi la loi-cadre sur l'emploi public du 29 mars 1983, n° 93<sup>2</sup> reconnaissait explicitement à tous les citoyens le droit d'accès et de participation à la formation des actes de l'administration publique. Mais la loi renvoie à des lois successives la réglementation de l'exercice du droit d'accès. Cette situation revenait à faire de cette norme une simple affirmation de principe sans aucune valeur. La loi 27 décembre 1985 n. 816 relative au statut des administrations locales (collectivité territoriale)<sup>3</sup> a octroyé le droit à tous les citoyens de prendre connaissance « des dispositions administratives prises par les communes, les provinces, les conseils des circonscriptions et les organismes territoriaux comme aussi les unités sanitaires locales et les communes montagnardes ». Dans ces cas, le droit des citoyens était limité à la seule connaissance des actes des organismes locaux sans la possibilité d'obtenir une copie et ce droit pouvait s'exercer seulement après l'adoption définitive des règlements en matière. En effet, très peu de communes seulement l'ont effectivement adopté. La reconnaissance d'un véritable droit d'accès à l'information en droit italien, avant la loi n° 241/90, constitue une véritable rupture avec le secret administratif.

La loi du 8 juillet 1986, n° 349<sup>4</sup>, créée par le Ministère de l'Environnement, reconnaît à tous les citoyens le droit d'accéder aux informations sur l'état de l'environnement auprès des autorités publiques et d'obtenir copie des actes concernant l'environnement<sup>5</sup>. Cette loi a été la plus importante en matière de transparence de l'action administrative en obligeant le Ministère de l'Environnement à assurer la plus ample diffusion des informations environnementales, en obligeant à publier au Journal officiel (Gazzetta Ufficiale) les actes du Conseil national de l'environnement qui concerne la généralité des citoyens et en garantissant à tout citoyen le droit d'accès aux informations relatives à l'état de l'environnement disponible auprès des bureaux de l'administration publique, avec la possibilité d'obtenir copie de ces informations. Mais c'est seulement avec le décret législatif 24 février 1997, n. 39, qui transpose la Directive 313/90/CEE, que le droit à l'information en matière environnementale

---

<sup>1</sup> Recommandation n° 81-89 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 25 novembre 1981, qui affirme le droit de chaque personne, indépendamment de la possession d'une position juridique qualifiée, d'obtenir, sur demande, des informations possédées par les autorités publiques.

<sup>2</sup> Article 2 alinéa 1 Loi-cadre sur l'emploi public du 29 mars 1983, n° 93.

<sup>3</sup> La loi n° 816, 27 décembre 1985 relative au statut des administrations locales (collectivité territoriale), l'article 26 Loi abrogée par l'article 274 TUEL (Testo unico enti locali), portant norme en matière de statuts des administrations locales.

<sup>4</sup> Article 14 alinéa 3 Loi 8 juillet 1986, n° 349 qui a créé le Ministère de l'Environnement.

<sup>5</sup> Cf. G.COGLIANDRO, «Il diritto di accesso alle informazioni ambientali», in *Rivista trimestriale Scienza dell'amministrazione*, 1993, n. 1; p. 29 et suivantes.



a été effectivement reconnu à «quiconque en fait demande, sans qu'il doive démontrer son propre intérêt », en marquant de cette façon, en termes explicites, un élargissement des sujets titulaires du droit tant par rapport à l'art. 14 loi n. 349 du 1986 que par rapport à la loi n° 241 du 1990.

Le décret du Président de la République du 23 juin 1988, n° 250, qui modifie le texte de l'article 56 du décret royal du 21 avril 1942, n° 444, reconnaît à quiconque le droit de demander copie des avis rendus par le Conseil d'État. Cependant, le ministère compétent peut déclarer la nécessité de confidentialité de l'avis et ainsi en empêcher l'accès. Or l'ensemble de ces mesures se caractérise par leur caractère sectoriel. Le véritable tournant dans la politique de transparence administrative se vérifie dans les années 1990 avec la loi du 8 juin 1990 n.142 qui institue le nouveau système juridique d'autonomie locale (loi de réorganisation des autonomies locales) <sup>1</sup>, et la loi du n° 241/1990, qui marque un tournant dans le fonctionnement de l'administration publique.

La loi 142/1990 garantit aux «citoyens » le droit d'accès exclusivement par rapport aux actes des administrations communales et provinciales en affirmant solennellement que ces actes sont publics.<sup>2</sup> La loi demande aux autorités communales et provinciales (provinciale) de réglementer de manière détaillée le droit d'accès aux actes des autorités locales (enti locali) en affirmant<sup>3</sup> que : « le statut — que les autorités locales étaient obligées d'adopter au sens du même article 4 de la loi 142/1990, dans le délai d'un an à partir de l'entrée en vigueur de la même loi — selon les principes fixés par la loi (...) en particulier, détermine les formes d'accès des citoyens aux informations et aux procédures administratives. »<sup>4</sup>. Ainsi la loi n°142/1990 a un champ d'application limité aux autorités communales et provinciales, mais élargi aussi aux informations des autorités communales et

---

<sup>1</sup> A. SAVO AMODIO, «Il diritto di accesso agli atti degli enti locali», in *Foro amministrativo*, 1990,p. 2874 et s. Voir aussi Alessandra SANDULLI, «Partecipazione e autonomie locali» en *Dir. Amm.* n. 4 du 2002.

<sup>2</sup> L'article 7 de la loi 142/90 affirme que :«tous les actes de l'administration communale et provinciale sont publics, à l'exception de ceux par disposition directe de la loi ou par effet d'une déclaration motivée ou temporaire du maire ou du président de la province». Notre traduction.

<sup>3</sup> Article 4 alinéa 2.

<sup>4</sup> L'article 4 alinéa 2 est repris par l'article 1er de la loi du 3 août 1999, n° 265 et se trouve désormais dans l'article 6 du Recueil des lois des administrations locales institué par la loi n° 267 de 2000. Par ailleurs, l'article 7 de ce recueil relatif aux «*Instituts de participation*» affirme le principe général de publicité de tous les actes de l'administration communale et provinciale, en prescrivant que les règlements locaux assurent aux citoyens, seuls ou associés, sans être obligés de démontrer un intérêt particulier, le droit d'accéder à tous les actes administratifs et d'en obtenir copie, et, plus en général, le droit d'accéder aux informations en possession de l'administration. Pour les conseillers, il est prévu qu'ils ont le droit d'obtenir des autorités toutes les informations utiles à l'exercice de leur mandat, avec l'obligation de garder le secret dans les cas prévus par la loi.

provinciales qui ne se trouvent pas encore insérées dans des documents<sup>1</sup>. Néanmoins, c'est seulement avec la loi n° 241 de 1990, que pour la première fois le législateur italien dicte des principes généraux applicables indistinctement à toutes les procédures administratives et au droit d'accès aux documents administratifs.

## **B Le droit d'accès aux documents reconnu comme principe général par la loi n° 241/1990**

La reconnaissance en Italie du droit d'accès aux documents a, comme en France, marqué une «évolution historique» du fonctionnement de l'administration publique<sup>2</sup>. Après la conquête des droits politiques et civils à la suite de la Révolution française, et après la prise de conscience des droits économiques et sociaux à la suite du XIX siècle et de la première moitié du XX siècle (avec l'affirmation du *Welfare-State*), c'est la reconnaissance de la troisième génération des droits de l'homme et des libertés publiques qui se concrétise par la reconnaissance des droits à l'information administrative.

L'innovation principale de la loi n° 241/1990 consiste dans l'application des principes de transparence et de publicité à l'activité administrative par la reconnaissance du droit d'accès aux documents administratifs. L'examen de cette loi nécessite d'abord de tenir compte de la procédure législative de la loi n° 241/90 (1) qui permet d'apprécier les finalités (2), avant d'analyser le champ d'application personnel (3) et le champ d'application matériel(4).

---

<sup>1</sup> Etant donné que notre analyse concerne principalement la loi n° 241/1990, il n'était pas possible pour des raisons de temps, de développer plus dans les détails la loi n° 142/1990. Cependant il faut faire quelques précisions relatives à cette loi. Concernant le champ d'application, la loi n° 142/1990 limite le droit d'accès au «citoyen» alors que la loi n° 241/1990 l'élargit à «quiconque», ce qui signifie que dans le cas d'application de la loi n° 142/1990 les étrangers, apatrides, et citoyens des autres communes et provinces sont exclus du droit d'accès. Voir dans ce sens aussi I. FRANCO, «Trasparenza, motivazione e responsabilità, partecipazione e diritto d'accesso nella legge 241/1990». *Foro Amministrativo*, 1992, p. 1282. Le fait que la loi n° 142/1990 n'oblige pas le demandeur à motiver sa demande d'accès est particulièrement intéressant, ceci constitue la différence la plus importante avec la loi n° 241/1990.

<sup>2</sup> A. HOLLEAUX, «Les lois de la “troisième génération des droits de l'homme” ; ébauche d'étude comparative», in *RFDA*, 1980.

## **1 La procédure législative de la loi n° 241/1990**

La procédure législative de cette loi a été tumultueuse. Du fait de la situation politique italienne, le projet initial a été profondément changé dans un sens moins favorable pour les citoyens, notamment en limitant le droit d'accès aux documents administratifs.

La commission qui fut formée et appelée « Nigro » élaborait deux projets de loi par la suite réunifiés dans un texte unique concernant la procédure administrative et l'accès aux documents administratifs. Une deuxième commission appelée « Bozzi » qui avait comme compétence d'élaborer des réformes institutionnelles affirmait dans ses propositions finales parmi les objectifs à garantir : « la pleine transparence de l'administration publique et de ses procédures ». L'article 21 bis de ce projet prévoyait que dans « les limites de la loi, tous ont le droit de rechercher, de transmettre et de recevoir des informations, ainsi que d'accéder aux documents ainsi qu'aux actes administratifs qui les concernent ».

Or le droit d'accès aux documents administratifs garantis par la loi n° 241/1990 est loin de son projet initial présenté par les deux commissions, qui voulait garantir à tous indifféremment un droit général d'accès aux documents administratifs. La Commission Nigro a essayé de fixer des règles pour rendre immédiatement effectif le droit d'accès aux documents administratifs. La proposition de cette commission consistait à reconnaître le droit d'accès à tous et pour tous les documents de l'administration publique. Ainsi, il n'y aurait plus eu besoin de distinguer si les documents sont relatifs à des procédures en cours ou à des procédures conclues, s'ils concernent ou non le demandeur, s'ils sont nominatifs ou non, bref, un droit d'accès général. L'administration devait travailler en état de transparence maximum. Ces propositions n'ont pas été retenues dans leur intégralité dans la loi n° 241/1990, car le projet de loi gouvernemental s'est éloigné du projet élaboré par la Commission Nigro. En effet, le droit d'accès est octroyé seulement aux personnes qui peuvent démontrer un intérêt légitime à consulter des documents administratifs. Ainsi, les demandes d'accès doivent être motivées afin de permettre à l'administration de s'assurer de l'existence d'un intérêt légitime. Par conséquent le texte final de la loi n° 241/1990 n'est pas parvenu à son objectif principal, qui devrait être d'assurer la transparence absolue des actes de l'administration publique, en garantissant l'accès de tous à tout. Le texte final n'élargit pas assez les droits civiques des citoyens et ne semble pas permettre un contrôle « populaire » efficace de l'action administrative qui constituait la finalité de cette loi. Finalement, le droit d'accès aux

documents garantis par la loi n'est qu'un instrument procédural créé pour sauvegarder des situations juridiquement importantes qui sont surtout de caractère économique.

## **2 La finalité de la loi n° 241/1990 : la publicité du processus décisionnel de l'action administrative**

Le législateur italien a voulu renverser à travers le vote de cette loi la situation du secret qui caractérisait l'activité administrative. Comme le faisait déjà le modèle français avec la loi du 17 juillet 1978, la loi italienne sur l'accès aux documents n° 241/1990 s'intègre dans ce processus de renouvellement des rapports entre l'administration et le citoyen, processus défini comme «la longue Marche vers la transparence»<sup>1</sup>. Le droit d'accès garanti par la loi n° 241/1990 se situe comme un droit subjectif que le titulaire peut faire valoir par rapport à l'administration publique afin d'obtenir de celle-ci une prestation déterminée, consistant dans la possibilité de prendre connaissance des documents administratifs et de la possibilité d'obtenir la copie des documents créés ou en possession de l'administration publique et utilisée à des fins administratives<sup>2</sup>. Ainsi la loi n° 241/1990 pose comme finalité « la publicité, l'efficacité et l'économicité » garantie à travers le droit d'accès et qui doit concerner en premier lieu le processus décisionnel pour permettre de rendre visible une façon d'être de l'administration publique. Ces principes doivent créer des conditions de clarté et de transparence entre le citoyen et l'administration publique.

L'objectif de majeure transparence poursuivi en ligne générale par la susdite loi ressort du reste déjà dans l'art. 1 qui, à l'alinéa 1, parmi les critères qui doivent guider l'activité administrative, expressément énonce celui de «publicité». Par conséquent, la transparence de l'action administrative apparaît comme le résultat auquel l'administration doit aspirer, en se servant des différents instruments mis à sa disposition d'une part et de la possibilité du citoyen de contrôler cette activité d'autre part. Ce contrôle peut consister en la possibilité pour le destinataire de participer à la procédure, ou la possibilité de connaître les actes administratifs à travers le droit d'accès ou encore les différentes formes de publicité. Sans préjudice des dispositions concernant l'obligation de publication de certaines catégories d'actes sur le Journal officiel, l'art. 26 de cette loi dispose l'obligation de publier « les directives, les programmes, les institutions, les circulaires et tout acte qui dispose en général

---

<sup>1</sup> B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, PUF, Paris 1987, p. 3.

<sup>2</sup> Cf. R. CHIEPPA, «La trasparenza come regola nell'azione della P.A.», *Iustitia*, 1995, p. 187.

sur l'organisation, sur les fonctions, sur les objectifs, sur les procédures d'une administration publique ou bien dans lesquels on établit l'interprétation de normes juridiques ou on dicte des dispositions pour l'application de celles-ci ». Or cette publication doit être réglementée, par les différents règlements des différentes administrations.

Cependant, la loi, sans fixer les critères auxquels les différentes administrations doivent se conformer, ni déterminer le temps pendant lequel elles doivent se doter de règles prises en matière, fait que cette disposition risque de rester lettre morte. Par conséquent, cette disposition apparaît plutôt comme une simple affirmation de principe. À ceci il faut ajouter le principe de l'obligation de motivation des actes administratifs. Or, la doctrine et la jurisprudence ont toujours considéré qu'il n'existait pas d'obligation générale de motivation des actes administratifs en l'absence d'une disposition législative générale. La motivation était donc considérée comme nécessaire uniquement si elle était imposée par la loi ou par la nature de l'acte, par exemple dans le cas d'actes négatifs, d'actes décisifs ou d'actes de retrait<sup>1</sup>. Or, la loi lie motivation et transparence en prévoyant que :

« Toute mesure administrative, y compris celles concernant l'organisation administrative, le déroulement des concours publics et le personnel, doit être motivée, sauf dans les hypothèses prévues dans le deuxième alinéa . La motivation doit indiquer les raisons de fait et de droit qui ont déterminé les décisions de l'administration en rapport avec les résultats de l'instruction. La motivation n'est pas requise pour les actes normatifs et ceux à contenu général.»

Ainsi, la motivation a acquis le statut de principe d'application générale permettant à l'administré de connaître les objectifs et le raisonnement adopté par l'administration publique dans la prise de ses décisions et participe ainsi à la mise en œuvre du droit à l'information. Le caractère général a été souligné par la Cour constitutionnelle, qui a étendu son champ d'application aux procédures réglementées par des lois précédentes<sup>2</sup>.

Enfin le panorama législatif en matière de transparence administrative s'enrichit de façon significative depuis 1990 par la création des soi-disants services multi-fonctions d'accès et les bureaux pour les relations avec le public (*Uffici relazioni con il pubblico, ci – après URP*)<sup>3</sup> mérite d'être cité. Il a marqué un effort significatif vers plus de transparence administrative. Ces bureaux sont prévus pour toutes les administrations publiques au niveau

---

<sup>1</sup> F.CARINGELLA, L. DELPINO, F. del GIUDICE, *Diritto amministrativo*, 19ème ed., op. cit. p. 466 et s.

<sup>2</sup> Sent. n° 311, 1994, *Giur. Cost.*, 1994, p. 1894.

<sup>3</sup> D. Legislativo n° 29/93, modifié par la loi n° 273/95 et maintenant fondu dans l'article 11 D. Legislativo n° 165/2001 relatif au bureau pour la relation avec le public, sp. article 12.

central et au niveau local. Leur fonction se résume dans la production d'informations sur demande ; dans la gestion de l'accès aux documents administratifs et des droits de participation ; dans l'organisation du service self-service qui signifie la mise en place d'instruments facilement accessibles par le public et qui satisfait automatiquement les besoins d'information ; dans la promotion et la réalisation d'initiatives de communication d'utilité publique ; et dans la vérification des rapports avec l'utilisateur avec le but de connaître les besoins et les propositions pour améliorer les rapports avec les usagers.

Il semble évident que la fonction des URP est de surmonter les résistances de la bureaucratie dans l'application de la loi 241/1990 en améliorant les rapports, réticents et méfiants, entre usagers et bureaucratie.

L'ensemble de ces mesures doit permettre entre autres la mise en œuvre du droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 241/1990<sup>1</sup>. La Directive du Président du Conseil des Ministres du 11 octobre 1994 relative aux principes pour la création et le fonctionnement URP précise que « toutes les administrations de l'État y compris les institutions et écoles de tout type et degré et les institutions éducatives, les entreprises et administrations de l'État, des Régions, provinces, communes, communautés de montagne et leurs coopératives et associations, les institutions universitaires, les chambres de commerce de l'industrie et de l'artisanat et les services sanitaires nationaux » doivent se conformer aux principes de la loi et sont donc tenus de se doter d'un URP et garantir le fonctionnement de façon cohérente à la loi économiquement valide et efficace. En particulier le deuxième point de la Directive précise que « la finalité de la Directive est de permettre la mise en œuvre du principe de transparence administrative, le droit d'accès aux documents et à une information correcte des usagers ». Les finalités des URP sont définies par le décret législatif n° 29/1993 qui oblige les administrations publiques, afin de garantir la mise en œuvre de la loi du 7 août 1990 n° 241, à créer, «à l'intérieur de leur structure les URP»<sup>2</sup> et en spécifiant que ces URP doivent utiliser les technologies informatiques afin de permettre l'exercice des droits garantis par la loi n° 241/1990 et donc aussi l'information<sup>1</sup>. La loi du 7 juin 2000, n° 150 relative à la discipline de l'activité d'information et de communication des administrations publiques dispose que les administrations publiques doivent réorganiser et redéfinir les structure et fonction des URP afin de garantir l'exercice des droits à l'information, de participation et d'accès garanti par la

---

<sup>1</sup> En particulier l'article 11 , alinéa 1er du D. Lgs. 165/2001 dispose que les administrations publiques, afin de garantir l'effectivité de la loi n° 241/1990 – surtout en matière de droit d'accès aux documents –constitue dans le cadre de leur structure organisationnelle les bureaux pour la relation avec le public.

<sup>2</sup> Article 12, paragraphe 1 Décret législatif 3 /02/1993, n° 29 précité.,

loi n° 241/1990, en facilitant l'accès et l'utilisation de la part des citoyens des services offerts et en développant les structures utilisées pour la communication et l'interconnexion télématique<sup>2</sup>. Or il faut préciser que la loi ne dispose pas de moyens financiers. L'ensemble de ces mesures risque donc de rester lettre morte, sans vraiment être appliquées.

Il faut souligner enfin que le législateur vient d'affirmer que la liaison très stricte entre l'accessibilité aux documents administratifs et les principes fondamentaux de participation à l'action administrative et de transparence et impartialité de celle-ci portent à cadrer la garantie de l'accès parmi les «niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux » qui doivent être assurés sur tout le territoire national et qui entrent par conséquent dans la compétence législative exclusive de l'État même selon le nouveau régime de partage des compétences fixé par le nouvel art. 117 de la Constitution, modifié par la loi constitutionnelle n. 3 du 2001<sup>3</sup>.

Ainsi le droit d'accès aux documents administratifs, même s'il n'est pas le seul instrument pour garantir la transparence administrative, constitue néanmoins le principe garantissant la publicité du processus décisionnel de l'action administrative, et donc aussi le principe le plus important et le plus décisif dans le domaine de la transparence.

### **3 Le champ d'application personnel du droit d'accès aux documents**

Le champ d'application personnel du droit d'accès aux documents concerne d'une part les titulaires ou bénéficiaires du droit d'accès (a) et les sujets passifs, qui sont ceux qui doivent permettre l'exercice du droit d'accès (b).

#### **a Les sujets titulaires du droit d'accès : les positions légitimes**

Concernant les sujets titulaires du droit d'accès, il faut faire une distinction entre l'accès «participatif » prévu dans le cadre de la participation à la procédure administrative de la part des sujets intéressés<sup>4</sup>, c'est-à-dire, outre les destinataires directs de la disposition

---

<sup>1</sup> Idem, article 12, paragraphe 2, points a et b.

<sup>2</sup> Article 8. loi n° 150 du 7 juin 2000, Loi relative à la réglementation des activités d'information et de communication des administrations publiques.

<sup>3</sup> Voir projet de réforme n° 3890, précité, article 14, paragraphe 2.

<sup>4</sup> Article 10 loi n° 241/1990,.

finale, ceux qui, selon la loi, doivent intervenir dans la procédure<sup>1</sup>. Dans ce cas, l'accès aux documents ne laisse aucun espace à des évaluations discrétionnaires de l'administration, ni n'apparaît subordonné aux décisions de celle-ci par rapport à l'admissibilité ou non de la demande, qui n'a donc besoin d'aucune motivation spécifique<sup>2</sup>.

Dans le cas du droit d'accès non lié à une procédure administrative, la situation est tout à fait différente. C'est le droit d'accès appelé «informatif». La loi s'applique à tous indépendamment de la citoyenneté: la formulation définitive de l'article 22 de la loi 241 reconnaît le droit d'accès à «quiconque» a un intérêt, en considérant sous ce profil le citoyen, l'étranger et les apatrides, à condition naturellement que la personne se trouve dans une position légitime pour l'exercice du droit d'accès<sup>3</sup>. Le fait d'utiliser le terme «quiconque» dans l'article 22 élargit le champ des tenants du droit d'accès. Cela peut être en effet toute personne physique, citoyen, étranger ou apatride, comme toute personne qui a la capacité d'agir et donc qui est majeure, ou toute personne morale (association, organisation, société, etc.) dotée de la personnalité juridique ou en dernier lieu tout sujet porteur d'intérêts publics (comités, administrations et associations).

À la différence du projet initial élaboré par la commission Nigro qui reconnaissait à tous le droit d'accès aux documents administratifs, le texte définitif de l'article 22 alinéa 1 de la loi 241/1990 reconnaît le droit d'accès seulement à ceux qui ont «un intérêt pour la protection des situations juridiquement importantes» au but déclaré «d'assurer la transparence de l'activité administrative et d'en favoriser le développement impartial»<sup>4</sup>. Or de cette façon, le législateur a voulu justifier la reconnaissance du droit d'accès principalement comme une participation des intéressés à la procédure administrative, en tant que moyen pour une protection plus efficace de positions juridiques subjectives, et non comme un moyen d'assurer une transparence effective de l'action administrative<sup>5</sup>.

La mise en œuvre du droit d'accès par le décret Décret du Président de la République du 27 juin 1992, n° 352 a en effet précisé que l'intérêt qui légitime la demande d'accès doit être «personnel et concret»<sup>6</sup>. Le Règlement affirme la nécessité de l'existence d'un intérêt

---

<sup>1</sup> L'accès participatif fera objet du titre I partie II.

<sup>2</sup> Cf. Alessandra SANDULLI, op.cit. p. 10.

<sup>3</sup> Le Conseil d'État s'est prononcé dans ce sens lors de sa séance générale n. 7/1987, 17 février 1987 relative au projet de loi n° 241/1990.

<sup>4</sup> Notre traduction.

<sup>5</sup> G.CORSO-F.TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Magoli Editore Rimini, 1991, 140.

<sup>6</sup> Article 2 alinéa 1.



personnel et concret. Cela signifie un intérêt qui peut être individué, non pas futur ou hypothétique, mais tangible et qu'il est possible de préciser<sup>1</sup>. Cette situation peut être liée à une situation avantageuse pour le demandeur, mais peut aussi consister dans la résistance à une situation qui n'est pas à son avantage et qui trouve son origine dans l'activité administrative. L'exercice du droit d'accès est par conséquent subordonné à l'exigence de protéger une situation juridique particulière du demandeur<sup>2</sup>. En conséquence, le droit d'accès n'est pas reconnu à tous généralement, mais seulement à ceux qui se trouvent dans une situation légitime. Cela signifie qu'il doit exister un rapport particulier entre l'acte ou la procédure administrative et la demande d'accès aux documents administratifs. Afin de permettre à l'administration de vérifier la légitimité du demandeur, celle-ci ( article 25 alinéa 2) oblige le demandeur à motiver sa demande d'accès. C'est seulement à travers la motivation de la demande d'accès que l'administration dispose d'une possibilité de vérifier l'existence d'un rapport entre la demande d'accès et la situation juridiquement importante que le demandeur veut protéger par l'accès aux documents. L'accès ne peut donc pas être motivé par la simple curiosité du demandeur<sup>3</sup>. Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que « le droit d'accès se représente comme un droit à l'information qualifiée par rapport à une légitimation spécifique à identifier dans la possession d'un intérêt pour la protection de situations juridiquement importantes, à l'exclusion d'un objectif de contrôle généralisé sur l'administration » (Sect. 6ème, 24/5/1996 n 727). La Commission pour l'Accès aux Documents Administratifs (ci-après CADA) instituée aux termes de l'article 27 de la loi n° 241, par la Directive du 18 avril 1994, n° 27720/27, affirme que la « situation juridiquement importante » affirmée par la loi n° 241/1990 doit être un « intérêt administrativement protégé » défini à son tour comme un intérêt « sérieux, non émulateur, ni reconductible à la simple curiosité (...) rapportable à la personne du demandeur par un lien spécifique », mais qui « non nécessairement coïncide avec une position d'intérêt légitime ou de droit subjectif » qui au contraire peut être sauvegardé au niveau juridictionnel<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> VITTORIO ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n.352)* Giuffrè editore, 1994, p. 65.

<sup>2</sup> Une situation particulière qui légitime l'accès revient en outre aux conseillers communaux et provinciaux par rapport aux «nouvelles» et aux «informations» «utiles à l'accomplissement de leur propre mandat», possédées par les bureaux, respectivement de la commune ou de la province, ainsi que par les entreprises ou organismes qui dépendent de ceux-ci, sans préjudices de l'obligation de ces mêmes sujets de garder le secret sur les susdites nouvelles et informations dans les cas prévus par la loi (à ce propos, voir Conseil d'État, Sect. 5ème, 21.2.1994, n. 119, 7.5.1996, n. 528; 22.2.2000 n. 940).

<sup>3</sup> G.ARENA, op. cit., P; 33.

<sup>4</sup> Cf. Alessandra Sandulli, L'accès aux actes et documents administratifs en Italie, op. cit.

La jurisprudence administrative a, après quelques incertitudes<sup>1</sup>, adopté une interprétation extensive de l'expression « situation juridiquement importante » : elle reconnaît le droit d'accès à toutes les situations utiles auquel le système juridique reconnaît une forme quelconque de protection<sup>2</sup>). L'expression « *protection* » ne peut pas se limiter à indiquer la protection juridictionnelle, ni une forme de « réaction à une menace de fait », mais elle vaut aussi « comme exercice positif d'une situation juridique subjective »<sup>3</sup>. Plus encore comme l'a précisé l'actuel Président de la Cour constitutionnelle italienne, autrefois Président de section du Conseil d'État, la protection à laquelle se réfère l'art. 22 loi n. 241, « n'est pas seulement une protection juridictionnelle, mais elle comprend toutes les formes de protection, de défense et de sauvegarde de la position du sujet qui peuvent être aussi de caractère simplement moral »<sup>4</sup>. Le Conseil d'État italien s'est avec le temps rallié à cette interprétation extensive du droit d'accès. Selon celui-ci, le droit d'accès doit être reconnu aussi aux porteurs d'intérêts diffus et collectifs<sup>5</sup>. Mais dans ce cas la légitimation à l'accès des associations porteuses d'intérêts diffusés doit être considérée admise exclusivement pour la protection de l'intérêt indifférencié de la catégorie représentée et non même pour celle des intérêts propres de chaque associé<sup>6</sup>

Ainsi dans le domaine de la santé, le droit d'accès a été reconnu à une association pour la protection du malade afin d'obtenir des informations sur les caractéristiques et l'efficacité thérapeutique d'un produit pharmaceutique<sup>7</sup>. Enfin, le juge administratif a reconnu aussi à la presse le droit d'accès aux actes de l'administration publique qui présentent des intérêts pour le lecteur, en conformité avec la position de la Cour constitutionnelle italienneselon laquelle la liberté d'information comprend aussi la liberté d'acquérir des informations. Cette solution ou interprétation s'appuie sur une interprétation systématique de l'article 9 de la même loi, lequel garantit le droit de participation aux associations et comités porteurs d'intérêts collectifs ou diffus. D'ailleurs, le projet de réforme *in itinere* (précité) fait figurer parmi les « intéressés » également les porteurs d'intérêts publics ou diffusés. La jurisprudence

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, Sect. 6ème, 27 mai 1992, n° 193.

<sup>2</sup> (T.A. RI 21.3.1997 n 471

<sup>3</sup> Romano Tassone, *Considerazioni*, op. cit. 437 s.

<sup>4</sup> Chiappa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, en *Dir. Econ.*, 1994, 623.

<sup>5</sup> (Conseil d'État section IV 16.12.1998 n 1683 ; Conseil ; d'État section IV 27.05.1998 n 725)

<sup>6</sup> Conseil d'État, Sect. 6ème, 3.2.1995, n. 158; Conseil d'État, Sect. 6ème, 19.10.1995, n. 1190, ment.; Conseil d'État, Sect. 6ème, 26.3.1992, n. 193).

<sup>7</sup> Conseil d'État, sez. IV., 26 novembre 1993, n. 1036, in *Cons. Stato.*, 1993, I, p. 1418.

administrative s'est attachée dans les dernières années à reconnaître de plus en plus le droit d'accès comme « un droit subjectif autonome à l'information ».

Ainsi, ce droit existe aussi quand le demandeur n'est pas titulaire d'une « situation juridique importante », à condition que l'administration puisse reconnaître un « intérêt légitime » du demandeur à la connaissance de l'acte administratif. Néanmoins, cet intérêt n'est pas dû à la simple curiosité<sup>1</sup>. Le juge administratif a ainsi précisé qu'un intérêt générique ou une demande qui a comme but de seulement contrôler le bon fonctionnement de l'action administrative n'est pas considéré comme un intérêt justifiant une demande d'accès<sup>2</sup>. Dans la décision du 1er janvier 1994 n° 21 du Conseil d'État sec. IV <sup>3</sup>, il est précisé que « la position qui légitime l'accès aux documents selon laquelle le demandeur doit posséder tous les requis, qualités et conditions qui légitiment le recours au juge administratif n'est pas nécessaire ». Finalement, le juge reconnaît le droit d'accès à quiconque se trouve dans une situation légitime, c'est-à-dire dans un rapport avec l'affaire ou la procédure au sujet de laquelle on demande d'exercer le droit d'accès à condition de pouvoir démontrer que les actes ou documents demandés produisent ou peuvent produire des effets directs à l'égard du demandeur, indépendamment de la lésion d'une position juridique concrète <sup>4</sup>.

De façon générale, il ressort de la jurisprudence administrative que le fondement de l'accès aux documents résulte de l'existence pour le demandeur d'une situation digne d'être protégée<sup>5</sup>. Ainsi, le droit d'accès n'est pas limité à l'existence d'une position de droit subjectif ou d'intérêt légitime. Il peut s'exercer même indépendamment de l'existence d'une atteinte à la position juridique du demandeur et cependant, *a fortiori*, de son actualité<sup>6</sup>. Le contrôle de l'intérêt à l'accès aux actes se fait en référence aux fins que le demandeur déclare de poursuivre sans qu'aucune appréciation puisse être faite par rapport au bien-fondé ou à l'admissibilité de l'éventuelle demande judiciaire que l'intéressé ira éventuellement

---

<sup>1</sup> Conseil d'État sec VI du 1er octobre 1996, n°1288, in Consiglio . Stato 1996, I, 1535, Conseil d'État sec.IV 10 septembre 1996, n°1024, in Consiglio di Stato, 1996, I 1306, Conseil d'État sec. VI 3 février 1996 n. 98, in Consiglio di Stato 1996, I 133 Conseil d'État sez IV 23 octobre 1995, n. 1483, in Consiglio di Stato1995, I 1349.

<sup>2</sup> Conseil d'État, Sect. 4ème, du 3 février 1994, n° 98.

<sup>3</sup> In Consiglio si Stato, 1994, I 5.

<sup>4</sup> Conseil d'État, Sect. 4 ème , 18 mai 1998, n° 840; Conseil d'État, Sect. 4ème , 27 aout 1998, n° 1137; Conseil d'État, Sect. 4ème , 3 février 1996, n° 98 ; 2" octobre 1995; n° 830 et Conseil d'État, Sect. 6ème , 1er octobre 1996, n° 1288.

<sup>5</sup> Conseil d'État, Sect. 4ème, 6.3.1995, n. 158.

<sup>6</sup> Conseil d'État, Sect. 4ème, 10.9.1996, n. 1024; Conseil d'État, Sect, 6ème, 19.7.1994, n. 1243, ment.; Conseil d'État, Sect. 6ème, 13.6.1995, n. 588; Conseil d'État, Sect. 4ème, 26.11.1993, n. 1036, ment.; Conseil d'État, Sect. 4ème, 17.6.1997, n. 649.

proposer<sup>1</sup>. Peut-on voir dans ces affirmations le signe d'un droit d'accès général aux documents administratifs qui serait en train de s'affirmer par la voie jurisprudentielle ?

Le droit d'accès constitue donc une forme de protection distincte et autonome du contrôle juridictionnel<sup>2</sup>. Cela dit, la marge de pouvoir discrétionnaire que la loi laisse à l'évaluation d'admissibilité de la requête de la part de l'administration<sup>3</sup> renforce la théorie que l'expression « situation juridiquement importante » doit être interprétée comme concernant l'accès en termes d'intérêt légitime<sup>4</sup>. Mais cette interprétation n'est pas définitive. D'ailleurs plusieurs ont soutenu que la vérification de la part de l'administration publique par rapport à l'instance d'accès se limite à la seule vérification du caractère légitime de la situation et donc différemment de ce qui a lieu par rapport à « l'intérêt légitime »<sup>5</sup>.

L'administration vérifie par conséquent la position légitime du demandeur pour l'accès aux documents administratifs. Une demande sans un intérêt précis ne suffit donc pas pour valider une demande d'accès. Cependant, on ne peut que constater avec regret que le projet de loi de réforme<sup>6</sup> semble changer dans un sens restrictif le droit d'accès aux documents administratifs. En effet le nouveau texte de l'article 22 qualifie comme « intéressés », « tous les sujets privés, y compris les porteurs d'intérêts publics ou diffus, qui ont un intérêt direct, concret et actuel, correspondant à *une situation juridiquement sauvegardée* et liée au document pour lequel on demande l'accès » qui ne peut en tout cas pas être préordonné « à un contrôle généralisé des actes des administrations publiques »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, Sect. 4ème 4 février 1997, n° 82.

<sup>2</sup> Alessandra SANDULLI, «L'accès aux actes et documents administratifs en Italie», op. cit, p. 14.

<sup>3</sup> Accrue par la possibilité, qui lui a été reconnue par l'art. 24 loi n. 241, de différer l'accès aux documents jusqu'à ce que la connaissance correspondante puisse empêcher ou faire gravement obstacle au déroulement de l'action administrative.

<sup>4</sup> Voir notamment dans ce sens, L. A. MAZZAROLLI, «L'accesso ai documenti amministrativi» I parte, in *Studium Juris*, Cedam, Padova 1998, n. 2, p. 18. L'assemblée plénière du Conseil d'État s'est exprimée également dans ce sens, 24 Juin 1999 n. 16, en affirmant que la qualification de l'accès comme intérêt légitime dérive du pouvoir réglementaire, même discrétionnaire, qui revient en matière à l'administration publique (art. 24 alinéa 6).

<sup>5</sup> Voir notamment GALLO Graziano, PEZZULLO Giancarlo «Il destinatario della richiesta di accesso agli atti dell'accertamento» in *Rassegna tributaria*, 1998, fasc. 1 (février), pp. 93-113 ; CARINGELLA F., GAROFOLO L., SEMPREVIVA M.T. *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1999 ; MAIELLARO M. «Brevi considerazioni sulla posizione minima legittimante l'accesso ai documenti amministrativi», in *Rassegna giuridica della sanità*, Roma, 1997, n. 161, p. 11.

<sup>6</sup> Projet de loi n° 3890, «Modification et intégration à la loi du 7 juillet 1990, n° 241, relative aux normes générales sur l'action administrative» *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa* de réforme approuvé par le Sénat le 29 juillet 2004: et transmis à la Chambre des députés. Texte disponible sur le site internet du Sénat italien : [www.senato.it/leg/14/BGT/Schede/Ddliter/20827.htm](http://www.senato.it/leg/14/BGT/Schede/Ddliter/20827.htm).

<sup>7</sup> Idem.

Ce choix est plus restrictif que celui utilisé par la loi n° 142 de 1990 et surtout ne respecte pas du tout la recommandation n° 81-89 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui invite explicitement à ne pas refuser l'accès à l'information si le demandeur n'a pas d'intérêts particuliers en la matière. Finalement, le fait d'avoir posé ces conditions, qui limitent les sujets légitimés à l'accès, constitue une forte déception puisque le législateur avait conçu l'accès comme instrument généralisé de garantie de la transparence de l'administration publique, en l'encadrant parmi ce que l'on appelle les «nouveaux droits » du citoyen à l'égard des pouvoirs publics.

### **b Le champ d'application personnel**

Les administrations de l'État, y compris les sociétés autonomes, les personnes morales de droit public et les concessionnaires des services publics, sont obligées de consentir l'exercice du droit d'accès sur la base de la loi n° 241/1990<sup>1</sup>. Font partie de l'administration publique toutes les structures organisationnelles centrales et périphériques qui dépendent de l'administration étatique, comme aussi les personnes morales de droit public.<sup>2</sup> Le juge administratif a par ailleurs précisé que «la loi s'applique aussi par rapport aux sujets, qui bien que n'étant pas qualifiés comme personnes morales de droit public, constituent des organismes de droit public »<sup>3</sup>. C'est le cas des entreprises autonomes, qui normalement n'ont pas de personnalité juridique, mais qui sont dotées d'une organisation administrative propre chargée d'exercer des activités de caractère technique économique; c'est également le cas des entreprises qui exercent des services publics sous un régime de concession, comme les postes et télécommunications, les services de transport ferroviaire, ou la transmission radio et télévision et celles qui exercent des services de transports publics. Le champ d'application personnel a été par ailleurs élargi par la loi n° 57 du 5 mars 2001, qui oblige les sociétés d'assurance, dans la branche de l'assurance obligatoire dans le domaine de la circulation routière des voitures, à autoriser à l'assuré et à la victime le droit d'accès aux actes joints à la procédure d'évaluation, de constatation et de remboursement du dommage.

La loi s'applique aux régions selon les prescriptions de l'article 29 qui affirme que : « les régions à statut ordinaire réglementent la matière disciplinée par la présente loi dans le

---

<sup>1</sup> Article 23 loi n° 241/1990, modifié par l'article 4 de la loi L. 265/1999.

<sup>2</sup> G.CORSO-F.TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Magoli Editore Rimini, 1991, 140.

<sup>3</sup> T.A.R., Lombardia, sez. III. N° 440.

respect des principes déductibles des dispositions contenues dans la loi, et qui constituent des principes généraux du système juridique ». « Ces dispositions — ajoute encore la norme — opèrent directement par rapport aux régions tant qu’elles n’ont pas légiféré dans la matière ». Ainsi, la loi laisse la possibilité aux régions avec un statut ordinaire de légiférer en matière de droit d’accès, mais la législation régionale ne pourra pas se dissocier des principes établis par la loi n° 241/1990. En termes encore plus précis, l’article 2 du Décret du Président de la République n. 352 du 1992 faisait référence à « toutes les administrations publiques » et aux « concessionnaires des services publics », en soulignant de cette façon le pouvoir d’exercer le droit d’accès à l’égard de n’importe quel centre d’imputation juridique de droit public, sans préjudice des différentes disciplines spécifiques éventuellement prévues dans le cadre national, régional ou local. La législation de la région Marche est dans ce contexte intéressant : elle a en effet reconnu à tous un droit d’accès aux documents administratifs, justifié par la simple curiosité<sup>1</sup>. Les régions à statut spécial et les provinces autonomes de Trente et de Bolzano doivent elles aussi assurer l’adéquation de leurs systèmes respectifs aux règles fondamentales de la loi 241/1990.

#### **4 Le champ d’application matériel**

Quant au cadre objectif du droit d’accès, il faut faire référence à l’art. 22 loi n° 241/1990 qui donne une définition très large de documents administratifs (a), parmi lesquels se trouvent également les documents internes (b).

##### **a Définition de document administratif**

Sont des documents administratifs : « toute représentation graphique, photocopiatographique, électronique et de tout autre genre, du contenu des actes, même internes, formés par les administrations publiques ou de toute façon utilisés aux buts de

---

<sup>1</sup> L’article 1 de la loi régionale de la région Marche affirme : « est reconnu aux termes de l’article 57 du statut, à tout sujet, porteur d’intérêts publics ou d’intérêts privés, ainsi qu’au porteur d’intérêts diffus constitué en association, ou comité, le droit d’accès aux actes administratifs avec efficacité externe de la Région, des personnes morales de droit public et des concessionnaires de services publics régionaux » avant de préciser dans le deuxième paragraphe de l’article 1 qu’ « est reconnu aussi aux termes du titre V. de la loi du 7 août 1990, n° 241 à quiconque a un intérêt pour la protection des situations juridiquement importantes le droit d’accès aux autres documents administratifs. » Loi Régionale, 14 janvier 1992, n° 2, Norme concernant le droit d’accès aux documents et sur la transparence de l’activité administrative régionale, *B.U. 23 janvier 1992, n 7.*

l'activité administrative »<sup>1</sup>. La définition a été reprise par l'art. 1 du Décret du Président de la République 28.12.2000 n 445 (recueil des lois en matière de documentation administrative).

Le législateur italien n'a donc pas choisi, contrairement au législateur français, de citer une liste de types de documents accessibles, mais a préféré donner une définition générale très large: elle permet de considérer comme documents administratifs les documents produits par l'administration, mais aussi ceux qui ne sont pas produits par l'administration, mais utilisés par celle-ci pour son activité. Ainsi, la définition de document administratif proposée par l'art 22 loi 241/90 signifie que tous les actes utilisés par l'autorité administrative font partie du droit d'accès. De cette manière, le droit d'accès peut être exercé également par rapport aux actes de droit privé de l'administration publique<sup>2</sup>. Par deux décisions importantes de 1999 (n° 4 et 5), l'Assemblée plénière du Conseil d'État italien a reconnu l'accessibilité à toutes les typologies d'actes des administrations publiques, y compris les actes régis par le droit privé. La loi n'a introduit aucune dérogation aux principes de la transparence et d'impartialité et n'a garanti aucune « zone franche » à l'égard de l'activité disciplinée par le droit privé.

Par conséquent, la loi sur l'accès aux documents administratifs a le même domaine d'application que l'art. 97 de la Constitution et concerne les actes de l'administration en tant que tels, leur caractère public ou privé n'important en rien.

Selon cette orientation, donc, même l'activité des entreprises et des concessionnaires publics, quand elle se manifeste dans la gestion d'intérêts publics, entre dans le domaine d'application de l'art. 97 de la Constitution. L'activité des entreprises et concessionnaires publics a comme finalité de satisfaire l'intérêt collectif, de sorte que les actes correspondants sont sujets à l'accès aux termes de l'art. 23 loi n° 241/1990<sup>3</sup>. La loi n° 241/1990 ne contient pas de dispositions relatives à la phase de la communication. Dans le cas où la demande d'accès a été acceptée par l'autorité administrative, la doctrine considère que la réponse positive peut être communiquée oralement ou par une autre voie informelle, mais de toute façon la communication doit être caractérisée par la célérité pour garantir un accès très rapide<sup>4</sup>. Dans le cas où la demande d'accès concerne des documents administratifs, qui en partie sont sujets aux limitations prévues par l'article 24 de la loi n° 241/1990,

---

<sup>1</sup> Notre traduction. Le projet de réforme n) 3890, précité, ne modifie pas la définition de document administratif.

<sup>2</sup> Conseil d'État sez. IV 4 février 1997, n. 82, Maiello c. Ministero del tesoro ed ente cinema Spa, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/ 1997, p. 1015.

<sup>3</sup> Cf. Alessandra SANDULLI, «Partecipazione e autonomie locali» in *Dir. Amm.* n. 4 2002.

<sup>4</sup> Cf. P. MERIGHI, *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti, Commento alla legge 7 agosto 1990, n° 241*, Maggioli editori, San Marino, 2002, p. 225. Sp. p. 128.

l'administration est tenue d'en permettre l'accès partiel, c'est-à-dire l'accès à la partie du document qui est autorisée par la loi<sup>1</sup>.

De plus le droit d'accès n'est pas limité aux actes créés directement par l'administration publique, mais s'applique aussi à tout acte quelque soit sa nature utilisé ou pourra être utilisé pendant la procédure administrative<sup>2</sup>. Par conséquent, les actes internes pourront être objet de la demande d'accès<sup>3</sup>.

### **b Les actes internes**

L'article 22 alinéa 2 de la loi 241/1990 définit clairement les actes internes parmi les documents accessibles : ces actes sont les rapports écrits entre les différentes administrations publiques, les notes, les accords, les avis, les circulaires qui sont une forme particulière de communication interne, les directives et les instructions qui sont des actes normatifs internes à contenu général et permanent.

La référence précise dans la loi aux actes internes s'explique par le fait que pendant le déroulement d'une procédure, ou de manière générale dans les rapports interorganiques qui peuvent déterminer le contenu d'un acte administratif, des actes qui ont une efficacité uniquement interne interviennent souvent, comme c'est le cas des dispositions adressées d'un service à l'autre ou les avis informels, les directives du chef du service ou d'un supérieur hiérarchique. Dans certains cas, les actes internes comme les avis sont expressément prévus par la loi : c'est le cas des actes nécessaires à la phase préparatoire d'une procédure. Dans cette hypothèse, l'acte, encore interne, vient à assumer une portée externe, non seulement parce qu'il a une capacité de déterminer le contenu final de la procédure, mais aussi parce qu'ignorer son existence peut signifier l'illégitimité de la procédure. Sont par exemple également considérés comme documents administratifs les avis exprimés par écrit par un organe de l'administration publique dans le cadre de ses compétences<sup>4</sup>. Par conséquent, on ne peut pas nier l'intérêt d'une personne privée à connaître l'existence de l'acte interne ainsi que son contenu pour évaluer le comportement et la décision de l'administration dans une situation<sup>1</sup>. Cependant, l'accès de la part du citoyen aux documents administratifs présuppose d'une part l'existence matérielle du document et, d'autre part, comme cela a déjà été précisé

---

1 Idem.

2 D'après l'article 24 alinéa 2, loi 7 août 1990, n° 241.

3 Comme les instances, les demandes, les propositions et tout autre acte similaire provenant des privés et qui sont liés au déroulement, à l'adoption ou au contenu d'une procédure.

4 Voir dans ce sens Cour de cassation Sect. penale, 30 mai - 17 août 1990, n° 752.



auparavant, que le citoyen ait un intérêt à accéder à ces documents. Au contraire, les demandes d'accès à des documents qui n'ont pas encore été adoptés par l'autorité administrative et qui donc concernent la phase préparatoire des procédures relatives aux actes administratifs de caractère général<sup>2</sup> de programmation et de planification sont exclues du droit d'accès sauf si la loi en dispose autrement. L'accès est aussi exclu dans le cas où la demande d'accès n'est pas assez précise pour permettre de trouver le document<sup>3</sup>.

Enfin, la définition très ouverte de document administratif permet d'appliquer dans le futur le droit d'accès à d'autres types de représentation d'un document administratif que le progrès technique permettra. Cela dit, il faut préciser que le juge administratif a considéré que, (d'après la loi n° 241/1990 et plus précisément l'article 22 et suivant), les demandes d'accès qui obligeraient l'administration publique à créer un nouveau document à travers une activité d'élaboration, étant donné que cela constituerait une charge aggravant l'activité des administrations publiques, ne sont pas admissibles<sup>4</sup>. Mais l'objectif de garantir la transparence de l'action de l'administration publique trouve ses limites dans la protection de certaines valeurs fondamentales qui imposent à l'administration de refuser l'accès aux documents. La loi 241/1990 établit certaines limitations à l'exercice du droit d'accès.

## **C Les limites au droit d'accès aux documents**

Le droit d'accès aux documents administratifs tel qu'il est organisé en Italie n'est pas absolu<sup>5</sup>. Mais la loi prévoit deux limites au droit d'accès : les limites obligatoires (1) et les limites facultatives (2).

### **1 Les limites obligatoires au droit d'accès aux documents**

Les limites obligatoires au droit d'accès sont prévues par l'article 24 la loi n° 241/201, qui oblige l'administration publique à refuser de façon obligatoire l'accès aux documents pour sauvegarder les intérêts publics fondamentaux (a). Ces derniers sont en effet prioritaires par rapport à l'intérêt du particulier de connaître les actes administratifs. En particulier parmi

---

<sup>1</sup> G.ARENA op. cit , 43 et M.S. GIANNINI; *Diritto amministrativo* , Giuffré, Milano, 1988, II,896.

<sup>2</sup> Les actes de caractère législatif sont également concernés.

<sup>3</sup> T.A.R. Sicilia-Palermo, Sect. I, 21 janvier 1993, n° 25.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens Conseil d'État, sect. V. 6 avril 1998, n° 438, in F. CARINGELLA et autres, op. cit. p. 518.

<sup>5</sup> L'article 24 modifié par la loi du 13 février 2001, n° 45.

ces intérêts publics à sauvegarder se trouve le droit à la protection de la vie privée des tiers (b).

### **a La sauvegarde des intérêts publics fondamentaux**

L'article 24 énonce des intérêts spécifiques à protéger qui obligent l'administration publique à refuser l'accès aux documents. La première limite directe concerne les « documents couverts par le secret d'État », défini par la loi du 24 octobre 1977, n° 801. Cette loi crée les services d'information et de sécurité militaire et démocratique. Ont été ajoutés à l'article 24 deux textes, respectivement la loi n° 82 de 1991 portant dispositions en matière de séquestration de personne et protection des témoins de justice, et le décret législatif n° 119/1993 qui régit le changement d'identité des collaborateurs de justice.

La loi du 24 octobre 1977, n° 801<sup>1</sup> exclut la communicabilité des actes, documents, notices, activités et tout ce qui, suite à une diffusion, peut porter atteinte à l'intégrité du territoire de l'État, aux relations internationales, à la défense des institutions qui constituent le fondement de la Constitution, à l'indépendance de l'État, aux relations avec d'autres États et à la défense nationale. La définition de la loi du 24 octobre 1977 est plus circonscrite que celle que l'on peut déduire du Code pénal<sup>2</sup>. En effet, la loi n° 801/1977 précise « qu'en aucun cas des faits qui troublent l'ordre constitutionnel ne peuvent être objet du secret d'État »<sup>3</sup>. Enfin la loi de 1977 a réuni dans le secret d'État les différents types de secret : le secret politique, le secret militaire - même si ce dernier a gardé une certaine autonomie parce qu'il est rattaché à l'article 52<sup>4</sup> de la Constitution italienne - afin de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en la matière. Le secret d'État est une limite absolue à l'accès : cela signifie que, comme l'éventuel refus d'accès est justifié par la nécessité de protéger le secret, l'accès pourra être de toute façon contesté par le juge administratif aux termes de l'article 25 de la loi n° 241/1990 : l'exhibition des actes couverts par le secret est susceptible de sanction aux termes de l'art. 263 Code pénal.

L'article 24 de la loi n° 241/1990 prévoit aussi des limites plus génériques, où le législateur renvoie aux « cas de secret ou de défense de divulgation autrement prévus par le

---

1 L'article 12 de la loi 24 octobre 1977, n° 801.

2 Article 261 du Code pénal.

3 Article 12 alinéa 2 legge 24 ottobre 1977, n. 801 Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato.

4 Article 52 : « La défense de la Patrie est un devoir sacré du citoyen ».

règlement»<sup>1</sup> et à toute autre disposition actuellement en vigueur qui limite l'accès aux documents administratifs. Or le législateur ne précise pas sur la base de quel intérêt l'accès devrait pouvoir être interdit<sup>2</sup>. La disposition se limite à faire référence aux exceptions déjà prévues par le règlement, sans donc légitimer de nouvelles dérogations au principe général d'accessibilité qu'elle a introduit, si ce n'est pour les intérêts spécifiques qu'elle a ponctuellement énoncés.

En plus, l'article 24 de la loi n° 241 prévoit un ensemble d'autres secrets qui justifient le refus d'accès aux documents, en particulier : le secret professionnel<sup>3</sup>, le secret scientifique et industriel (art. 623 Code pénal), le secret épistolaire (*amplis* les secrets de communication), le secret militaire militaire (décret royal 11 juillet 1941, n 161), le secret commercial, le secret bancaire, le secret d'instruction et le secret statistique (décret législatif 6 septembre 1989, n 322). Sont aussi exclues du droit d'accès les données et informations conservées dans les archives du Centre d'élaboration des données en matière de protection de l'ordre, de la sécurité publique et de prévention et répression de la criminalité<sup>4</sup>. L'alinéa 4 de la loi 241 oblige les différentes administrations à individualiser les actes soustraits au droit d'accès.

La loi n° 241/1990 attribue au Gouvernement la possibilité d'introduire par voie réglementaire des hypothèses ultérieures d'exclusion du droit d'accès justifiées par l'intérêt public péremptoirement identifié par le législateur. Cela dit, le D P R n° 352 s'est limité à préciser les critères de l'article 24 sans indiquer analytiquement les actes. En effet, le DPR n° 352<sup>5</sup> a précisé en particulier que la défense nationale doit comprendre aussi l'exercice de la souveraineté nationale et des relations internationales, et la défense nationale<sup>6</sup>. Il s'agit, évidemment, des documents qui, tout en concernant les susdites situations, ne sont pas couverts par le secret d'État, parce qu'ils ne concernent pas la sécurité de l'État. Le DPR prévoit aussi que la politique monétaire doit être protégée avec le refus d'accès aux documents concernant le processus de formation des politiques monétaires. Il s'agit dans ce

---

1 Par exemple l'article 6 relatif à la coordination et direction unitaire des forces de police, de la loi L. 1 avril 1981, n. 121 (1), *Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza* Nouveau règlement de l'administration de la sécurité publique, Gazz. Uff. 10 avril 1981, n. 100.

2 Cf. A. SANDULLI, op. cit, p. 25.

3 Conseil d'État, 5ème, 2 avril 2001, n° 1893.

4 Loi 7 août 1990, n° 241, article 24, alinéa 5.

5 Article 8 du DPR, n° 352/92.

6 Article 8, a, du DPR, n° 352/92.

cas évidemment d'éviter des spéculations économiques et troublantes du marché<sup>1</sup>. Enfin l'ordre public<sup>2</sup> nécessite que soit maintenue la retenue réservée aussi aux structures, aux moyens, aux dotations et aux personnels<sup>3</sup>.

La réalité est que la réglementation du droit d'accès est déterminée par les différentes administrations. Certaines administrations ont publié des listes avec rapidité ; d'autres l'ont fait plus tardivement<sup>4</sup>.

Enfin parmi les documents exclus du droit d'accès une place particulière revient à la protection de la vie privée (privacy) qui se concentre manifestement dans une multitude d'intérêts (épistolaire, sanitaire, professionnel, pour n'en citer que quelques-uns). La protection de la vie privée est sans doute la limite la plus difficile à appliquer, puisqu'elle impose à l'administration un travail difficile d'évaluation entre l'intérêt à une plus grande transparence de l'activité administrative garantie par la loi n° 241/1990 et le droit de chacun à ne subir aucune atteinte à sa vie privée ou à la *privacy*.

## **b La confidentialité de la vie privée**

La protection de la vie privée a trouvé sa première réglementation spécifique dans la loi n° 675 de 1996 et qui se trouve maintenant « codifiée » (de manière plus organique) dans le tout récent recueil de lois (approuvé par décret législatif 30 juin 2003, promulgué en application de la délégation donnée au Gouvernement par la loi n 127 du 2001 et entré en vigueur le 1er janvier 2004).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 675/1996, d'importantes difficultés de coordination se sont vérifiées dans la nouvelle discipline et la réglementation du droit d'accès garanti par la loi du 7 août 1990. La loi sur la protection des données personnelles fait référence uniquement au droit d'accès<sup>5</sup> en affirmant que les normes en matière de droit

---

1 Cf.CAVALLARI G. «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi», in "Nuova rassegna", 1998, p. 804.

2 Article 8, b du DPR, n° 352/92.

3 Voir dans ce sens aussi la jurisprudence du Conseil d'État, Sect. 4ème, 26.1.1998, n. 82, et Conseil d'État, Sect. 4ème, 30.6.1998, n. 1006).

4 Comme c'est le cas avec le décret ministériel du 16 mai 1996 n° 422 sur les documents de compétence du Ministère du Commerce étranger, et le décret ministériel du 14 juin 1995 sur les documents du Ministère de la Défense.

5 Dans son article 43 alinéa 2.

d'accès restent en vigueur. Par conséquent, c'est au juge de résoudre chaque fois où un conflit apparaît entre droit d'accès et protection des données personnelles<sup>1</sup>.

La loi du 7 août 1990<sup>2</sup> affirme que la protection de la vie privée est une des causes qui excluent le droit d'accès aux documents en possession de l'autorité publique, mais en même temps la loi permet que soit garantie « aux intéressés la consultation des actes relatifs à la procédure administrative, si cette connaissance des actes doit être nécessaire pour défendre les intérêts juridiques de l'intéressé »<sup>3</sup>. Une de ces raisons est justement la nécessité de protéger la vie privée et le caractère confidentiel de la personne physique (point d). Mais en même temps, l'article 8 affirme « que la consultation des actes de la procédure doit être garantie quand même aux demandeurs, si cette connaissance est nécessaire pour défendre leurs intérêts juridiques ». L'administration doit évaluer si le sujet qui a présenté une demande d'accès se trouve dans une situation qui « nécessite » d'accéder aux données, et en même temps elle doit vérifier si l'accès a comme but de protéger un intérêt juridique. Si ces qualités requises sont satisfaites, l'administration doit permettre la consultation des données, mais pas l'extraction d'une copie<sup>4</sup>.

L'interprétation de ces dispositions a été au centre des décisions judiciaires concernant le droit d'accès aux documents administratifs. Lorsqu'il n'est pas possible d'autoriser un accès partiel ou différé, deux orientations opposées sont apparues dans la jurisprudence.

La première considère que l'accès prévaut sur l'intérêt de protéger le caractère confidentiel des données personnelles des tiers. La deuxième considère au contraire que l'intérêt de protéger le caractère confidentiel des données personnelles des tiers doit être chaque fois pondéré afin de trouver un équilibre entre droit d'accès et droit à la confidentialité<sup>5</sup> qui considère que le droit d'accès n'est pas garanti si l'intérêt qu'on entend protéger par le droit d'accès apparaît récessif par rapport au droit à la confidentialité des tiers

---

1 C'était déjà le cas avant l'entrée en vigueur de la loi n. 675/1996 sur la *privacy*, car il existait déjà des problèmes d'interprétation des dispositions de la loi n° 241/1990, qui excluent le droit d'accès pour protéger le caractère confidentiel de la vie privée.

2 L'art 24 alinéa 2 point d. de la loi du 7 août 1990, n° 241/1990.

3 L'art 8 alinéa 2 du règlement D P R. 27 juin 1992, n. 352 affirme que les documents ne peuvent être soustraits à l'accès à part quand ils sont susceptibles d'apporter un préjudice concret aux intérêts indiqués par l'art 24 loi 241/90. Et l'alinéa 5 prévoit que dans la catégorie de documents normalement accessibles, ces documents peuvent être soustraits à l'accès pour une série de raisons selon les critères des alinéas 2, 3, 4, de l'article 8.

4 Cf. Con. di stato, sez. IV, sen. 29 gennaio 1998, n. 115, in *Gazzetta giuridica Giuffrè*, 1998, fascicolo 12, p.62. dans ce sens voir aussi M. BASSANI, «Accesso di documenti e tutela della Privacy», *Nuova Rassegna*, 1997, n. 20 p. 1993.

5 V. TAR, Umbria, 10 mars 1995, n 84.

1. Dans cette orientation, la jurisprudence administrative considère que : « au sens de l'art 24 et suivants de la loi du 7 août 1990, n 241, et de l'art 8 point d.d. P.R. du 27 juin 1992, n. 352, l'INPS (Institut national pour la prévention sociale) a, conformément à la loi, refusé à l'employeur l'accès aux déclarations faites par les employés pendant la procédure d'inspection, en justifiant cette décision par le fait que le sacrifice du droit à la confidentialité est admis uniquement dans l'hypothèse où l'accès constitue l'unique moyen pour garantir la protection du demandeur (dans ce cas, de l'employeur) »<sup>2</sup>. Néanmoins, cette interprétation n'est pas absolue: dans un autre avis, le juge administratif a considéré que : « s'il est vrai que l'art 24 de la loi du 7 août 1990 n 241 protège la vie privée des tiers, néanmoins, dans le cas d'une demande d'accès aux documents administratifs, il est également vrai que le D P.R. 352/92<sup>3</sup> établit que la connaissance des actes, si cette connaissance est nécessaire pour défendre ses intérêts juridiques, doit être de toute façon garantie au demandeur »<sup>4</sup>. Le Conseil d'État a joué un rôle fondamental dans cette coordination difficile entre la discipline du droit d'accès et la protection de la vie privée. Il donne en effet la préférence au droit d'accès par rapport au droit à la confidentialité des tiers. Le Conseil d'État italien, dans sa réunion plénière du 4 février 1997 n 5<sup>5</sup>, n'a pas considéré la protection des données personnelles comme absolue, même étendue aux données sensibles, à condition que la connaissance de celles-ci soit nécessaire pour la défense d'intérêts juridiques<sup>1</sup>. Il en ressort que, pour le Conseil d'État, il y a pas de doute : en cas de conflit entre une demande d'accès pour protéger et défendre des intérêts juridiques, et la protection des données des tiers, la loi en vigueur donne la préférence à la première.

Une telle interprétation a été confirmée par le *Garante* ( autorité de contrôle) pour la protection des données à caractère personnel. Il précise que le tribunal attribue un caractère prioritaire à l'exigence de défense du droit d'accès pour les sujets légitimés, à la possibilité d'accéder aux documents, même si cet accès se limite à la forme la plus simple qui est la consultation des actes et des documents, dont la connaissance est nécessaire pour garder ou

---

<sup>1</sup> F; CARINGELLA, «Ancora fitta la nebbia sull'accesso ai dati personali (sensibili e non)», (Nota a Cons. St., Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137), in "*Il Foro italiano*", 1998, fasc. 12, pt. III, p. 609, et aussi *Il Foro amministrativo*, 1995, 2353 et sv.

<sup>2</sup> Tribunal Administratif Régional (T.AR) Vénétie, Sez. II, 25 mars 1995, n° 456.

<sup>3</sup> Article 8 D.P.R. 352/92.

<sup>4</sup> T.A.R Lombardia, Sez. I 15 janvier 1997, n 45. Notre traduction.

<sup>5</sup> Conseil d'État, AD. PLEN.; 4 février 1997, n. 5, Cacaci c. Regione Marche- *Giornale di diritto amministrativo* n. 11/ 1997. p. 1016., Conseil d'État sez. IV, 4 fév 1997 n. 82, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/ 1997, p. 1015.

défendre leurs intérêts juridiques, et ceci, même quand il s'agit de données dites sensibles, en permettant même au *Garante* et aux administrations publiques l'identification des données susceptibles de traitement (avec la seule limite, d'un côté, du traitement de la donnée sensible comme *extrema ratio* et de l'autre côté de l'opération la moins incisive que possible de celui-ci, mais surtout en comprenant le traitement des données sensibles conformément aux normes sur l'accès parmi celles « *de remarquable intérêt public* » (art. 16 décret législatif n. 135 du 1999)<sup>2</sup>.

En 1999, le Conseil d'État italien a voulu mettre fin au conflit entre la transparence et l'accès en prononçant un arrêt important<sup>3</sup>. Le juge a soutenu que la loi n. 675/1996 (privacy) représente un obstacle « insurmontable » dans l'application concrète du droit d'accès. Le Conseil d'État a insisté sur le fait que la loi n. 241/1990 considère la nécessité de préserver la confidentialité des tiers comme une limite au droit d'accès, mais la loi ne fournit aucune précision normative apte à définir le contenu de cette limite. Les juges ont considéré que ce vide législatif était comblé par l'indication précise de données personnelles<sup>4</sup>, qui, entre autres, spécifie les critères et les modalités pour le traitement et la communication de ces données.

Ainsi, le Conseil d'État considère que la loi 675/1996 a réglementé une matière qui n'avait pas été complètement réglementée par la loi n° 241/1990. Les deux lois ne sont plus apparues aux juges comme opposées l'une à l'autre, mais ont été considérées comme complémentaires pour réglementer une même matière. Le jugement détermine les rapports entre la règle du droit d'accès et ses exceptions. Les exceptions sont, selon la loi, obligatoires, en laissant seulement à l'administration le devoir de déterminer concrètement les documents auxquels ces exceptions se réfèrent. La privacy fait pleinement partie de ces exceptions prévues par la loi (art 24 alinéa 2 point d. de la loi n 241/90) et a donc été considérée comme un élément pour réaliser de façon impartiale et ordonnée le principe de transparence. Une importante précision dans les rapports entre accès et privacy a été opérée par la décision du Conseil d'État: ce dernier a précisé que les données concernant la santé<sup>5</sup>, dont le traitement « est permis seulement si le droit à faire valoir ou à défendre est de rang au moins égal à celui

---

1 Conseil d'État, 6ème, 30.3.2001 n. 1882, 2542/2002; 4ème, 4072 du 2002.

2 Cf. Rapport du *Garante* sur la *privacy* de l'année 1999.

3 La VI section du Conseil d'État jugement du 26 janvier 1999, n 59.

4 Fournies par la loi n. 675/1996.

5 Article 22 loi n. 675 du 1996, ainsi qu'intégré par l'art. 16 décret législatif n. 135 du 1999 et modifications suivantes.

de l'intéressé », doivent s'appliquer aussi en matière d'accès<sup>1</sup> et que donc cela implique une pondération comparative des droits antagonistes en tenant compte des circonstances de fait du cas concret. La protection des données personnelles et le droit d'accès aux documents administratifs doivent par conséquent être considérés comme applicables simultanément.

Ces deux matières, même si elles semblent contraires, présentent un point d'intersection précisément dans l'hypothèse où le droit d'accès aux documents administratifs est en même temps une communication des données personnelles. Dans cette situation, les deux exigences se limitent mutuellement et nécessitent donc une ligne de démarcation précise. Néanmoins, les articles qui réglementent les deux matières (accès et protection) ne semblent pas être coordonnés, ou plutôt, la loi n. 675/1996 ne semble pas avoir pris connaissance de l'existence d'une loi qui la précède même si elle régit en partie la même matière. Si donc on considère l'art 24 de loi n. 241/1990 comme prédominant, le droit d'accès doit être considéré toujours prévalant sur celui de la confiance (privacy) quand il est utilisé pour défendre un intérêt juridique. Mais en même temps on pourrait dire que la loi 241/1990 est une loi générale puisqu'elle règle toute forme d'accès à tout type d'information et qu'elle est donc susceptible d'être précisée dans des secteurs restreints. On pourrait en déduire qu'une loi spéciale a les pouvoirs de déroger sur la base de la règle *lex specialis derogat generali*. On considère comme telle la loi n° 675/1996 par rapport à la loi n° 241/1990 et l'on pourrait affirmer que la *privacy* prévaut sur le droit d'accès.

C'est donc seulement à travers une lecture combinée des lois 675/96 et 241/90 qu'il est possible de parvenir à classer les informations en possession de l'administration publique et de permettre un accès aux informations tout en tenant compte de la nécessité de respecter la protection des données personnelles.

## **2 Les limites facultatives du droit d'accès prévues par la loi : la faculté de différer le droit d'accès aux documents administratifs**

La seule hypothèse pour différer le droit d'accès aux documents administratifs est celle *expressis verbis* prévue par l'article 24 , alinéa 6 de la loi n° 241/1990.

Au sens de cet article, les administrations ont la faculté de différer l'accès aux documents administratifs jusqu'à ce que l'accès représente un obstacle au bon déroulement de l'action administrative. La possibilité de différer peut apparaître logique et raisonnable, car

---

1 Conseil d'État, sect. VI ; 30 mars 2001, n° 1882, in F. CARINGELLA , L. DELPINO, F. del GIUDICE,



elle a comme fonction de garantir le déroulement normal de l'action administrative, qui aurait été compromise dans le cas d'un accès immédiat. Mais comme il a été justement constaté<sup>1</sup>, l'extrême imprécision de la norme pourrait permettre aussi une évaluation rigoureuse et excessive du droit d'accès, qui pourrait avoir comme conséquence une limitation injustifiée du droit d'accès en laissant donc à l'administration un espace très ample d'évaluation. Cela dit, le recours à cette forme de limitation temporaire de la part de l'administration, oblige l'administration à motiver son refus d'accès. L'obligation de motiver le refus, la limitation et le fait de différer sont confirmés par l'alinéa 1 de l'article 7 du règlement n. 352 de 1992, lequel précise que la motivation, de la part du responsable de la procédure de demande d'accès, doit être justifiée par la loi en vigueur, et par les circonstances de fait qui font que la demande d'accès ne peut être accueillie. Par conséquent, le fait de différer le droit d'accès peut être justifié uniquement par l'exigence de protéger les intérêts indiqués par l'art 24 de loi 241<sup>2</sup>.

Pour confirmer cette observation et tout particulièrement lorsque l'accès est différé dans le temps, le Règlement n° 352/92<sup>3</sup> ajoute que : « le fait de différer l'accès est justifié s'il est nécessaire pour assurer une protection provisoire des intérêts définis par l'art 24 alinéa 2, ou pour sauvegarder des exigences de discrétion de l'administration, surtout dans la phase préparatoire d'une disposition administrative, en relation avec les documents qui, s'ils sont rendus accessibles, peuvent compromettre le bon déroulement de l'action administrative »<sup>4</sup>. Ainsi, cette définition amplifie la possibilité de différer le droit d'accès : elle permet de justifier de restreindre le droit d'accès aux documents administratifs par l'exigence de sauvegarder la discrétion de l'administration dans la phase préparatoire des dispositions administratives. De même, l'affirmation « s'il est nécessaire » n'est pas précise sur la définition : qui l'évalue et jusqu'où cette nécessité de limiter l'accès peut-elle être évaluée ? Idem concernant la « protection temporaire » : pour la loi, en effet, le temps est l'objet d'une évaluation discrétionnaire qui aurait dû au contraire être plus précise. Il est vrai que, selon l'art 1 alinéa 2 de la loi 241/1990, l'administration publique peut aggraver la procédure administrative ; mais, celle-ci doit être dictée par des exigences extraordinaires, motivées et liées au déroulement de la procédure administrative. Il est vrai que le D P R. 352/92 (art 7 al.

---

*Diritto amministrativo*, op. cit., p. 517.

<sup>1</sup> F.CUOCOLO, «Commento all'art 24 della legge 241 del 1990», in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, con il coordinamento di V.ITALI-M.BASSANI, Giuffrè, Milano, 1991, 428.

<sup>2</sup> Dans ce sens G.ARENA op. cit., 49-50.

<sup>3</sup> Article 7 alinéa 2, DPR, n° 352/92

<sup>4</sup> Notre traduction.

3) oblige à indiquer la durée du fait de différer, mais il n'indique pas jusqu'à quand l'administration peut différer l'accès dans le temps. Cette formulation laisse à l'administration la possibilité en effet de refuser l'accès en allant contre la volonté précisée par la loi 241/90, volonté que le règlement aurait dû respecter<sup>1</sup>.

La mise en œuvre du droit d'accès a connu une accélération significative de la part de l'institution des bureaux pour la relation avec le public (URP précité), surtout par la promulgation du DPR n° 352 précité, qui, conformément à l'article 31 de la loi n° 241/1990, règlemente les modalités d'exercice du droit d'accès, ainsi que les cas d'exclusion du même droit d'accès.

### **§3 La mise en œuvre du droit d'accès aux documents administratifs par le DPR n° 352 du 27 juin 1992**

L'analyse des caractéristiques principales du Règlement (A), du système de protection juridictionnelle (B) et du rôle de la CADA italienne (C) permettront de mieux apprécier la mise en œuvre du droit d'accès à l'information administrative dans le système juridique italien (par le Règlement n° 352/1992).

#### **A Les caractéristiques principales du Règlement n° 352/92**

La loi n°241/90<sup>2</sup> prévoit que le gouvernement est autorisé à promulguer un ou plusieurs décrets qui doivent réglementer l'exercice du droit d'accès ainsi que les cas d'exclusion de ce droit d'accès. Ce Règlement doit préciser en particulier les principes auxquels doivent se conformer les règlements des différentes administrations.

L'analyse des caractéristiques principales du D.P.R. du 27 juin 1992, n 352 nécessite auparavant quelques considérations générales (1) sur ce Règlement avant de voir son contenu (2).

---

<sup>1</sup> VITTORIO ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n.352)* Giuffrè editore, 1994, p. 112.

<sup>2</sup> Article 24, alinéa 2.loi 7 août 1990, n. 241.

## 1 Considérations générales

Le Règlement 352/1992, « règlement pour la discipline des modalités d'exercice et des cas d'exclusion du droit d'accès aux documents administratifs, pour la mise en oeuvre de l'art 24 alinéa 2 de la loi 7 août 1990, n. 241 portant de nouvelles normes en matière de procédure administrative et de droit d'accès aux documents administratifs », présente de nombreux aspects dignes d'être relevés. Il contient en effet de nombreuses dispositions et principes qui s'appliquent aux différentes administrations qui doivent tenir compte de ces principes et dispositions au moment de promulguer leur règlement relatif à l'accès du citoyen aux documents administratifs. Par conséquent la mise en oeuvre du droit d'accès s'est faite par un système, que l'on pourrait qualifier « en cascade », de la production législative italienne.

Premièrement, la loi 241/ 90<sup>1</sup> autorise le gouvernement à adopter un ou plusieurs règlements de mise en oeuvre du droit d'accès. Ces règlements définissent les modalités d'exercice et d'exclusion du droit d'accès aux documents administratifs. Deuxièmement, le règlement 352/92 ne réglemente pas directement les différentes hypothèses d'exercice et d'exclusion, mais il définit schématiquement des principes. Enfin, troisièmement, il oblige les différentes administrations le devoir de réglementer dans des règlements ultérieurs la discipline particulière du droit d'accès lui-même. Le contenu du Règlement n° 352/1992 a donc un contenu nouveau qui ressemble, même dans sa structure formelle, à une loi.

Ainsi, ce Règlement n'est pas uniquement un règlement d'exécution traditionnel. Au contraire, ce règlement concerne la discipline et non l'exécution de la discipline de la matière, et réglemente par conséquent de façon particulière la matière qui n'est pas couverte par la réserve absolue de la loi (*non coperto da riserva assoluta di legge*). Les lois de la République, précise l'article 17, alinéa 2 de la loi n° 400/1988, autorisent le gouvernement à exercer ce pouvoir réglementaire pour déterminer les normes générales qui doivent réglementer la matière<sup>1</sup>. Ce Règlement a une portée plus large que les règlements d'exécution traditionnels. En dehors des matières couvertes par la réserve de loi, ce Règlement peut, dans la limite des règles générales établie par la loi, au moment où il entre en vigueur, abroger les dispositions des lois contraires au Règlement. Ce type de règlement montre le renforcement du pouvoir législatif du gouvernement, qui s'affirme sur la base de la

---

<sup>1</sup> Article 24, alinéa 2. loi 7 août 1990 n. 241.

délégation<sup>2</sup>. Le problème qui se pose est de pouvoir déterminer où ces règlements se situent : sont-ils dans la hiérarchie des sources normatives ? En effet, ils n'ont pas seulement un rôle d'exécution de la loi, mais peuvent en outre réglementer la matière sur la base des normes générales qui réglementent la matière, établie par la loi même<sup>3</sup>.

## 2 Contenu du Règlement n° 352/1992

Le contenu du Règlement se caractérise par un ensemble de dispositions et principes. L'art 1 alinéa 1 du Règlement 352/92 précise l'objet du Règlement en affirmant que le présent Règlement détermine les modalités d'exercice et les cas d'exclusion du droit d'accès aux documents administratifs, en conformité avec la loi 7 août 1990 n. 241. En effet la loi précise que ces Règlements<sup>4</sup> ont l'obligation de spécifier que « les mesures d'organisation nécessaires pour l'actuation du droit d'accès sont adoptées par les administrations intéressées en conformité à l'art 22 alinéa 3 de la loi 7 août 1990, n 241 »<sup>5</sup>.

Cela dit, le Règlement ne spécifie pas quelles doivent être ces mesures d'organisation. Il laisse au contraire aux différentes administrations (article 1, alinéa 2) une grande liberté pour fixer les mesures d'organisation dans leurs règlements. Néanmoins, le Règlement prévoit un contenu minimum des mesures d'organisation des différentes administrations publiques<sup>6</sup>. Ainsi, le Règlement précise qu'il est préférable que les administrations prévoient un formulaire préimprimé pour la compilation de la demande d'accès, qu'elles prévoient le coût des copies et excluent la recherche des documents. Enfin, les administrations doivent prévoir la possibilité de communiquer les documents à travers des moyennes informatiques<sup>7</sup> et d'évaluer la possibilité de créer des bureaux pour la relation avec le public<sup>1</sup>. Concernant les différents aspects de la procédure, et plus précisément les différents types de niveaux d'accès

---

1 Voir art 17 alinéa, 2 loi n. 400/88.

2 Voir dans ce sens PALADIN, « Delegation legislativa », in *Enciclopedia Diritto*, CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1990, p. 467.

3 Cf. Vittorio ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi* (Regolamento 27 giugno 1992, n° 352), p. 20.

4 De nombreuses administrations au niveau central ont précisé les catégories d'actes à soustraire du droit d'accès. Parmi elles, on peut citer : le Ministère de l'Intérieur, le décret ministériel 10 mai 1994, n° 415; la Banque d'Italie, la disposition du gouverneur du 16 mai 1994 l'INAIL; le communiqué in *G.U.* 29 septembre 1994, n° 228 délibération du 28 juin 1994; le Ministère des Affaires étrangères, (décret ministériel 7 septembre 1994, n° 604); le Ministère des Biens culturels et de l'Environnement (décret ministériel, 26 octobre 1994, n° 682); le Ministère du Travail, (décret ministériel 4 novembre 1994, n° 757).

5 Article 24 alinéa 2 loi n° 241/1990.

6 Article 6.D.P.R. n° 352/1992.

7 Article 6 paragraphe 1 pts a-d D.P.R. n° 352.

aux documents, le Règlement prévoit que l'accès doit être garanti par la publication, le dépôt ou toute autre forme de publication, y compris les instruments informatiques et télématiques (a), ainsi que par l'accès informel (b) et par l'accès formel (c).

#### **a L'accès garanti par la publication, le dépôt ou toute autre forme de publication, y compris les instruments informatiques et télématiques**

L'alinéa 3 considère que le droit d'accès aux documents est réalisé conformément aux modalités établies par les différentes administrations (au sens de l'art 22 alinéa 3 de la loi 7 août 1990, n. 241), avec la publication, le dépôt ou toute autre forme de publicité, y compris celle réalisée avec des moyens informatiques et télématiques. Cette mesure constitue en effet l'exigence d'une transparence absolue. Ainsi, la transparence se réalise à travers la publication qui réalise le droit d'accès. Néanmoins, la question se pose dans le cas où la publication est partielle (synthèse d'un document): dans ce cas, on ne peut pas parler d'une publication intégrale, on pourrait donc toujours demander le droit d'accès<sup>2</sup>.

Le dépôt des documents prévu par loi de l'État, de la région, par les statuts ou par le Règlement, constitue aussi une forme de réalisation du droit d'accès. Cela dit, le document déposé doit être un document définitif, car les documents qui se réfèrent à une procédure en cours ne sont pas accessibles à tous. Enfin, toute « autre forme de publicité », y compris celle réalisée à travers les moyens informatiques et télématiques est prévue. Le deuxième niveau d'accès concerne l'accès informel.

#### **b L'accès informel aux documents.**

L'accès informel est prévu spécifiquement par l'art 3 du Règlement 352/1992. L'alinéa 1 affirme que l'accès peut être exercé, par la voie informelle, par une demande exprimée verbalement à l'administration compétente à former l'acte final de la procédure ou à le conserver définitivement. La loi 241/90<sup>3</sup>, elle, ne fait pas de distinction entre accès informel et accès formel. Cette distinction représente une articulation successive qui représente le développement de la loi n° 241/1990 par le D.P.R. n° 352/1992. La demande informelle peut être orale sans forme précise, mais doit avoir un contenu obligatoire. En effet,

---

1 Article 6 paragraphe 2 D.P.R. n° 352,. Cette dernière disposition est devenue caduque par l'article 12 du décret législatif n° 29/1993 précité, qui a rendu obligatoires les *URP*.

2 Voir dans ce sens. V. ITALIA, L'accesso ai documenti amministrativi, op. cit., p. 68 et sv.

3 Article 24, alinéa 2. loi 7 août 1990, n° 241.

l'intéressé doit d'abord indiquer quel document est l'objet de sa demande d'accès et doit spécifier les aspects qui qualifient le document (par exemple, le numéro de protocole, le type d'acte, la date, etc.). Il ne donne donc pas des aspects de caractère général, mais des aspects précis afin de permettre d'identifier le document (alinéa 2). L'intéressé doit fournir les éléments nécessaires qui permettront d'identifier le document. Deuxièmement, l'intéressé doit spécifier l'intérêt qu'il a pour obtenir le document (alinéa 2). Il doit donc démontrer l'existence d'un lien entre l'intérêt et l'objet de la demande. Un troisième élément demande que l'administration peut, si elle le considère nécessaire, obliger l'intéressé à motiver son intérêt. Pratiquement cela signifie que l'accès informel nécessite un contradictoire. Enfin le demandeur doit justifier son identité. Cette demande semble être déterminée par le fait que la loi et le règlement demandent la présence d'un intérêt personnel et concret. Le demandeur doit donc dire qui il est, et démontrer à travers un document l'exactitude de ses affirmations.<sup>1</sup>. Finalement, la demande d'accès informel est effectuée par la voie informelle, mais le contenu de la demande est lié à certains aspects formels. L'alinéa 2 spécifie que la demande d'accès peut être formulée par une autre administration publique. Dans ce cas, la demande doit être faite par le titulaire du bureau administratif ou du responsable de la procédure administrative. Le troisième alinéa de l'article 3 du Règlement n° 352/1992 est particulièrement intéressant pour le demandeur: il oblige les autorités administratives à répondre « immédiatement » à la demande d'accès et donc empêche l'administration publique de retarder le traitement de la demande d'accès. Néanmoins, l'administration a la possibilité de demander suite à l'impossibilité de satisfaire la demande d'accès de façon immédiate: le demandeur est prié de faire une demande formelle d'accès. L'art 4 du Règlement 352/92 prévoit l'accès formel qui représente l'accès le plus fréquemment utilisé pour exercer le droit d'accès aux documents administratifs. De toute façon, selon la doctrine, l'accès informel doit rester l'exception<sup>1</sup>.

### **c L'accès formel aux documents**

L'article 4 (1<sup>er</sup> alinéa) prévoit la nécessité de faire une demande formelle dans les cas où l'accès informel n'est pas possible à cause de l'existence d'un doute sur la légitimité du demandeur, sur son identité, sur ses pouvoirs représentatifs, ou sur l'existence d'un intérêt à obtenir l'accès. Si ces cas sont objectivement impossibles, l'intéressé est invité à présenter

---

<sup>1</sup> La certitude de l'identité de la personne doit être vérifiée selon les dispositions en vigueur en matière d'identité de la personne : Article 48 D.P.R 16 mai 1960, n° 570.

une demande formelle. L'administration à laquelle a été formulée la demande d'accès peut affirmer qu'il est impossible d'accepter une demande d'accès informel et invite le demandeur à formuler une demande formelle. Cette décision est soumise à la seule et exclusive discrétion de l'administration. La personne à laquelle l'accès par demande informelle a été refusé peut faire un recours administratif auprès de l'autorité supérieure ou auprès du défenseur civique (*esposto*). Mais l'efficacité de ces recours est limitée par des raisons de temps. Aussi le recours juridictionnel est théoriquement possible, mais en substance inefficace. En effet, quand il y a refus de l'accès informel et invitation à présenter une demande formelle, un recours juridique est inefficace par manque de temps. Mais la demande d'accès formel n'est pas liée obligatoirement à un refus opposé à une demande informelle. L'alinéa 2 affirme en effet la possibilité de présenter toujours une demande formelle, et l'alinéa 5 fixe un terme de 30 jours pour conclure la procédure d'accès, Les trente jours commencent à la date de la présentation de la demande auprès de l'autorité compétente. Dans le cas où la demande est présentée à une autorité incompétente, cette dernière doit transmettre la demande à l'autorité compétente immédiatement<sup>2</sup>. La procédure d'accès débute avec la présentation de la demande toujours motivée d'accès. Une motivation très générique peut justifier le refus d'accès de la part de l'administration. Au contraire une demande est correctement motivée si elle fait ressortir l'existence d'un intérêt juridiquement important. Si la demande est irrégulière ou incomplète, l'administration publique n'est pas obligée de satisfaire la demande d'accès. Une demande doit être considérée comme irrégulière quand elle est en contradiction avec les règles qui disciplinent le droit d'accès: une demande doit être considérée comme incomplète si l'absence d'éléments essentiels ne permet pas de localiser le document demandé<sup>3</sup>. Enfin l'article 5, alinéa 5 du Règlement 352/92 affirme l'intégrité du document demandé et pour lequel l'autorisation d'accès a été donnée ; l'alinéa 6 affirme l'interdiction d'apporter des signes ou commentaires sur les documents demandés. Par ailleurs, l'alinéa 7 permet la photocopie du document subordonné ou le remboursement des frais de reproduction de la copie selon art 25 de la loi 241/90. Une fois la demande d'accès acceptée par l'autorité administrative, celle-ci doit aussi respecter certains critères définis par le Règlement précité. L'acte d'acceptation de la demande d'accès doit contenir l'identification du bureau où le

---

1 Voir dans ce sens G. ARENA, "*L'Accesso ai Documenti Amministrativi*", Bologna, Il Mulino, (1991), op. cit. p. 11 et 12.

2 Article 4, alinéa 3D.P.R., n° 352/1992.

3 Voir dans ce sens V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, op. cit ; V. ALFIERI, F. FACHINI, «Il regolamento per l'accesso agli atti tra trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa (Elementi problematici e spunti di riflessione)», in *L'amministrazione italiana*, 1997, fasc. 1, pp.67-78.

demandeur peut s'adresser, comme aussi la période de temps « convenable », non inférieure à 15 jours, pour prendre connaissance et obtenir une copie du document<sup>1</sup>. Par convenable, il faut entendre que le temps n'est pas identique pour toutes les demandes de documents, mais dépend d'éventuelles difficultés liées directement à l'acte. Si la demande d'accès n'est pas acceptée, cela se traduit par le refus, la limitation ou le fait de différer dans le temps l'accès. La loi pour garantir l'effectivité de l'accès prévoit une procédure juridictionnelle spéciale abrégée, confiée *ex lege* au juge administratif, pour contester la décision tacite ou implicite, de rejet de l'instance.

## **B La protection juridictionnelle du droit d'accès aux documents administratifs**

La protection juridictionnelle du droit d'accès est garantie par l'art. 25, loi 241 qui a comme fonction d'« *assurer la transparence de l'activité administrative* » et à « *en favoriser le développement impartial* »<sup>2</sup>. La procédure juridictionnelle revue par la loi n° 241/1990 est d'une grande efficacité. La loi prévoit qu'en cas de rejet tacite (silence gardé pendant trente jours) qui vaut décision de refus, formant de la sorte ce que l'on appelle une décision implicite de rejet, ou en cas de refus explicite de la demande d'accès au document par l'autorité compétente dans les trente jours<sup>3</sup>, le droit d'accès peut être sauvegardé devant le juge administratif à travers la procédure spéciale action prévue par le mentionné art. 25 de la loi 241/1990, et ceci même à l'égard de dispositions déjà attaquées par un autre recours, indépendamment du fait que la documentation peut être obtenue à travers la mesure ordinaire d'instruction dans le procès déjà en cours<sup>4</sup>.

L'intéressé a la possibilité présenter un recours juridictionnel devant le Tribunal Administratif Régional, selon une procédure abrégée. Le TAR doit statuer en chambre du Conseil, après avoir entendu les défenseurs des parties qui en ont fait la demande, au plus tard 30 jours à compter de l'introduction du recours. On peut faire appel de cette décision, selon les mêmes dispositions et au plus tard trente jours à compter de la notification, devant le Conseil d'État qui doit statuer selon les mêmes modalités et dans les mêmes délais. Le juge

---

1 Article 5 paragraphe 2.D.P.R. n° 352/1992.

2 A. SANDULLI, op. cit.

3 Alors que normalement, le TAR doit statuer dans les 60 jours à compter de l'introduction du recours.

4 Conseil d'État, Sect. 6ème, 15.6.1994, n. 1015.



administratif, en cas d'acceptation totale ou partielle du recours, peut demander que les documents soient produits à l'audience (pouvoir d'injonction) et ordonner la présentation des documents demandés.

L'ordre de produire les documents oblige l'administration à permettre l'accès aux documents demandés, sauf si l'administration se pourvoit en appel pour demander une instance judiciaire de suspension et si cette dernière est acceptée. Néanmoins, dans le cas où l'administration refuse d'exécuter la décision du TAR, il est nécessaire d'engager une action judiciaire afin d'obtenir l'obtempération (*giudizio di ottemperanza, judgement d'obtempération*) conformément à la loi. La loi du 21 juillet 2000, n° 205, qui a introduit de nouvelles dispositions en matière de justice administrative, est à souligner. En effet l'article 3, alinéa 2 prévoit que le recours peut être proposé même sans défense technique. Ainsi, l'appelant peut se défendre sans l'assistance d'un défenseur. L'administration peut être représentée et défendue par un de ses fonctionnaires, à condition d'être en possession de la qualification de dirigeant et d'avoir l'autorisation du représentant légal de l'autorité concernée.

À côté de ces instruments de protection, l'art. 15 loi n 340 de 2000 pour la simplification administrative, en remplaçant l'art. 25, alinéa 4 loi 241, a prévu en outre pour la personne intéressée par l'accès aux documents et qui s'est vu refuser sa demande d'accès, la possibilité d'investir de la question le défenseur civique<sup>1</sup> qui réexamine la décision de refus de l'autorité administrative. Au cas où il estimerait illégitime le refus ou le renvoi d'accès, il invite l'administration à examiner de nouveau la question et si celle-ci ne confirme pas d'une façon motivée son propre refus dans les trente jours suivants, l'instance est considérée comme acceptée. Même si l'intéressé recourt au défenseur civique, les voies de recours juridictionnelle ci-dessus mentionnées restent ouvertes. En tout état de cause, le choix du législateur italien de prévoir une procédure d'accès aux documents assez rapide doit être souligné, se distinguant ainsi de la France où le citoyen ne peut pas s'adresser directement au juge administratif, mais doit auparavant demander l'avis de la CADA, sauf s'il peut démontrer l'urgence et donc par la voie du référé saisir directement le juge administratif.

---

<sup>1</sup> La figure du *Difensore civico*, défenseur civique a été instituée par l'art. 11 D. Lgs. 267/2000. Le défenseur est un organe modelé sur celui de l'«*Ombudsman*» scandinave doté de pouvoirs d'inspection et d'intervention, et qui a la fonction d'assurer que les rapports entre le citoyen et les autorités administratives auprès desquelles il exerce sa fonction. Il existe des défenseurs civiques au niveau régional, communal et provincial. Il intervient sur demande du citoyen ou d'office, à travers une procédure substantiellement informelle, pour constater des dysfonctionnements de la machine bureaucratique régionale. Ses pouvoirs sont importants: il peut demander des informations, convoquer pour auditionner les fonctionnaires, examiner des actes et documents et demander l'ouverture d'une procédure disciplinaire pour un fonctionnaire qui ne remplit pas ses obligations.

Parce qu'il a prévu des délais très réduits<sup>1</sup>, le législateur italien a voulu en effet garantir une efficacité du droit d'accès et de sa protection juridictionnelle. Mais en réalité, l'efficacité de la protection offerte au citoyen par le juge administratif est limitée et imparfaite, car les pouvoirs d'instruction de ce dernier et la portée de ses décisions face à l'administration publique se limitent à l'obtention de l'acte en cause, et aux documents qui y sont relatifs. C'est bien peu, car avec un tel système, c'est tout le déroulement des faits ayant débouché sur l'acte en cause ainsi que l'accès aux principaux documents et preuves qui échappent au juge.

Parmi les mesures de protection du droit d'accès, une attention particulière doit être portée enfin à la possibilité d'agir devant le tribunal pénal contre le silence injustifié sur la requête d'accès. A la suite des modifications introduites par la loi du 26 avril 1990, n° 86, l'article 328 du Code l'alinéa 2 punit pénalement l'officier public ou la personne chargée du service public qui « dans trente jours de la demande, de celui qui a de l'intérêt, n'accomplit pas l'acte de son office et ne répond pas pour exposer les raisons du retard »<sup>2</sup>. Le refus (explicite ou implicite) illégitime d'accès ouvre en outre le chemin à l'action d'indemnisation des dommages éventuellement subis, mais surtout le nouveau texte de l'article 328 fait référence à « qui a intérêt », permettant ainsi d'élargir la protection pénale également au titulaire de situations qualifiables de simples intérêts légitimes. Par conséquent le fonctionnaire ne peut plus comme dans le passé ignorer l'existence ou même différer dans le temps l'accès, étant donné qu'il est tenu de répondre, car désormais la sanction pénale s'applique. La disposition doit être vue comme ayant le mérite d'avoir limité la possibilité d'omettre ou de retarder l'accès aux documents. Elle participe ainsi à la reconnaissance et à l'affirmation du principe de transparence administrative.

En dehors du contrôle juridictionnel, l'article 27 de loi prévoit, pour la réalisation du principe de la transparence de l'activité administrative, la création auprès de la Présidence du Conseil des ministres de la Commission pour l'accès aux documents administratifs.

---

<sup>1</sup> La procédure juridictionnelle ordinaire devant le tribunal administratif prévoit un terme de soixante jours pour présenter recours juridictionnel.

<sup>2</sup> En partie la jurisprudence a refusé de reconnaître cette responsabilité pénale du fonctionnaire dans le cas d'un refus implicite au-delà des trente jours. Tribunal de Piacenza, 10 décembre 1993.

## **C La Commission pour l'accès aux documents administratifs**

La constitution d'une Commission pour l'accès aux documents administratifs (Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi) a été voulue sur le modèle français de la CADA instituée par la loi du 17 juillet 1978 n 753. Ces deux Commissions sont en réalité très différentes. Il en résulte l'utilité de définir les compétences de la Commission (1) et ses pouvoirs limités (2).

### **1 Les compétences de la CADA**

Pendant le débat parlementaire concernant la réforme de la procédure administrative, il fut question de définir la fonction de la future Commission (CADA): « la Commission contrôle que le principe de la connaissance complète de l'activité administrative soit respecté ; elle décide sur les recours prévus par l'art 25, elle rédige un rapport annuel sur la transparence de l'activité de l'administration publique qu'elle communique aux Chambres (Assemblées) et au Président du Conseil des ministres<sup>1</sup> ; enfin, elle propose aux gouvernements les modifications des textes législatifs et réglementaires qui sont utiles pour réaliser la plus grande garantie du droit d'accès affirmé par l'art 22 » (loi 241/90)<sup>2</sup>. La Commission doit aussi organiser les archives des règlements relatifs au droit d'accès des administrations publiques, a la charge de ces archives<sup>3</sup> et peut donner des avis sur les actes relatifs à l'exercice du droit d'accès (ex. questions et instances des administrations publiques et des particuliers)<sup>1</sup>.

La Commission représente une forme ultérieure de protection, même si elle est indirecte et de caractère général, par rapport à celle juridictionnelle prévue par le précédent article 25 de la loi 241/1990. La Commission a uniquement une fonction de vigilance consultative et de proposition, mais à la différence de la Commission française, elle n'a pas une fonction d'interprétation des dispositions relatives au droit d'accès. La différence par rapport au modèle français s'explique par le fait que, dans ce dernier cas, une protection du droit d'accès est prévue également au niveau administratif, alors que dans le système italien

---

1 Article 27, alinéa 5. Loi n° 241/1990,

2 Massimiliano ARSI, «La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi» , in *FORO amministrativo* 1995, p. 298.

3 Conformément à l'article 10, alinéa 3 du D.P.R. 352/1992.

délimité par la loi 241, la protection du droit d'accès a lieu directement et immédiatement au niveau juridictionnel.

C'est l'art 10 du Règlement 352/92 qui définit la fonction et les pouvoirs de la CADA. Le Règlement affirme la fonction de vigilance du respect des principes de transparence dans l'administration publique (alinéa 1). Il prévoit l'institution d'archives auprès de la Commission dans laquelle tous les règlements concernant la discipline du droit d'accès prévu par l'art 24 de la loi 241/90 doivent être recueillis. Ainsi, tous les règlements sont transmis à la Commission par les commissaires du gouvernement, les préfets et les administrations régionales et locales (alinéa 3).

L'art 23 de la loi 241/90 affirme que l'action de la CADA s'exerce par « rapport aux administrations de l'État, y compris les régies et les personnes morales de droit public ». Il faut souligner que certaines régions, dans la phase d'actuation de la loi sur la procédure administrative, en imitant la loi nationale, ont prévu l'institution d'un organisme collégial très semblable à la CADA. Prenons par exemple la loi régionale des Marche 14 janvier 1992, n. 2 « loi concernant le droit d'accès aux documents administratifs et la transparence de l'activité administrative de la région ». L'article 6 de la loi institue auprès de la Présidence du Conseil régional la Commission « pour la transparence de l'activité administrative de la région ». La Commission de la région des Marche a aussi le pouvoir d'effectuer des enquêtes sur le fonctionnement des services administratifs de la région et elle peut demander la mise en œuvre des mesures disciplinaires par rapport aux fonctionnaires qui ne respectent pas la loi. Des dispositions semblables se trouvent dans la loi de la région de la Sicile du 30 avril 1991 n. 10 intitulée : « dispositions pour les procédures administratives, le droit d'accès aux documents administratifs, et la meilleure fonctionnalité de l'activité administrative ». Cette loi crée auprès de la Présidence de la région la Commission pour l'accès aux documents administratifs (art 31). Comme la loi nationale, les lois régionales affirment les compétences de vigilance de la Commission, son activité d'étude, elle donne des conseils aux administrations, formule des recommandations et informe chaque année l'Assemblée sur l'application de la loi ; en même temps elle formule des propositions de modification de la loi afin de garantir l'application effective de la transparence administrative. La CADA, dans son rapport annuel de 1993, « relations sur la transparence de l'activité administrative publique »<sup>2</sup>, affirme qu'elle exerce sa fonction de contrôle par rapport à toute l'organisation étatique,

---

<sup>1</sup> Article 10, alinéa 1 D.P.R. n° 352/1992.

<sup>2</sup>Atti parlamentari Cam. XI legislatura, 26 février 1993, doc. CXX, n. 2.

centrale et périphérique, y compris les régies et les personnes morales de droit public. Mais quels sont les pouvoirs réels de la CADA?

## 2 Les pouvoirs limités de la CADA

Les pouvoirs de la CADA italienne sont définis par la loi n. 241/90<sup>1</sup> et par l'art 10 du d. P.R. n. 352/92. La loi 241/90 attribue la fonction de contrôle à la Commission. Selon la loi 241/ 90<sup>2</sup>, toutes les administrations sont tenues de communiquer les informations et les documents requis par la Commission, à l'exception des documents qui sont couverts par le secret d'État. Il peut sembler que la Commission dispose du pouvoir d'acquisition de documents, mais en réalité ces pouvoirs ne sont garantis par aucune sanction par rapport aux administrations qui ne satisfont pas à la demande d'accès de la part de la Commission. La CADA dispose principalement d'un pouvoir consultatif: elle exprime des avis sur les règlements promulgués par les différentes administrations, et sur les actes relatifs à l'exercice et à l'organisation du droit d'accès (art 10 alinéa 1 d. P.R.n. 352/92). Enfin, les conseils de la Commission sont demandés par le gouvernement pour apporter des modifications aux règlements qui réglementent l'exercice du droit d'accès (art 24 alinéa 3 loi n 241/ 90). La CADA doit obligatoirement rendre des avis sur les demandes formulées par les administrations étatiques, mais non pour les administrations des collectivités territoriales<sup>3</sup>.

À travers ses avis, la CADA donne une interprétation précise des dispositions relatives au droit d'accès, par exemple quand elle a fixé le coût précis de la délivrance d'une copie d'un document administratif<sup>4</sup>, quand elle a précisé les rapports entre la loi n° 241/1990 et 142/1990<sup>5</sup> ou quand elle a précisé le problème de la possibilité de différer dans le temps l'accès aux documents<sup>6</sup>. En ce qui concerne les demandes d'avis sur les autres actes qui

---

1 Art 27 alinéa 5, 6, 7; art 26 alinéa 2; art 22 alinéa 3.

2 Art 27 alinéa 6.

<sup>3</sup> Voir *Relazione sulla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione*, 1992, dans lequel est affirmé que les avis obligatoires de la CADA dans les six mois se limitent uniquement aux administrations centrales. Au contraire, pour les administrations des collectivités territoriales il n'existe aucune obligation de répondre dans les six mois.

4 CADA, Directive, 19 mars 1993, n° 27720/928/46, Copie d'un document administratif- remboursement des frais de reproduction.

5 CADA, Directive 10 février 1996, n° 1703 II/4.5.1.2 *Disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi secondo le leggi 7 agosto 1990 n° 241 e 8 giugno 1990, n° 142 ; differenze e problemi di coordinamento tra le due leggi.*

6 CADA, Direttiva, 26 mars 1997, n° 4541/II/4.5.1.2.

concernent l'exercice et l'organisation du droit d'accès (art 10 alinéa 1 d.P.R. 352/92), ils sont discrétionnaires.

La faculté d'effectuer des investigations est liée au pouvoir consultatif et principalement au pouvoir de contrôle de la CADA: « toutes les administrations sont tenues de communiquer à la Commission, dans les termes établis par la Commission, les informations et les documents demandés par la Commission, sauf les documents couverts par le secret d'État (art 2, alinéa 6 loi 241/90). Mais cette fonction d'acquérir des informations consiste principalement dans l'obtention des documents qui définissent les mesures de mise en œuvre de l'exercice du droit d'accès, des documents sur l'état d'élaboration des règlements pour connaître les documents qui sont à exclure du droit d'accès, enfin dans l'existence de dispositions normatives qui excluent ou limitent le droit d'accès. L'activité de la CADA consiste alors principalement dans sa fonction de conseiller les administrations dans l'application du droit d'accès et de fournir des suggestions aux administrations.

Le travail effectué par la Commission depuis 1991 démontre que l'activité de vigilance réalisée par la CADA a été très limitée<sup>1</sup>. Jusqu'en 1994, seules quinze demandes d'avis ont été formulées par les différentes administrations de l'État (Ministère du Travail, de l'Intérieur, de la Justice, de la Défense, des Postes et Télécommunications, des Affaires Etrangères, de la Culture et de l'Environnement, de la Marine mercantile, de l'Industrie, du Commerce et de l'Artisanat, du corps d'Avocats pour l'assistance légale de l'État, de la Banque d'Italie, du Conseil d'État, des monopoles d'État (Iritel, SIP, Université de Tor Vergata)). Mais la Commission présente surtout des problèmes de fonctionnement : cela est dû à sa composition de 17 membres : 4 parlementaires ( deux sénateurs et deux députés nommés respectivement par les Présidents des Chambres respectives), 4 parmi les magistrats ordinaires et administratifs, et avocats de l'État, 4 professeurs juristes de droit administratif, 4 hauts fonctionnaires de l'État et le Sous-Secrétaire d'État à la Présidence du Conseil des ministres qui la préside. Du fait de l'instabilité politique italienne, les membres parlementaires de la Commission ont à une certaine période presque complètement arrêté l'activité de la Commission. De même, les réunions de la Commission ont été très rares (trois fois en 1991, et 3 fois en 1992). Cependant, on constate que, depuis la fin des années 90, suite à une

---

<sup>1</sup> Massimiliano ARSI, «La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi», in *FORO amministrativo* 1995, p. 2916.

stabilité politique acquise, l'activité de la CADA a repris de façon considérable, et ses avis et directives relatives à la mise en œuvre du droit d'accès sont de plus en plus nombreux<sup>1</sup>.

Néanmoins, l'indépendance de la Commission est limitée par le fait que la Présidence de la Commission est tenue par le Sous-Secrétaire d'État à la Présidence du Conseil des ministres. Il apparaît difficile de voir dans l'état actuel de la Commission et de son fonctionnement une véritable autorité indépendante qui garantit la transparence de l'activité administrative comme celle-ci est affirmée par la loi 241. Or, un changement profond est prévu par projet de loi n° S-1281<sup>2</sup>, précité, qui modifie et intègre la loi du 7 août 1990 n° 241. Le projet de loi modifie le champ de compétence de la CADA en lui attribuant une fonction comparable à celle actuellement attribuée à la CADA française. Le projet de loi en effet permet, mais n'oblige pas le demandeur, en cas de refus explicite ou implicite par les autorités centrales ou périphériques de l'État, de s'adresser à la CADA, laquelle doit se prononcer dans les trente jours de la requête. Si la CADA considère que le refus d'accès est illégitime, elle communique son avis à l'autorité administrative concernée. Si l'autorité administrative ne confirme pas de façon motivée sa décision de refus d'accès dans les trente jours de la réception de l'avis de la CADA, l'accès est consenti<sup>3</sup>. Or le projet de loi qui a été approuvé par le Sénat a été transmis le 29 juillet 2004 à la Chambre des députés, qui n'en ont pas encore commencé l'examen.

L'évolution du droit d'accès garanti par la législation italienne montre bien que l'Italie s'est inspirée en partie de la législation française et plus précisément de la loi n° 78-753, précitée. Il est possible de constater une situation complètement différente pour l'Allemagne où la transparence administrative a du mal à s'affirmer comme principe démocratique de l'État.

---

1 Voir pour plus de détails le 7° volume du rapport d'activité 1992-2001 de la CADA «*L'accesso ai documenti amministrativi, 7° volume Pareri della Commissione Giurisprudenza- anni 1992-2001, normativa, attie bibliografia*» disponible sur le site internet : [www.Governo.it/Presidenza/DICA/index.html](http://www.Governo.it/Presidenza/DICA/index.html).

2 Acte des chambres n° 3890-B relatif au Projet de loi n° 1281, « modification et intégration à la loi 7 août 1990, n° 241, concernant les dispositions générales sur l'action administrative ».

3 Acte des chambres n° 3890-B relatif au Projet de loi n° 1281, « modification et intégration à la loi 7 août 1990, n° 241, concernant les dispositions générales sur l'action administrative » : article 12 qui modifie l'alinéa 4 de la loi du 7 août 1990, n° 241 article 2 *Atto Camera n. 3890-B*

*XIV Legislatura Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa ».*

### **SECTION III Le droit d'accès à l'information en droit allemand**

La coupole de verre du *Reichtag* de Berlin devrait être un symbole de transparence du fonctionnement du pouvoir public, mais ce symbole n'est pas encore concrétisé par des textes juridiques qui mettent en œuvre cette transparence. Le système allemand est aujourd'hui encore caractérisé par une réticence marquée du pouvoir public à reconnaître aux particuliers un droit d'accès général à l'information détenue par les autorités administratives publiques. Pourtant, la transparence est au centre des discussions politiques et figure dans les discours officiels sur le futur de la construction européenne. Le Chancelier allemand *Gerhard Schröder* affirmait à la fin d'avril 2001 dans un discours relatif à la construction européenne que : « Pour réaliser l'intégration et l'européanisation future, il n'existe pas d'alternative au système actuel, il manque de la transparence et de la précision »<sup>1</sup>. Cette affirmation démontre bien que les forces politiques allemandes reconnaissent la nécessité de garantir plus de transparence dans le fonctionnement des communautés européennes, mais elles ne reconnaissent pas la même nécessité au niveau national, vu que des affirmations similaires concernant le cadre national sont presque absentes.

Le droit d'accès à l'information n'a pas pleinement abouti en Allemagne : ce droit est réservé, dans de nombreux cas, aux particuliers qui peuvent invoquer des droits à l'encontre de l'État. Il n'existe pas, pour l'administration, d'obligation générale de communiquer au public les documents administratifs et donc la notion de publicité administrative en droit allemand ne reconnaît pas un droit d'accès général aux documents administratifs (§1). L'Allemagne se caractérise ainsi par une transparence limitée de l'activité administrative (§2).

#### **§1 La notion de publicité administrative en droit allemand ne reconnaît pas un droit d'accès général aux documents administratifs**

La doctrine allemande n'utilise pas le terme de transparence «*Transparenz*», mais plutôt on parle de «*Öffentlichkeit*» qui se traduit par publicité. La publicité de l'action des pouvoirs publics ne peut se concrétiser que si l'action des autorités administratives garantit un droit d'accès général à l'information au citoyen par l'État. Or le droit allemand garantit-il un



droit d'accès général à l'information ? La doctrine se penche sur la possibilité de reconnaître à travers la loi fondamentale un droit d'accès général à l'information (A). Mais la loi fondamentale limite la publicité du processus décisionnel au pouvoir législatif (B).

### **A La possibilité de reconnaître un droit d'accès général à l'information à travers la loi fondamentale**

La Loi fondamentale garantit à chacun des droits fondamentaux. Grâce à eux, l'individu participe à la vie publique de l'État. Est-il possible de déduire un droit d'accès à l'information administrative à travers la liberté d'information garantie par l'article 5 alinéa 1 de la Loi fondamentale (1), comme le fait Steinmüller dans son essai *Droit fondamental à l'information*<sup>2</sup>? Ou cette liberté à l'information est-elle limitée aux sources d'information généralement accessibles (2) comme la presse, mais qui ne garantissent pas un droit d'accès général à l'information administrative?

#### **1 La liberté d'information garantie par l'article 5 alinéa 1 de la Loi fondamentale**

Le droit d'accès général à l'information administrative n'a pas pleinement abouti dans le système juridique allemand. Cela dit, certains auteurs considèrent qu'il est possible de reconnaître un droit d'accès général à l'information garanti par la Loi fondamentale, mais la loi fondamentale ne fait nulle part référence à un droit général à l'information administrative. La Cour constitutionnelle a déduit du principe démocratique un droit général à la publicité, qui réclame la publicité de l'activité des autorités publiques<sup>3</sup>. Mais on ne peut pas déduire pour autant du principe de la publicité de l'activité publique un droit général à l'accès à l'information administrative<sup>4</sup>. Néanmoins, la Cour constitutionnelle a affirmé en 2002 que le

---

<sup>1</sup> Gerhard SCHRÖDER, Kanzler Ende April 2001, in *Focus* n°23 2001 p. 239.

<sup>2</sup> STEINMÜLLER considère que la transformation de la société fait que la source d'information sur l'activité publique de l'individu par les médias n'est plus suffisante. Les médias sont en effet sujet aux pressions des partis politiques et des groupes d'intérêts; de ce fait les médias ne seraient plus suffisants pour donner les informations précises et indépendantes.

<sup>3</sup> BerfG 70, 324-358 selon lequel l'activité des autorités publiques doit être en continuité assujettie à la critique du peuple.

<sup>4</sup> Gertrude LÜBBE-WOLF, «Der Anspruch auf Informationen über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften», *DÖV* 1980, p594-595.

gouvernement fédéral, dans l'exercice de ses fonctions nécessaires à la conduite de l'État, est autorisé, à exercer un travail d'information, là où le Gouvernement a une compétence étatique absolue, qui peut être perçue à travers l'information<sup>1</sup>.

Selon l'article 20 al 2<sup>2</sup>. de la Loi fondamentale allemande, la source du pouvoir politique est la souveraineté du peuple qui l'exerce par ses représentants. Elle est exercée par « le peuple au moyen des élections et des votes et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires ». Le peuple participe donc à l'exercice du pouvoir public seulement à travers les élections et les votes.<sup>3</sup> Ainsi être gouverné et gouverner ne sont pas mis sur un pied d'égalité. Le peuple n'a donc pas une compétence totale d'où l'on pourrait déduire le droit général à l'information. Néanmoins il est possible de déduire une nécessité d'accès à l'information du peuple à travers le droit électoral de l'article 38 alinéa 1 de la loi fondamentale<sup>4</sup>. En effet, le peuple a besoin d'être informé : comment pourrait-il exercer autrement son droit électoral démocratiquement garanti par l'art 38 al.1 GG,? L'accès à l'information permet au citoyen de se faire un jugement sur les questions fondamentales de la vie publique<sup>5</sup>. La participation du citoyen à la formation politique ne peut pas se limiter aux élections, mais doit garantir la liberté d'expression (article 5 al.1 GG), la liberté de réunion (article 8 GG) et la liberté d'association (article 9 GG) afin que chacun puisse participer à la formation de l'opinion publique<sup>6</sup>. Ces droits, l'art 5 al. 1 GG tout particulièrement, garantissent-ils un droit général à l'information dans le sens d'un droit d'accès général aux documents<sup>7</sup>? La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour ne pas reconnaître cette compétence à l'article 5 alinéa 1 de la loi fondamentale. Car les documents des autorités publiques ne sont pas des sources généralement accessibles au public, puisqu'ils

---

1 Décision 26 juin 2002 –1 BvR 558/91- et 1 BvR 142/91 Zur Informationstätigkeit der Bundesregierung im Bereich des Verbraucherschutzes. Voir aussi communiqué de Presse : Nr. 67/2002 du 30 juillet 2002. ( Notre traduction).

2 Article 20 [Fondements de l'ordre étatique, droit de résistance]

(2) Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

<sup>3</sup> Martens, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, p.61.

4 Article 38 [Elections]

(1) Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience.

<sup>5</sup> Stephan W.H.LODDE *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat* Carl Heymann Verlag. Köln1996 , p. 236.

<sup>6</sup> Ridder, *Meinungsfreiheit*, dans *Grundrechte II*, p. 252 sv.

<sup>7</sup> KRIEGER , *Behördliche Auskunft*, p. 113 sv, Scherer , *Verwaltung und Öffentlichkeit*, p. 33 sv Windsheimer, *Information*, P. 161 sv. Steinmüller , *Gutachten* . p. 67 sv.

ne sont pas destinés à informer le public dans son<sup>1</sup>. Par ailleurs cette interprétation est confirmée par plusieurs écrits demandant une intervention du législateur afin de légiférer une loi qui garantira un droit général d'accès à l'information administrative<sup>2</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle<sup>3</sup> et administrative<sup>4</sup> refuse de reconnaître l'existence d'un droit d'accès général à l'information garanti par la Loi fondamentale<sup>5</sup>. Selon le juge c'est à l'administration de décider au cas par cas s'il faut donner l'accès aux documents administratifs ou s'il faut au contraire refuser un tel accès<sup>6</sup>. L'article 5 al.1s. 1. GG ne reconnaît donc pas au citoyen un droit général d'accès aux documents des autorités publiques. Pour la jurisprudence, la liberté d'information ne signifie pas automatiquement élargissement des sources d'information<sup>7</sup>. Néanmoins, nous pouvons trouver dans la jurisprudence allemande les termes de droit général à l'accès aux actes<sup>8</sup>, de droit général au renseignement<sup>9</sup>, ou d'un droit général à l'information<sup>10</sup>. Mais en effet, l'utilisation de ces termes se limite toujours au droit garanti au participant (Beteiligte) à une procédure administrative<sup>11</sup> et aux demandes d'information des personnes directement concernées par la procédure<sup>12</sup>.

Ainsi la Loi fondamentale, par son article 5 al. 1 s.1 GG, garantit la liberté d'expression, mais cette liberté d'expression ne peut pas être retenue comme étant la base d'un droit général d'accès à l'information administrative. Chacun a, selon l'article 5 al.1 s.1.2 de la Loi fondamentale, le droit de s'informer librement aux sources généralement accessibles. Cette liberté d'information représente une innovation dans l'histoire

---

1 Voir dans ce sens VerwD, NJW, 1975., p.891-892 ; « le domaine public n'est pas une source accessible à tous » ; DVBl, 1966, 575 « les renseignements des autorités publiques ne sont pas des sources accessibles à tous » ; OVG Münster, OVG 14, 1999 ; Bay VerfGH, DVBl, 1960, p. 806, Martens, *Öffentlich als Rechtsfreiheit*, op. cit. p.65 « on ne peut déduire du sens de la liberté d'information un droit d'accès à l'information » ; et SCHERER, *Verwaltung und Öffentlichkeit*, p. 31.

2 Voir dans ce sens: BULL, *Informationswesen*, GURLIT, *Verwaltungsöffentlichkeit*, p. 61 sv, SCHERER, *Verwaltung und Öffentlichkeit*, p. 27 sv. SCHWAN, *Amtsgeheimnis*, p. 90 sv.

3 BVerfGE 27, 81 et svt.

4 BVerwG, NJW 1975, 891, OVG Münster, OVG 14. 199, SCHERER, *Verwaltung und Öffentlichkeit*, p. 31.

5 BVerwGE 61.15, qui nie un droit général à l'information du citoyen par rapport à l'administration, BayVerfGH, DVBl 1960.806-807.

6 Car même si la loi ne prévoit pas un droit d'accès général, elle n'interdit pas non plus à l'administration de fournir les informations demandées par le citoyen.

7 DÜWEL, *Amtsgeheimnis*, 115 P. Jerschke, *Öffentlichkeitspflicht*, 107-109 p.

8 OVG Münster, GewArch 1973, 74 OVG Berlin, NVwZ 1987, 817.

9 BVerwGE 61.15 OVG Berlin, NVwZ 1987, 817.

10 Bay Verf GH, DVBl 1960, 807.

11 OVG Münster, GewArch 1973, 73.

12 BayVerfGH, DVBl 1960, 807.

constitutionnelle allemande. Elle fut la réaction à la période nationale-socialiste : ce droit a pour but d'empêcher que les autorités publiques puissent limiter la liberté d'information de l'individu. La liberté d'information garanti par conséquent le droit de s'informer<sup>1</sup>, protège en même temps la liberté d'opinion, et est la base fondamentale pour permettre la formation de l'opinion publique<sup>2</sup>. Un État démocratique ne peut en effet exister sans une opinion publique libre et bien informée<sup>3</sup>. C'est l'un des fondements de l'existence d'un État démocratique<sup>4</sup>. Mais cette liberté garantie par la loi fondamentale se limite aux seules sources généralement accessibles (les journaux et les autres moyens de communication de masse)<sup>5</sup>.

## 2 Les sources d'information généralement accessibles

La presse a une fonction centrale d'information publique comme l'a précisé le juge administratif<sup>6</sup>. Les droits d'accès à l'information de la presse selon la Loi fédérale et des Länder font de la presse et des médias l'institution principale d'information sur les activités publiques et politiques. Cela dit, le droit d'information n'attribue pas à chaque citoyen un droit d'information par rapport aux autorités publiques, mais seulement aux médias pour qu'ils transmettent à la collectivité les informations. Les lois de presse des Länder<sup>7</sup> prévoient un droit d'accès à l'information par rapport aux autorités publiques<sup>8</sup>, mais ce droit d'accès à l'information ne garantit pas aux médias d'avoir un droit d'accès aux documents administratifs: sur ce point, les médias et le citoyen se trouvent sur la même position<sup>9</sup>. La seule exception est la réglementation de la loi concernant les documents STASI (StUG) du 20 décembre 1991<sup>10</sup>. Selon les articles 32 à 34 les médias n'ont pas seulement un droit à être renseignés, mais aussi un droit d'accès aux documents. Or, ce droit d'accès n'est pas général : il ne s'applique qu'aux documents qui concernent des personnalités qui font partie de

---

<sup>1</sup> BVerfGE 27,71 (81).

<sup>2</sup> Schmitt GLÄSER, *AöR* 97, p.70 et sv.

<sup>3</sup> BVerfGE 27, 81.

<sup>4</sup> BVerfGE 27, 81.

<sup>5</sup> Schmitt, GLÄSER, in *Handbuch des Staatsrecht*, II §31 Rn 6.

<sup>6</sup> BVerfGE 20,159 (175), Löffler, *Presserecht*, Band 1, rn. 73., Dr. Rolf GROSS «Zum presserechtlichen Informationsanspruch», *Die Öffentliche Verwaltung* Février 1997, p. 133-143.

<sup>7</sup> BayPrG Bayrisches Gesetz über die Presse vom 3.10.1949 (GVBl. P. 243), BbgPrG Pressegesetz des Landes Brandenburg vom 13.5.1993 GVBl. p. 469).

<sup>8</sup> Löffler, *Presserecht*, Band 1 §4 LPG, p. 262 sv.

<sup>9</sup> Voir jurisprudence BVerwGE 12, 29§ et svt- *NJW* 1961 p. 1986.

<sup>10</sup> BGBl 1991. p. 2272.

l'histoire (*Personnen der Zeitgeschichte*), et des personnes qui ont des charges politiques, à condition que ne soient pas mis en cause des intérêts qui méritent d'être protégés (*schutzwürdige*) et qui doivent être protégés<sup>1</sup>. Mais la loi allemande ne garantit pas au citoyen d'être informé par les médias sur les documents administratifs, pas plus qu'elle ne garantit aux médias un droit d'accès général aux documents administratifs. Les sources d'informations publiques laissent à l'État la liberté de décider librement de l'ampleur de l'information. En effet, ces informations peuvent être limitées par l'État, en excluant par exemple le public des séances du Bundestag, du conseil municipal ou des audiences judiciaires<sup>2</sup>. De plus, les informations publiées par les médias sur l'activité étatique dépendent directement du comportement et de la volonté des autorités de l'État envers les médias. Cela dit, l'information du citoyen est un élément fondamental d'une société démocratique<sup>3</sup>. Plus le droit d'accès à l'information est garanti, plus nous sommes en présence d'un État transparent, et donc démocratique. Or, la loi fondamentale allemande ne garantit pas cette transparence au niveau administratif, mais le fait dans le cas de l'exercice du pouvoir législatif.

### **B La transparence des processus décisionnels garantie par la loi fondamentale limitée au pouvoir législatif**

Parmi les organes qui ont un pouvoir décisionnel, c'est le Parlement qui est le plus transparent. Selon l'art 42 al.1 s.1 GG qui met en œuvre le principe constitutionnel de l'ouverture générale des travaux parlementaires, les débats du Bundestag sont publics: les députés sont les représentants de l'ensemble du peuple (art 38 al.1 s.1 GG). Les débats sont ouverts dans la limite des places disponibles à toute personne.<sup>4</sup> Cette ouverture garantit la transparence des décisions, mais pas la participation aux prises de décision parce que les représentants ne sont tenus ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience (art 38.al.1.s.2.GG). Le peuple a le droit d'être informé sur les décisions prises par leurs représentants, droit qui ne se limite pas seulement au pouvoir législatif, mais qui s'applique aussi à l'activité du pouvoir exécutif. D'autre part et surtout, l'activité du

---

<sup>1</sup> Dr. Rolf GROSS «Zum presserechtlichen Informationsanspruch», *Die Öffentliche Verwaltung* Février 1997, p. 133-143.

<sup>2</sup> ( art42 al1 s.2 et 3 GG §§170 sv GVG et art 52 al.2 Bay GO).

<sup>3</sup> Geiger, FS für Adolf Arndt, p 119 (121). Scherer, *JZ* 1979, p. 389.

<sup>4</sup> MAUNZ in Maunz/Dürig, art 42 Rn 3.

gouvernement fait objet d'opinions et de discussions publiques. Avec le renforcement du pouvoir exécutif (principalement du gouvernement) et l'affaiblissement du pouvoir législatif<sup>1</sup>, l'activité et les décisions de l'exécutif se trouvent de plus en plus au centre de l'intérêt public. Mais la loi allemande n'oblige l'exécutif qu'à un degré de transparence très limité, excepté les comptes rendus de la presse et la responsabilité parlementaire du pouvoir exécutif. La Loi fondamentale ne contient pas de clauses de publicité de l'activité du pouvoir exécutif<sup>2</sup>. Il semble même que la Loi fondamentale considère comme tout à fait normal que l'activité administrative ne soit pas par principe transparente<sup>3</sup>.

## **§2 La transparence limitée des autorités administratives**

L'Allemagne est caractérisée par une tradition qui souligne plutôt la confidentialité générale des dossiers administratifs<sup>4</sup>. En se caractérisant par l'absence d'un droit général d'accès aux documents administratifs (A) pendant des décennies, la loi était du côté des autorités qui refusaient l'accès à l'information administrative. En effet, le droit allemand sur la procédure administrative a été pendant longtemps caractérisé par le principe selon lequel le citoyen n'avait pas un droit d'accès à l'information, étant donné que la procédure administrative n'était pas publique<sup>5</sup>. Avec la loi du 25 mai 1976 qui régleme la procédure administrative non contentieuse, le droit d'accès aux administrés n'est garanti que dans la mesure où le citoyen fait l'objet d'une procédure administrative non contentieuse. Ainsi c'est le principe de la publicité limitée des dossiers administratifs (B) qui caractérise le droit allemand. Néanmoins, une évolution commence à se concrétiser dans le domaine du droit d'accès aux documents administratifs (C) en droit allemand grâce à l'action du droit communautaire et à la reconnaissance au niveau des *Länder* d'un droit d'accès général aux documents.

---

<sup>1</sup> HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Op.cit., p.216 et s., notre traduction.

<sup>2</sup> HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. op.cit, p. 109 et s.

<sup>3</sup> OBERDORFF HENRI, *Les Constitutions de l'Europe des Douze* (édition 1994), La Documentation française p. 389.

<sup>4</sup> H.FABER, *Verwaltungsrecht* 2eme édition 1989, p. 404.

<sup>5</sup> Hans-Joachim MENGEL «Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren», *Die Verwaltung* 1990, p.377-379.

## **A L'absence d'un droit général d'accès aux documents administratifs**

Aucun texte législatif n'organise le droit général d'accès aux documents administratifs. Il existe cependant des situations particulières dans lesquelles l'accès aux documents administratifs est nécessaire au citoyen pour garantir ses droits (1). De plus, la publication des dispositions administratives (2) contribue à garantir une publicité de l'activité administrative, mais ne garantit qu'une transparence limitée.

### **1 Des situations particulières dans lesquelles l'accès aux documents administratifs est nécessaire au citoyen pour garantir ses droits**

Lors de la décision de la Cour fédérale administrative (BVerwGE) du 23 août 1968<sup>1</sup>, le juge administratif devait décider si les actes des autorités administratives devaient être produits en justice dans un procès civil comme moyen de preuve. Or, la Cour a considéré qu'il n'est pas possible, selon le fondement du droit positif, de justifier la demande d'accès. Mais l'administration a la faculté d'autoriser ou de refuser l'accès à ces documents. Ainsi, la Cour a reconnu qu'il existe des situations dans lesquelles l'accès aux actes administratifs est nécessaire au citoyen pour garantir ses droits. Ces intérêts d'accès doivent être démontrés par « un intérêt qualifié et légal », à condition que cet intérêt ne puisse être satisfait d'aucune autre façon. Avec la décision du 10.2.1981, la Cour qualifie le droit d'obtenir de la part de l'administration une décision afin d'obtenir l'accès à l'information, conformément à son pouvoir *discrétionnaire* (*ermessensfehlerfreie Entscheidung*) comme un droit général à l'information à condition que la connaissance du contenu des actes soit nécessaire pour l'exercice d'un droit<sup>2</sup>.

Au contraire, le tribunal administratif supérieur s'est déjà prononcé dans un sens plus favorable au demandeur en autorisant l'accès aux actes concernant l'autorisation de construction de la part d'un tiers. Pour le tribunal administratif supérieur, l'accès aux actes du tiers est nécessaire afin de pouvoir agir en justice<sup>3</sup>. Mais l'interprétation donnée par la Cour et

---

<sup>1</sup> BVerwGE 30, 154 sv. La Cour devait décider si les actes des autorités administratives devaient être produits en justice dans un procès civil comme moyen de preuve.

<sup>2</sup> BVerwG, DVBl 1981, 683.

<sup>3</sup> OVG Münster, NJW1989, 544 (545).

le tribunal administratif montre que le droit d'accès est limité par la nécessité de démontrer un intérêt particulier à obtenir l'information et que cet intérêt ne peut pas être satisfait autrement que par l'accès aux documents. Ainsi pour le juge administratif la transparence administrative est reconnue seulement pour les particuliers qui peuvent invoquer des droits à l'encontre de l'administration<sup>1</sup>. Dans certains cas exceptionnels, un droit d'accès existe sans la nécessité de faire valoir un intérêt pour accéder aux documents: il est valable pour certains registres publics, ou les archives et les registres de l'eau des Länder. Il existe aussi une possibilité d'information générale dans des domaines sectoriels, comme les enquêtes publiques, les registres du commerce et les séances publiques du conseil municipal.

## 2 La publication des dispositions administratives

Une forme d'information administrative est garantie par la publication des dispositions administratives dans une multitude de journaux officiels et médias<sup>2</sup>.

Selon certains auteurs, il existe une obligation de publication publique des dispositions administratives<sup>3</sup> du fait de l'effet externe des dispositions. Comme l'administration est liée par sa propre décision et a l'obligation de traiter de manière équitable tous les citoyens (art 3 al.1 GG), les dispositions qui concernent le citoyen ont un effet de norme juridique<sup>4</sup>. Les dispositions doivent être rendues accessibles à toutes les personnes concernées. La connaissance des dispositions administratives doit être rendue possible également pour garantir le traitement équitable<sup>5</sup>.

Il existe au contraire des avis<sup>6</sup> qui affirment le caractère strictement interne des dispositions administratives, étant donné qu'elles concernent seulement les autorités publiques<sup>7</sup>. Cette interprétation s'appuie sur une différence entre les mesures d'ordre interne et le règlement subordonné à la loi. Les mesures très précises de la Loi fondamentale art 80 al.1 et art 82, s'appliquent seulement aux règlements subordonnés à la loi<sup>8</sup>. L'inexistence

---

<sup>1</sup> BVerwGE 30, 154 (160).

<sup>2</sup> H.JELLINEK: «Veröffentlichungen verwaltungsinterner Ermessensrichtlinien», *NJW* 1981, 2235 sv.

<sup>3</sup> GUSY, *DVBf* 1979,720-724, Jellinek, *NJW* 1981,2235, Lübke-Wolf, *DÖV* 1980,594 (596).

<sup>4</sup> GUSY, *DVBf* 1979,720-724.

<sup>5</sup> OVG Berlin,1979,724; Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften*, p.464.

<sup>6</sup> Maunz, Theodor/Dürig, Günter: *Grundgesetz*, München 1993, art 80 al.1 Rn.16 sv.

<sup>7</sup> BVerwG, *NJW* 1981, 535 (536), Herzog dans MAUNZ, Theodor/DÜRIG,.: *Grundgesetz*, München 1993, art 3 al.1 Rn.434.

<sup>8</sup> Herzog in MAUNZ, Theodor/Dürig, Günter: *Grundgesetz*, München 1993, art 80 al.1 Rn.16.



d'une réglementation concernant la forme de la disposition administrative a comme effet que la communication à la seule autorité administrative subordonnée suffit pour la rendre valable. La disposition administrative est certes valable dès sa communication à l'autorité administrative subordonnée, mais il faut distinguer validité et accès. En effet, la décision administrative produit ses effets par rapport au citoyen par l'application par l'administration de la décision. Ces dispositions sont nécessaires pour l'interprétation des lois par l'administration, et acquièrent alors à travers l'application du droit (art3 al.1 GG) un effet de légalité<sup>1</sup>. Pour cela, les dispositions administratives qui produisent des effets sur les citoyens doivent être publiées et être rendues accessibles<sup>2</sup>. Sont concernés les directives portant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conformément aux lois en vigueur<sup>3</sup>, mais aussi le droit de déterminer la compétence d'une administration<sup>4</sup>. Ces dispositions administratives sont rendues publiques par l'autorité qui édicte la disposition, mais si le citoyen n'a pas la possibilité d'accéder à l'autorité, l'accès doit être garanti par l'autorité d'exécution qui, à travers un droit de regard (Einsichtsnahme) ou en délivrant une copie, garantit la publication de la disposition<sup>5</sup>.

Les obligations de publication d'information sont garanties aussi dans d'autres domaines, comme c'est le cas par exemple pour les avertissements des dangers pour la santé (sang contaminé, SIDA). Une multitude de données économiques sont publiées par des services publics, tout comme des données sur le marché du travail et la situation économique nationale. Les publications officielles ont une fonction particulière : dans les journaux officiels, quotidiens, etc. sont publiés les projets de l'activité publique, les informations concernant la construction des œuvres publiques, les concours et, après la réunification de l'Allemagne, les publications de l'établissement pour la gestion du patrimoine industriel de l'ex R.D.A. (*Treuhand*) pour trouver de nouveaux acquéreurs. Mais ces droits d'information sont très spécifiques ou très limités.

---

<sup>1</sup> Wolf, Hans, *Verwaltungsrecht I*, 9. Auflage, München 1974. §24 al. 2d p. 119.

<sup>2</sup> BVerwGE 40,237 (252). Gusy, *DVBl* 1979,720-724.

<sup>3</sup> Lübke-WOLF, *DÖV* 1980,594 (596).

<sup>4</sup> Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften*, p 464.

<sup>5</sup> SCHENKE, *DÖV*, 1977, 27 (33).

## **B La publicité limitée des dossiers administratifs**

La loi fédérale du 25 mai 1976 sur la procédure administrative (par la suite VwVfG) et les lois correspondantes des Länder reconnaît aux personnes concernées le droit de participer à la procédure d'élaboration d'un acte administratif. C'est dans cette situation spécifique et seulement dans cette situation, que la personne concernée peut obtenir la communication des dossiers relatifs à cette procédure. Le cercle de personnes concernées par la procédure est limité dans la plupart des cas aux personnes qui sollicitent la décision et à celles qui s'y opposent, les personnes à qui s'adresse la décision et les personnes invitées à participer à la procédure par l'administration. Toutefois, la participation à la procédure ne signifie pas automatiquement un droit d'accès, il faut en effet que la personne puisse prouver qu'elle a un intérêt juridique, et non pas un simple intérêt factuel ou commercial, à accéder aux documents. Conformément à l'article 29 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* l'accès doit être nécessaire pour éclaircir une situation juridique ou encore pour permettre de prendre la décision d'introduire un recours<sup>1</sup>. Le §29 établit le principe de la publicité limitée du dossier<sup>2</sup>: ce principe signifie que l'administration a l'obligation, pour autant qu'il n'existe aucun motif de refus à cet égard, d'accorder aux intéressés le droit de consulter le dossier, dès lors que la connaissance dudit dossier est nécessaire pour l'exercice ou la défense de leurs droits<sup>3</sup>. Celles qui peuvent participer à la procédure sont en général la personne qui sollicite la décision et les personnes invitées à participer à la procédure par l'administration, soit d'office, soit à leur demande (§13VwVfG). Dans le cas où l'administration refuse de communiquer le document demandé, ce sont les voies de recours classiques qui doivent être mises en œuvre afin d'obtenir une annulation du refus ou une injonction de communiquer. Cependant lorsque la décision administrative n'est pas encore adoptée, le juge administratif considère que le refus de communication n'est qu'un acte préparatoire et n'est donc pas susceptible de

---

<sup>1</sup> Cette disposition limite fortement le droit d'accès car l'autorité publique n'est pas obligée d'accorder l'accès si, à travers l'accès aux documents administratifs, la réalisation des fonctions peut empêcher le bon déroulement de la fonction administrative. (*Ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben beeinträchtigt wird* (§29 alinéa 1)).

<sup>2</sup> F. KOPP *Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar)*, 6<sup>ème</sup> éd. München 1999 note 38 §29.

<sup>3</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen* Volume II 1994, Bruylant Bruxelles p. 1332 total 1631.

recours<sup>1</sup>. C'est seulement si la décision administrative a été adoptée que le recours peut être introduit de manière indépendante contre le refus de communication<sup>2</sup>.

Dans certaines procédures administratives (dans le cas des procédures d'autorisation des installations polluantes en vertu de la loi fédérale sur l'immission)<sup>3</sup>, le dossier doit être mis à la disposition du public. Mais ce droit d'accès au dossier ne vise que le dossier de la procédure spécifique: il ne couvre pas les documents que l'administration possède en dehors de cette procédure.

Il existe des cas particuliers réglementés par des textes spéciaux comme ceux relatifs à l'aménagement de l'espace<sup>4</sup>. C'est le cas du *Planfestellungsverfahren* §§72 VwVfG (concernant les autorisations d'implantation d'un grand ouvrage, généralement appelées décisions d'approbation d'un plan) qui prévoit pour toute personne intéressée une véritable publicité et le droit de participer. Cette procédure élargit le champ des ayants droit à l'accès aux documents à tous ceux qui peuvent démontrer un intérêt légitime (*berechtigtes Interesse*). Mais en contrepartie, la demande d'accès est limitée par le pouvoir de l'administration de décider selon son pouvoir discrétionnaire si elle autorise ou au contraire refuse l'accès. Enfin pour le *Atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren* §7AtomG, §10BImSchG), le champ des ayants droit d'accéder aux documents administratifs est encore plus large: dans ce type de procédure, il n'est pas requis de démontrer un intérêt particulier pour y accéder, mais l'administration peut décider, toujours conformément à son pouvoir discrétionnaire, si elle en autorise l'accès ou si au contraire elle le refuse. En vertu du paragraphe 40 de la loi de procédure administrative (VwVfG), l'administration doit exercer « son pouvoir discrétionnaire en conformité avec l'objet de son habilitation et respecter les

---

1 BverwG 27.5 1981, *NJW* 1982, p. 120.

2 BverwG 27.2. 1976, BverwGE 50, 255 ; in D.CAPITANT, «L'exemple allemand,» *Transparence et secret*, op. cit. p. 170-171.

<sup>3</sup> §10 al.3 BUNDESIMMISSIONSCHUTZGESETZ (BImSchG), §6 al.3 du Règlement de procédure en matière nucléaire ( AtVfV) pour les autorisations d'installations nucléaires et §72 VwVfG pour l'autorisation de travaux d'infrastructure (Planfestellungsverfahren).

<sup>4</sup> Voir loi du 18 août 1976 sur l'urbanisme. Selon §2 a de la loi fédérale sur l'urbanisme, la commune doit rendre publics les buts et les objectifs généraux du futur plan d'urbanisme avant même qu'elle ait arrêté son projet et, en même temps, elle doit donner à chacun la possibilité de faire connaître son avis. Le projet de plan, accompagné d'un exposé des motifs, doit être mis à la disposition du public pendant un mois. Toute personne peut présenter des suggestions ou des objections; la commune doit se prononcer sur toutes les objections ou observations faites. Enfin, parmi les textes spéciaux, nous trouvons ceux concernant les autorisations d'implantation d'un grand ouvrage, (appelées Planfestellung) et ceux de la loi du 18 février 1977 sur la protection contre les nuisances et les pollutions ( §10), et de la loi du 31 octobre 1985 sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et la protection contre ses dangers (§7 et suiv. ). Ces diverses procédures garantissent d'une part que les projets élaborés doivent être mis à la disposition du public et que le public pourra présenter ses observations. La participation du public est par conséquent garantie uniquement dans un stade déjà avancé du projet puisque le projet est déjà établi .

limites légales du pouvoir discrétionnaire ». Les décisions discrétionnaires sont contrôlées conformément à l'article 114 du Code des tribunaux administratifs (VwGO) du 21 janvier 1960.

«...Le tribunal examine également si l'acte administratif, ou encore le refus ou l'omission de l'acte administratif, est illicite parce que les limites légales du pouvoir discrétionnaire ont été franchies ou parce qu'il en a été fait usage d'une façon ne correspondant pas à l'objet de l'habilitation ». En dehors de ces situations particulières, le juge administratif allemand a développé dans sa jurisprudence la théorie selon laquelle l'administration peut toujours communiquer des informations<sup>1</sup>. Comme le droit d'accès est lié au déroulement d'une procédure administrative et à une décision discrétionnaire de la part de l'autorité administrative, le droit d'accès à l'information n'est pas général. Le droit d'accès à l'information garanti par la loi a en effet comme but principal de garantir la défense d'un intérêt individuel lié à une décision administrative concrète. L'action communautaire à travers la Directive 90/313/CEE concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement<sup>2</sup> et sa transposition en droit allemand ont apporté un premier changement important dans l'administration allemande dans le domaine de la transparence administrative.

### **C L'évolution du droit d'accès général aux documents administratifs influencé par le droit communautaire**

La législation communautaire assume un rôle important dans le renforcement de la transparence administrative en droit allemand par la Directive européenne 90/313/CEE. Ce texte a naturellement conduit l'Allemagne à reconnaître et à garantir à travers par le biais d'une loi fédérale (Umweltinformationsgesetz UIG)<sup>3</sup> un droit d'accès général aux documents relatifs à l'environnement. Grâce à cette Directive, il existe désormais en Allemagne un droit subjectif garantissant à toute personne un libre droit d'accès général aux informations détenues par l'administration, même si ce droit reste limité aux informations environnementales détenues par les autorités publiques. En consacrant un tel droit, la Communauté européenne a contribué à renforcer les droits du citoyen allemand par rapport à l'administration. Même si le champ d'application se limite à l'environnement, cette loi (UIG)

---

<sup>1</sup> BVerwGE (Cour administrative fédérale du 16 septembre 1980, tome 61, p. 15 NJW 1981, p. 535.

<sup>2</sup> Directive du Conseil 90/313/CEE concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, JOCE N° L 158/56.

<sup>3</sup> Loi du 8 juillet 1994, Bundesgesetzblatt 1994 I, p. 1490.

doit être vue comme un modèle pour plus de transparence administrative dans le droit administratif allemand. Ce droit garantit désormais à chacun, non sans laisser quelques interrogations vu la loi de transposition, la possibilité de chacun de contrôler l'activité publique dans le domaine de l'environnement<sup>1</sup>. Il apparaît que le rôle de la Communauté européenne par le biais du rapprochement des législations a contribué à faire progresser la transparence administrative en garantissant en droit allemand un droit d'accès général à l'information administrative en matière d'environnement<sup>2</sup>.

Depuis 1998, l'accès à l'information est devenu de nouveau d'actualité, et figurait dans le programme politique pour les élections législatives fédérales. Le projet prévoyait de garantir au citoyen un nouveau droit garantissant une nouvelle liberté d'accès à l'information par rapport aux documents administratifs. Mais les promesses sont restées sans suite. L'évolution actuelle démontre plutôt que c'est au niveau des *Länder* que des initiatives sont prises dans le domaine du droit d'accès général à l'information à l'information. Ce sont en effet les *Länder* du Brandebourg, de Berlin et du Schleswig-Holstein qui ont promulgué des lois qui garantissent à leurs citoyens un droit d'accès général à l'information administrative indépendamment du fait de participer à une procédure<sup>3</sup>. Le *Land* de Brandebourg a, depuis mars 1998, un droit d'accès général aux documents et à l'information (*Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG)*)<sup>4</sup>. Cette loi applique le principe de l'article 21 alinéa 4 de la Constitution du Land de Brandebourg<sup>5</sup>.

Mais en dehors de cette situation, l'Allemagne se trouve en retard par rapport à l'évolution du droit d'accès général à l'information garanti par le droit communautaire et le droit français. En effet, dans le système juridique français, il existe depuis 1978 un droit

---

<sup>1</sup> Néanmoins la transposition de la directive communautaire a démontré que les réticences des autorités allemandes à garantir un droit d'accès le plus large possible sont toujours présentes.

<sup>2</sup> La *UIG* sera étudiée de façon plus détaillée dans le sous-titre II pour démontrer que la dynamique européenne a un impact concret sur le droit d'accès à l'information.

<sup>3</sup> Les différentes lois promulguées garantissant un accès général aux documents sont :

*Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz - IFG)*, v. 15.10.1999, GVBl. 1999, S. 561; geändert Gesetz v. 30.07.2001, GVBl. 2001, S. 305. ; *Akteneinsichts und Informationszugangsgesetz (AIG)* v. 10.03.1998, GVBl. I/1998, S. 46.

*Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein- Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen - IFG NRW)*, v. 27.11.2001, GV NRW 2001, S. 806.

*Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig- Holstein Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein - IFG-SH*, v. 09.02.2000, GVOBl. 2000, S. 166; zul. geänd. durch Gesetz v. 18.03.2003, GVOBl. 2003, S. 154, 168.

<sup>4</sup> GVBIBbg. 1998; I. p46.

<sup>5</sup> GVBl 1992 I p. 298 modifié par loi du 27.6.1995, GVBl. I. p. 150.

d'accès général à l'information, même s'il n'y a pas eu de grands changements depuis. En effet, même la loi du 12 avril 2000 n'a pas profondément modifié la situation introduite par la loi de 1978. Le droit communautaire, quant à lui, est depuis une dizaine d'années le plus actif et le plus innovateur en matière de droit d'accès à l'information. Le Traité d'Amsterdam garantit désormais par l'article 255 CE un droit d'accès général aux documents du Conseil du Parlement et de la Commission.

La société de l'information d'aujourd'hui ne peut plus justifier les restrictions de l'accès à l'information de la part de l'État, pas plus que son inaction en la matière. Étant donné que le législateur n'a pas osé changer profondément les rapports entre administration et administrés, une partie de la doctrine allemande considère au contraire que la Loi fondamentale remédierait à l'absence d'une loi allemande fédérale sur l'accès général à l'information.

Le manque de transparence de l'activité du pouvoir exécutif nécessite une intervention du législateur. Il est souhaitable de garantir un droit général d'accès aux actes administratifs, ainsi que le renseignement et la publication de toutes les décisions administratives dans un Journal officiel par exemple. Il apparaît urgent de garantir un droit d'accès aux actes administratifs, vu l'état déficitaire de la transparence dans le secteur administratif et le comportement restrictif des autorités publiques. La nécessité d'information sur l'activité administrative est nécessaire pour faire face à l'accroissement de la sphère d'influence du pouvoir exécutif sur les sources d'information couramment accessibles de l'art 5 GG.



## TITRE II

# Le droit d'accès à l'information environnementale dans l'Union européenne

La Directive 90/313/CE, instrument communautaire de droit dérivé, fixe les règles du droit d'accès aux informations environnementales. La transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique<sup>1</sup>. En effet, il suffit qu'il existe un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon « suffisamment claire et précise » comme l'a précisé le juge communautaire<sup>1</sup>. Ainsi, la directive laisse aux États membres la liberté de la forme et des moyens à mettre en œuvre pour obtenir l'objectif fixé. Il est toutefois nécessaire que les bénéficiaires soient en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales. Par conséquent, la directive est contraignante en ce qui concerne le résultat à atteindre, mais, et c'est là que peuvent se poser des problèmes quant au processus d'harmonisation, elle laisse le choix de la forme et des moyens à mettre en œuvre. Il est souvent nécessaire d'adapter le droit national pour qu'il soit conforme à la directive communautaire. Or, seule la comparaison des deux textes permet de vérifier la conformité du texte transposé à la directive. Sa transposition déficiente dans les droits des États membres nuit à sa mise en œuvre. C'est justement le cas de la Directive 90/313/CEE qui permet l'harmonisation du droit d'accès à l'information dans le secteur de l'environnement à l'intérieur de l'espace communautaire. La pratique a en effet montré que l'harmonisation était imparfaite et que les États n'avaient pas hésité à transposer de façon incorrecte la directive, dans un sens défavorable à l'accès à l'information. Cette transposition ne permet donc pas de

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens, arrêt du 23 mai 1985, Commission / Allemagne, 29/84, Rec. p. 1661, point 23, et du 8 juillet 1987, Commission contre Belgique, 247/85, Rec. p. 3029, point 9.



garantir le même droit dans tous les États membres. Seul le juge communautaire permet par sa jurisprudence l'achèvement lent, mais effectif, de cette harmonisation.

Dans le cas où la directive n'est pas transposée correctement, les particuliers peuvent, sous certaines conditions, bénéficier de l'application directe du texte communautaire, ce qui signifie que le citoyen doit tenir compte à la fois de la directive et de la législation adoptée au niveau national. La CJCE a reconnu qu'une directive pouvait être directement applicable et directement invoquée par un particulier ou une entreprise devant les juridictions nationales, dans le cas où les autorités nationales n'auraient pas pris les mesures d'application de la directive<sup>2</sup>, selon le « principe de l'effet utile », conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>3</sup>. La Cour de justice considère en effet que les dispositions d'une directive sont directement applicables dans le cas où la directive n'a pas été transposée en droit national ou de façon incorrecte: l'effectivité du droit communautaire ne serait autrement pas garantie.

Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité CE (dans le cas des directives, si l'Etat membre n'a pas pris les mesures correctes de transposition), elle peut saisir la Cour de justice. Mais la lourdeur de la procédure en manquement d'Etat devant la Cour de justice, à l'initiative exclusive de la Commission, ne permet pas de pallier la transposition incorrecte des directives. Même la perspective des sanctions sous forme d'amendes et d'astreintes que la Cour de justice peut, depuis le Traité d'Amsterdam, prononcer à l'encontre des États membres qui ne prennent pas les mesures de transposition nécessaires pour se conformer à un premier arrêt en manquement (art 228, paragraphe 2 CE) ne suffit pas à les contraindre. Et les juridictions nationales sont encore trop réservées dans le contrôle qu'elles exercent sur la conformité de leur droit aux obligations internationales de l'Etat que constitue le droit communautaire.

Dans le cas de la Directive 90/113/CEE, la Commission a constaté que les mesures de transposition allemande et française n'étaient pas conformes aux dispositions de la Directive. La Commission a engagé une action, en application de l'article 226 Traité CE, contre la République Fédérale d'Allemagne<sup>4</sup> et contre la France<sup>1</sup> pour manquement aux obligations découlant de la Directive 90/313/CEE.

---

<sup>1</sup> CJCE 9 septembre 1999 , Commission / République fédérale d'Allemagne, C-217/97, Rec. 1999 p. I-5087, point 3.

<sup>2</sup> Voir CJCE 4-12-1974, affaire 41/74, Van Duyn/ Home officie Rec. 1974, p. 1251.

<sup>3</sup> CJCE 13.11.1990, affaire C-106/89, Marleasing/ Comercial International de Alimentacion, Rec. 1990, p. I-4135.

<sup>4</sup> CJCE, Commission contre Allemagne aff. C-217/97, Rec. 1999, p. I-5087.

La France estimait pourtant que l'application de la Directive 90/313/CEE ne présentait pas de difficultés particulières, puisque, depuis la loi du 17 juillet 1978, les administrés ont droit à la communication des documents administratifs (nominatifs et non nominatifs) dans des conditions simples et sous le contrôle de la Commission d'accès aux documents administratifs.

Dans certains États membres, au contraire, la Directive 90/313/CEE a eu pour effet d'opérer un changement profond dans le fonctionnement de l'action des autorités publiques. Ce changement se caractérise par l'évolution d'une politique du secret à celle d'une plus grande transparence de l'action administrative, et donc par un changement d'attitude dans les relations entre administrés et administration. C'est surtout dans les systèmes juridiques dépourvus d'un tel droit, — comme c'était le cas en Allemagne et en Belgique —, ou dotés d'un droit incomplet (plus restrictif) en cette matière, — comme en Italie, en Espagne, en Grèce et au Portugal où il n'existait pas de dispositions législatives concrètes dans le domaine de l'accès à l'information environnementale —, que les effets de la Directive ont été les plus marquants. Grâce à l'action communautaire, un droit d'accès à l'information en matière d'environnement s'est généralisé dans la Communauté européenne. Même si ce droit ne garantit pas le plus haut niveau d'accès à l'information, il reste un outil important du processus d'harmonisation du droit dans la Communauté européenne.

L'étude du droit d'accès à l'information environnementale dans l'Union européenne suppose que soit d'abord examinée la reconnaissance du droit à l'information environnementale par le droit international et le droit communautaire (Chapitre I) avant l'examen de ce droit au niveau des États membres, avec les exemples français, allemand et italien (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> CJCE, Commission contre France aff. C-233/00, Rec. 2003, p. I-6625.



# CHAPITRE I La reconnaissance du droit à l'information environnementale par le droit international et le droit communautaire

La reconnaissance d'un droit d'accès général à l'information environnementale s'inscrit de plus en plus dans un contexte juridique international très favorable à la reconnaissance d'un droit de l'homme à vivre dans un environnement sain<sup>1</sup> dont l'une des composantes est le droit à l'information. Les dispositions législatives et constitutionnelles existant dans les États membres qui prévoient à la charge de l'Etat l'obligation de protéger l'environnement afin de garantir le droit, des citoyens à un environnement sain et propre sont nombreuses<sup>2</sup>. Une grande majorité d'Européens juge depuis longtemps que protéger l'environnement est un problème urgent qui nécessite une demande accrue d'informations<sup>3</sup>.

---

1 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6ème éd. PUF, 2003, p.665, sp.p. 386 et s. Sur ce sujet voir aussi F.SUDRE, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, en collaboration avec, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, coll. «Thémis»2003.

<sup>2</sup> En France, le Code de l'environnement a enfin consacré le droit à un environnement sain au niveau législatif (article L.110-2). «Le 4 juin 2003 le texte d'une Charte de l'environnement qui devrait être adossé à la Constitution a été présenté au Conseil des ministres». Cette charte reconnaît au niveau constitutionnel un droit de l'homme à vivre dans un environnement sain qui donnerait à ce principe une valeur égale aux droits fondamentaux, comme la liberté de circuler ou le droit de propriété. La Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne évoque la protection de l'environnement par l'Etat dans l'article 20 a : «L'Etat protège également, assumant sa responsabilité pour les générations futures, les fondements naturels de la vie dans le cadre de l'ordre constitutionnel par l'exercice du pouvoir législatif et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit.» Les Constitutions des Länder abordent la protection de l'environnement avec des différences sensibles. Par exemple, l'article 42 de la Constitution du Brandebourg affirme :«La protection de l'environnement naturel et du paysage tel qu'il a été façonné par l'homme en tant que conditions indispensables à la vie des générations présentes et futures constitue un devoir de l'Etat et du citoyen». L'article 46, paragraphe 1 de la Constitution de la Hesse, lui, est moins précis «Les fondements de la vie humaine sont placés sous la protection de l'Etat et des communes». En Autriche, la Constitution ne mentionne l'environnement que dans le cadre de la répartition des compétences. Néanmoins une loi de caractère constitutionnel de 1984 sur la protection de l'environnement stipule que : La République d'Autriche s'engage à assurer la protection complète de l'environnement, c'est-à-dire notamment la protection de l'environnement naturel en tant que fondement de la vie du genre humain contre les impacts négatifs. En Italie, l'article 9 de la Constitution précise que: «La République favorise le développement de la culture et de la recherche scientifique et technique. Elle protège le paysage ainsi que le patrimoine historique et artistique de la Nation». Le terme «paysage» pourrait signifier plus largement «environnement naturel».

<sup>3</sup> En effet, déjà en 1992, lors d'un sondage réalisé par la Commission des Communautés européennes intitulé «Les Européens et l'environnement», 88% des Européens, considèrent que protéger l'environnement est un problème urgent qui nécessite une demande accrue d'informations.

L'information environnementale est à l'origine d'une transformation profonde des relations entre citoyens et les pouvoirs publics. Ainsi, l'accès à l'information en matière d'environnement est l'un des instruments qui garantissent un degré élevé de protection de l'environnement et qui n'ont plus une portée uniquement nationale, mais désormais internationale. La reconnaissance du droit d'accès à l'information environnementale revêt aujourd'hui un caractère universel, qui traduit un consensus apparent de la société internationale. Cette mondialisation du droit d'accès à l'information ne saurait cependant cacher les différences entre les différents instruments de proclamation. En effet, il y a une diversité dans le contenu et dans le champ d'application géographique des instruments de proclamation du droit d'accès à l'information environnementale. Il convient alors de distinguer les instruments internationaux (Section I) à vocation universelle s'adressant à tous les États, et les instruments à vocation régionale, avant d'analyser le particularisme du droit communautaire dans le domaine de la liberté d'accès à l'information environnementale (Section II) qui est passée du silence initial du traité de Rome à l'adoption de la Directive 90/313/CEE garantissant l'accès à l'information environnementale. Les États membres ont, à travers le Conseil, adopté la Directive 90/313/CEE et donc s'imposent à eux-mêmes ces mesures de transparence. Cela dit, ils ne les ont pas imposés aux institutions communautaires. Néanmoins, l'analyse des différents droits nationaux sera précédée par une comparaison des dispositions de la Directive avec les mesures prises par les institutions communautaires en matière de droit d'accès aux documents (Section III).

## **SECTION I La proclamation du droit d'accès à l'information environnementale par les instruments internationaux**

La proclamation internationale du droit d'accès à l'information environnementale est d'origine récente. Des textes résultant d'un consensus entre États ont généralisé l'idée que la protection de l'environnement ne peut se faire que si les décisions environnementales sont prises de façon transparente et démocratique. Ces textes ont une portée universelle (§1) quand ils sont l'œuvre de l'ONU, ou une portée plus restreinte que l'on appellera régionale. Dans les textes qui ont une portée régionale, notre attention se concentre sur l'action du Conseil de l'Europe qui, à travers ses recommandations et son œuvre majeure, la Convention européenne des droits de l'homme, participe à la reconnaissance et à l'évolution du droit d'accès à

l'information environnementale (§2). Il faut ensuite analyser de manière plus détaillée la Convention d'Århus qui a systématisé le droit d'accès à l'information environnementale (§3).

## **§1 Des textes à vocation universelle**

Les textes à vocation internationale trouvent leurs origines dans l'activité de l'ONU et, plus précisément, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après DUDH) du 10 décembre 1948<sup>1</sup>. Concernant le droit d'accès à l'information, l'article 19 de DUDH confère un droit d'accès à l'information à toute personne, en stipulant que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». Il convient de noter que l'article 19 de la DUDH confère un large droit d'accès aux informations officielles puisque cette disposition contient un droit de rechercher des informations « par quelque moyen d'expression que ce soit ». Or, cela constitue une déclaration de principe de forme solennelle qui nécessite d'être complétée par d'autres textes. Il semble possible de rapprocher d'une part les différentes déclarations et recommandations qui ont été adoptées au niveau des Nations Unies dans le domaine de l'information environnementale, et, d'autre part, l'article 19 de la DUDH. Cet ensemble de textes exprime un consensus général favorable à généraliser l'idée que la protection de l'environnement ne peut être réalisée qu'en garantissant la transparence de la prise de décision des autorités publiques et privées dans le domaine environnemental et qu'il était nécessaire de garantir un droit d'accès général à l'information.

L'action des Nations Unies s'est concrétisée par des conférences spécifiques sur l'environnement, comme la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm le 16 juin 1972<sup>2</sup>. Cette « Déclaration de Stockholm » a placé les questions écologiques au rang des préoccupations internationales et a marqué le début d'un dialogue entre pays industrialisés et pays en développement concernant le lien qui existe entre la croissance économique, la pollution de l'indivis mondiale (l'air, l'eau, les océans) et le bien-être des peuples dans le monde entier. La conférence avait comme objectif de définir l'action à entreprendre en commun pour préserver et améliorer le domaine de l'environnement en

---

1 Cf. F. SUDRE, *Droit européen et droit international des droits de l'homme*, op. cit. p. 128.

2 Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm le 16 juin 1972 (Conférence des Nations Unies sur l'environnement (1972). Consultable sur le site internet : [www.charte.environnement.gouv.fr](http://www.charte.environnement.gouv.fr).

proclamant le droit fondamental de l'homme « à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures »<sup>1</sup>. De plus, la Conférence réclame une information éducative sur la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement<sup>2</sup>. À cet égard, on devra encourager et faciliter la libre circulation des informations les plus récentes ainsi que le transfert des données d'expériences, en vue d'aider à la solution des problèmes d'environnement. Enfin, un autre résultat de la Conférence de Stockholm est le « plan d'action pour l'environnement ». Cet ensemble de résolutions vise l'évaluation de l'environnement, la gestion de l'environnement et les mesures de soutien. L'évaluation comporte l'analyse, la recherche, la surveillance et les échanges d'informations en matière d'environnement. Quant aux mesures de soutien, elles concernent l'information et l'éducation du public ainsi que la formation de spécialistes en matière d'environnement.

En 1976, le plan d'action de Vancouver de la Conférence sur les établissements humains consacrait les recommandations 49 et 53 à la participation: «la participation est un droit qui doit appartenir à tous les secteurs de la population».

La Charte mondiale de la nature, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982, énonce d'une part : «Tous les éléments nécessaires à la planification (...) seront portés à la connaissance du public par des moyens appropriés et en temps voulu pour qu'il puisse effectivement être consulté et participer aux décisions»<sup>3</sup> (point 16), et, d'autre part, que les États doivent s'efforcer sans cesse «d'approfondir la connaissance de la nature grâce à la recherche scientifique et de diffuser les informations ainsi obtenues sans restriction d'aucune sorte»<sup>4</sup>. Enfin, toute personne aura la possibilité de participer à l'élaboration des décisions qui concernent son environnement<sup>5</sup>. L'Organisation Mondiale de la Santé qui, lors de la conférence européenne sur l'environnement et la santé à Francfort le 8 décembre 1989 a proclamé: «Chaque citoyen est en droit d'être informé et consulté sur les plans, décisions et

---

1 Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm, précité, Principe 1.

2 «Il est essentiel aussi que les moyens d'information de masse (...), diffusent des informations de caractère éducatif sur la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement afin de permettre à l'homme de se développer à tous les égards». Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm, précité, principe 19.

3 Charte mondiale de la nature. Assemblée générale des Nations Unies à New York, le 28 octobre 1982, principe 16.

4 Charte mondiale de la nature, précité, principe 18.

5 Idem, principe 23.

activités susceptibles d'affecter à la fois l'environnement et la santé et de participer au processus de prise de décision».

En juin 1992, à Rio de Janeiro (Brésil), la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement - connue sous le nom de Sommet "planète Terre" - a adopté une déclaration qui a fait progresser le concept des droits et des responsabilités des pays dans le domaine de l'environnement. La Déclaration indique notamment que «la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques (...)»<sup>1</sup>. Le principe 10 de la Déclaration de Rio représente à lui seul l'aboutissement d'une idée qui recouvre les divers aspects de la démocratisation environnementale : participation, information et accès aux voies de recours. En définitive, l'information, la participation et les voies de recours doivent contribuer à rendre plus efficace et donc plus facilement applicable la prise de décision<sup>1</sup>. La Déclaration de Rio n'est pas juridiquement contraignante. Toutefois, il est vraisemblable que, comme dans le cas des déclarations des Nations Unies sur les droits de l'homme, les gouvernements se sentent moralement obligés d'adhérer à ces principes. Or, l'évolution et la crédibilité de ces textes internationaux pose un problème, car il y a un décalage entre la proclamation des droits à l'information et la garantie de ces droits, qui ne peut se réaliser que si ces droits sont traduits dans l'ordre juridique positif. L'absence d'une garantie judiciaire, au niveau international fait que ces instruments internationaux de portée universelle ont plus une influence plus virtuelle qu'opérationnelle. La situation du droit européen est différente: elle offre au droit d'accès à l'information reconnu par des textes de portée régionale (limités à l'espace européen) les pleines conditions opérationnelles.

## **§2 L'affirmation du droit d'accès à l'information environnementale par le Conseil de l'Europe et la CEDH**

Avant d'examiner les différentes recommandations du Conseil de l'Europe, il est nécessaire de rappeler que l'OCDE s'est prononcée, dès 1974, dans sa déclaration sur les politiques d'environnement pour que les gouvernements des pays membres «encouragent (...)»

---

<sup>1</sup> Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 3-14 juin 1992, principe 10.



la participation du public lors de la préparation des décisions ayant des conséquences significatives sur l'environnement» ( point 7). Dans sa recommandation du 8 juillet 1988, elle insiste sur la nécessité de garantir l'information et la participation à la décision en matière d'accidents dus aux substances dangereuses. La recommandation<sup>2</sup> du 3 avril 1998 insiste sur la nécessité de l'information en matière d'environnement comme instrument de responsabilité et de participation. Néanmoins, au niveau européen, un rôle principal dans la reconnaissance du droit d'accès à l'information en matière d'environnement revient au Conseil de l'Europe. Quant au Conseil de l'Europe, dont l'œuvre principale est la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après «CEDH»), il est à la base d'un ensemble de résolutions et recommandations qui affirment les liens entre information, participation et gestion de l'environnement comme éléments nécessaires pour conserver et protéger la nature. Il convient alors dans un premier moment de rappeler l'œuvre du Conseil de l'Europe en matière d'accès à l'information environnementale (A) avant d'examiner la CEDH qui ne garantit pas comme tel le droit d'accès à l'environnement mais qui, par le « mécanisme, de création purement prétorienne, de « protection par ricochet», permet aux organes de la CEDH d'étendre la protection de certains droits garantis par la CEDH non expressément protégés par elle», comme c'est le cas pour le droit d'accès à l'information environnementale <sup>3</sup>(B).

### **A Le Conseil de l'Europe et le droit d'accès à l'information environnementale**

La Recommandation n° R (81) 19 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques et la Recommandation du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987 n° R (87). 1 relative aux procédures administratives intéressant un grand nombre de personnes démontrent l'importance qu'a acquis le droit d'accès à l'information au niveau du Conseil de l'Europe. Le champ d'application de la Recommandation n° (87) 1 est très large : elle développe toutes les modalités de consultation et de participation qui devraient normalement accompagner un acte administratif susceptible d'affecter des personnes autres que son bénéficiaire et s'appliquent aussi dans le domaine de l'environnement<sup>4</sup>. La résolution n° 1087 (1996) relative aux conséquences de l'accident de Tchernobyl, adoptée le 26 avril 1996 par

---

<sup>1</sup> Conjugaison des principes 4,10, et 11 de la Déclaration de Rio.

<sup>2</sup> C (98), *Environmental Policy and Law*, 28/4 (1998), p. 210.

<sup>3</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. p. 462.

<sup>4</sup> Pour plus de détails voir F. Albanese, «La garantie du droit à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe», in *Association portugaise pour le droit de l'environnement, Conférence internationale sur la garantie du droit à l'environnement*, Lisbonne, 1988, Fondation Gulbenkian.

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, affirme que « l'accès du public à une information claire et exhaustive (...) doit être considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne ». Enfin, la Recommandation (2002) 2 « Information rendue publique à l'initiative des autorités publiques »<sup>1</sup> se concentre sur les demandes individuelles d'accès aux documents publics. Elle s'inscrit dans le développement, au sein du Conseil de l'Europe, du principe de l'accès public aux documents publics affirmé initialement par la Recommandation n° R (81) 19 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques. Elle demande aux États membres de garantir un large accès aux documents des autorités publiques (au niveau national, régional et local): le demandeur d'un document public ne devrait pas être tenu de donner les raisons pour lesquelles il souhaite avoir accès audit document. Cette recommandation reflète bien l'évolution actuelle du droit d'accès à l'information. Dans ses travaux, le Groupe de spécialistes sur l'accès aux informations officielles DH-S-AC du Conseil de l'Europe<sup>2</sup> a examiné les différentes options existantes sur le droit d'accès du public aux informations détenues par les autorités publiques. Ce faisant, la Recommandation n° R (81) et les développements législatifs intervenus dans le domaine de l'accès aux informations dans les différents États et dans l'Union européenne ont été pris en considération. Un exemple précis de cette prise en considération est l'article XI de la Recommandation qui s'inspire de la Convention d'Århus en imposant aux autorités publiques une obligation positive d'information<sup>3</sup>.

Néanmoins, ces conventions internationales contiennent des dispositions qui manquent de caractère précis et complet et qui nécessitent pour leur mise en œuvre des mesures d'exécution législatives ou réglementaires que les États signataires doivent prendre. Ainsi, il est difficile pour le citoyen de pouvoir invoquer directement les stipulations des différentes conventions<sup>4</sup>. Or, la situation est différente au niveau régional où des instruments telle la

---

<sup>1</sup> Adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 21 février 2002 lors de la 784<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres. Texte intégral sur le site [http://www.coe.int/T/E/Human\\_rights/rec\(2002\)2\\_fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/rec(2002)2_fre.pdf).

<sup>2</sup> Ces travaux ont tout d'abord été confiés au Comité directeur sur les moyens de communication de masse (CDMM). Puis, en 1997, les Délégués des Ministres ont approuvé le mandat donné par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) au Groupe de spécialistes sur l'accès aux informations officielles (DH-S-AC).

<sup>3</sup> Article XI Recommandation (2002) 2 du Conseil de l'Europe « Information rendue publique à l'initiative des autorités publiques »: « Les autorités publiques devraient, de leur propre initiative et lorsque cela s'avère approprié, prendre les mesures nécessaires pour rendre publiques des informations qu'elles détiennent lorsque la mise à disposition de telles informations est dans l'intérêt de promouvoir la transparence de l'administration et l'efficacité entre les administrations ou d'encourager la participation éclairée du public dans des questions d'intérêt public. »

<sup>4</sup> Voir dans ce sens la jurisprudence du juge français qui a dénié tout effet direct à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, Civ. 1<sup>o</sup>, 10 mars 1993, *Le Jeune ; D.*, 1993, 361, note J. MASSIP, obs. C. Neirinck et P. M. Martin, *JCP*, 1993, I. 3677.

Convention européenne des droits de l'homme ont des effets directs dans l'ordre juridique national<sup>1</sup>.

## **B La création purement prétorienne du droit d'accès à l'information environnementale garantie par la CEDH**

La Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas comme tel le droit d'accès à l'information de l'environnement ni, plus généralement, un droit à la protection de l'environnement. Une jurisprudence assez « créatrice » a permis à la CourEDH de déduire de l'article 8 – respect de la vie privée et familiale – le droit de vivre dans un environnement sain<sup>2</sup>. L'évolution de la jurisprudence de la CourEDH<sup>3</sup> a peu à peu admis un droit d'accès à l'information environnementale liée à un droit à la protection de l'environnement. Par conséquent dès qu'une atteinte à l'environnement touche des droits garantis, la CEDH pourra déployer ses effets. Un État qui commettrait une violation de la Convention par son action ou inaction porterait atteinte aux droits garantis. Ainsi, le juge européen a reconnu « de manière large un droit à l'information en matière d'environnement, à travers l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>4</sup>. Cette jurisprudence de la CourEDH caractérise la jurisprudence dynamique de la CourEDH qui permet d'étendre le domaine d'application de la CEDH en passant de la « sauvegarde » des droits de l'homme à leur « développement »<sup>5</sup>. Donc, en considération de l'évolution des coutumes ou du progrès technologique, le sens d'un texte à l'époque de la rédaction du Traité doit s'adapter au sens qu'il revêt suite au changement de la société<sup>6</sup>. Par son interprétation donnée à l'article 8 de la CEDH, la Cour a appliqué exactement ce critère et a permis de reconnaître le droit d'accès à l'information environnementale d'une personne aux informations personnelles la concernant.

---

1 Voir sur ce sujet : F. SUDRE *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. p. 193 et s.

2 Arrêt Lopez Ostra du 9 décembre 1994 condamnant l'Espagne.

3 Concernant l'interprétation de l'article 8 par le juge de la CourEDH, voir particulièrement : F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir F. Sudre), Némésis- Bruyalant, coll. « Droit et justice », n° 38, 2002, 410 p.

4 Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à l'information en matière d'environnement », A propos de l'arrêt rendu par la CEDH le 19 février 1998 dans l'affaire Anna Maria Guerra et 39 autres contre Italie, in *Revue générale de droit international public*. 01 octobre 1998, n° 4, p. 995-1021.

5 Florence Rouiller, Mémoire : *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement*, [www.unil.ch/penal/quoi/memoires-environnement/convention.pdf](http://www.unil.ch/penal/quoi/memoires-environnement/convention.pdf).

6 Pettiti, Decaux et Imbert, « La Convention européenne des droits de l'homme », Commentaire article par article, *Economica*, éd. 1999, p. 308.

Au contraire la CourEDH n'a pas interprété l'article 10 de la CEDH comme attribuant un véritable droit à recevoir des informations<sup>1</sup>.

Dans l'affaire Guerra contre Italie<sup>2</sup>, les requérants résidaient à un kilomètre d'une usine classée haut risque, en raison de sa production d'engrais chimiques. Au cours de son exploitation, l'usine a libéré de grandes quantités de gaz inflammables ainsi que d'autres substances nocives. Ces émissions dans l'atmosphère ont touché directement la ville. L'incidence directe des émissions nocives sur le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a permis à la CourEDH de conclure à l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH. Elle a estimé qu'il fallait rechercher si les autorités nationales avaient pris les mesures nécessaires pour assurer la protection effective du droit des intéressés au respect de leur vie privée et familiale garantie par cet article<sup>3</sup>. La Cour affirme que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale. Les requérants sont restés, jusqu'à l'arrêt de la production d'engrais en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pour eux et leurs familles à continuer à résider sur le territoire d'une commune aussi exposée au danger en cas d'accident que dans l'enceinte de l'usine. La Cour a déclaré à l'unanimité que l'Italie a failli à son obligation de garantir le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale. Comme suite à la jurisprudence de la CourEDH, il est indéniable que les atteintes graves à l'environnement peuvent faire en sorte que l'article 8 CEDH<sup>4</sup> soit utilisé pour reconnaître et exercer un droit d'accès à l'information.

Les requérants et la Commission avaient soutenu la thèse selon laquelle l'article 10, paragraphe 1 de la CEDH devrait s'interpréter comme attribuant un véritable droit à recevoir des informations. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît le droit de toute personne à la liberté d'expression. «Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques et sans considération de frontière». L'article 10 garantit donc, sous le terme générique de «liberté d'expression», la liberté d'opinion et la liberté

---

1 F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. Sudre), Némésis-Bruylant, coll. «Droit et justice» n° 21, 1998.

2 Aff. Guerra contre Italie du 19 février 1998. GACEDH n° 46.

3 Voir. F.SUDRE, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, in F. SUDRE(dir), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis-Bruylant, «Droit et justice», n° 38, 2002, p. 11.

4 Voir pour plus de détails, Jean-Pierre Marguénaud, «Inventaire raisonné des arrêts de la CourEDH relatifs à l'environnement», *REDE*, 1/1998, p. 16.

d'information comme un droit fondamental de l'homme. Cette disposition imposerait d'une part aux États de rendre accessibles au public les informations en matière d'environnement, mais d'autre part aussi «des obligations positives de collecte, d'élaboration et de diffusion de ces informations qui, par leur nature, ne pourraient être autrement portées à la connaissance du public»<sup>1</sup>. «L'information du public représente désormais l'un des instruments essentiels de protection du bien-être et de la santé de la population dans les situations de danger pour l'environnement»<sup>2</sup>. Selon les requérants, l'article 10 aurait ainsi une fonction préventive à l'égard des violations potentielles de la CEDH en cas d'atteinte grave à l'environnement<sup>3</sup>. La Cour a refusé d'élargir la liberté de recevoir des informations au droit de rechercher des informations -« l'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige le gouvernement à les lui communiquer»<sup>4</sup> -et donc ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'arrêt Guerra, des obligations positives de collecte et de diffusion des informations. Pour le moment, la Cour se limite à reconnaître un droit d'accès à l'information en matière d'environnement uniquement dans le cadre d'une violation de l'article 8 de la CEDH. La Cour n'a pas tenu compte des travaux de la Convention d'Århus dans sa prise de position. Il est fort probable qu'avec l'entrée en vigueur de la Convention d'Århus, la jurisprudence de la CourEDH considérera qu'un droit de l'homme à vivre dans un environnement sain doit s'accompagner du droit à l'information et du droit d'accès à la justice, pour le rendre effectif. Parmi les autres textes qui pourraient sans doute influencer l'interprétation future de la CourEDH de la CEDH se trouve la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexée au Traité de Nice JOCE C 364/1 du 18 décembre 2000 qui énonce à son article 37 la protection de l'environnement. La reconnaissance d'un droit fondamental à vivre dans un environnement sain, dont l'une des composantes est le droit à l'information, prendra toute sa dimension quand la CourEDH le reconnaîtra expressément.

L'importance de cette jurisprudence Guerra réside dans le fait que la CEDH, à la différence des Conventions internationales, est incorporée dans l'ordre juridique interne des États membres du Conseil de l'Europe, soit directement par l'effet des dispositions

---

1 Aff. Guerra, 19 févr.1998, *GACEDH*, n°46, précité.

2 Idem.

3 Florence Rouiller, Mémoire : *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement*, op.cit.

4 Leander, 26 mars 1987, A.116, §74.

constitutionnelles nationales , comme c'est le cas de la France<sup>1</sup>, et de l'Italie<sup>2</sup>, soit par une loi spéciale. Même si le rang de la Convention varie d'un État à l'autre, puisqu'aux Pays Bas, elle a un rang supraconstitutionnel, en France infraconstitutionnel mais supralégislatif et législatif en Allemagne et Italie, dans l'ensemble des États membres les dispositions ont au moins force de loi<sup>3</sup>. L'effet direct de la CEDH dans l'ordre juridique national a une signification très particulière pour le justiciable: cela lui donne un titre à agir et au juge national un titre à statuer<sup>4</sup> en devenant le gardien des libertés individuelles reconnues au plan européen<sup>5</sup>. Il est particulièrement intéressant que la responsabilité de l'État au regard de la CEDH puisse donc être mise en jeu du fait que la législation de l'État défaille et rende possible la violation d'un droit garanti par la CEDH, défini aussi comme effet horizontal ou indirect. Justement, dans l'affaire Guerra/Italie<sup>6</sup>, la Cour a fait l'utilisation de cet effet horizontal au bénéfice du droit au respect de la vie privée, qui garantit aussi un véritable droit à recevoir des informations.

Le droit à l'information environnementale a été reconnu très largement dans le cadre de la Convention de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (ci-après CEE-NU) de 1998. Elle porte sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>7</sup>. Elle a été signée par trente-neuf États membres de la CEE-NU et la Communauté européenne lors de la quatrième

---

1 S'agissant de la France, c'est dans l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 que résulte l'intégration directe de la CEDH dans l'ordre juridique interne et la définition de son rang dans la hiérarchie des normes. L'article 55 précise : «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

2 L'Article 11 de la Constitution italienne précise : «L'Italie répudie la guerre comme moyen d'attenter à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations; elle suscite et favorise les organisations internationales qui poursuivent un tel objectif».

3 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. p. 186 et s. voir aussi Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. Némésis, 1992.

4 Ainsi la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer l'article 8 CEDH aux relations interindividuelles, Civ. 1er, 23 oct. 1990, *Bull.*, I. n° 222, p. 158.

5 *Idem*, p. 194.

6 Voir aussi dans ce sens l'affaire Lopez-Ostra, 9 déc. 1994, GACEDH, n° 3 : pollution causée par une entreprise privée.

7 Texte de la Convention accessible sur Internet «<http://mem.dk/aarhus-conference/issues/public-participation/ppartikler.htm>».

Conférence ministérielle<sup>1</sup> et est entrée en vigueur le 30 octobre 2001. L'importance de cette Convention, appelée aussi Convention d'Århus réside dans la systématisation de l'obligation d'information qu'elle impose aux autorités publiques et dans l'accès à l'information en matière d'environnement conforté.

### **§3. La reconnaissance du droit d'accès à l'information environnementale par la Convention d'Århus**

La Convention d'Århus se situe parmi les textes à caractère régional puisqu'elle a été élaborée par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe qui a fait de l'environnement sa priorité. C'est depuis 1979 que cet organe subsidiaire du Conseil économique et social des Nations Unies tient périodiquement des conférences paneuropéennes des ministres de l'Environnement dans le cadre du processus «un environnement pour l'Europe». Le résultat de ces conférences aboutit normalement à l'adoption de lignes directrices et de conventions sur l'environnement: en 1979 sur la pollution atmosphérique à longue distance, l'Espoo, en 1991 sur l'évaluation d'impact dans un contexte transfrontalier, à Helsinki en 1992 la convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontaliers et des lacs internationaux et sur les effets transfrontaliers des accidents industriels.

Mais c'est avec la Convention d'Århus de 1998 qu'un pas décisif est réalisé vers la reconnaissance d'une nécessité de démocratisation du processus décisionnel des autorités publiques dans le domaine de l'environnement<sup>2</sup>. Le texte final a été approuvé lors de la quatrième conférence ministérielle, «Un environnement pour l'Europe», et a été signé à Århus le 25 juin 1998 par trente-cinq États et par l'Union européenne. A ce jour la Convention a été signée par quarante parties<sup>3</sup>. C'est le document le plus complet dans ce domaine: la Convention pose comme principe fondamental la transparence du processus de prise de décisions en matière d'environnement garantissant un droit d'accès à l'information très large,

---

<sup>1</sup> Conférence ministérielle «Un environnement pour l'Europe» qui s'est tenue à Århus (Danemark) du 23 au 25 juin 1998.

<sup>2</sup> Pour un approfondissement, voir G. Marguénaud, «La Convention d'Århus et la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial, p. 77.

<sup>3</sup> Albanie, Arménie, Autriche, Biélorussie, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Hongrie, Grèce, Islande, Irlande, Italie, Kazakhstan, Lettonie, Lichtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Monaco, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Moldavie, Roumanie, Slovénie, Suède, Suisse, Ukraine, Royaume-Uni, Communauté européenne.

un droit de participer au processus décisionnel et un droit d'accès à la justice pour assurer la bonne application de la Convention. La Convention d'Århus répond en effet à la demande de plus en plus forte de l'opinion publique de redéfinition des relations du citoyen avec les autorités publiques. On notera que sa mise en œuvre risque de se prolonger, compte tenu de la nécessité de dispositions procédurales de droit interne pour mettre en œuvre la Convention bien que celle-ci ait été ratifiée par de nombreux États et que certains pays aient déjà pris des dispositions procédurales, comme l'Italie avec la loi du 16 mars 2001 n° 108<sup>1</sup>, et la France avec la loi n° 285 du 28 février 2002, annexée au décret de publication du 12 septembre 2002 et entrée en vigueur le 6 octobre 2002<sup>1</sup>. Afin d'apprécier la portée de la Convention, il est nécessaire de tenir compte des travaux préparatoires qui ont amené à l'adoption de la Convention d'Århus (A) avant d'évoquer les particularités du texte dans le domaine du droit d'accès à l'information (B).

### **A L'adoption de la Convention d'Århus**

Les travaux pour la Convention ont été entrepris par une négociation diplomatique, entre 1996 et 1998, pour préparer le projet de la Convention d'Århus. Ont participé à cette négociation trente à quarante représentants des États, la Commission des Communautés européennes et cinq ONG (parmi lesquelles l'UICN, le WWF, le Conseil international du droit de l'environnement, le centre régional pour l'environnement et une coalition des ONG pour l'environnement). L'apport des ONG sur les dispositions du texte final a été important, surtout dans le renforcement des droits à l'information.

Mais la Convention d'Århus trouve ses origines dans les réunions qui sont organisées dans le cadre de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe (CEE-NU). L'élaboration de la Convention a débuté en 1989 lors de la réunion d'experts à Sienne sur le droit international de l'environnement. Les conclusions de cette réunion affirmaient la nécessité d'appliquer le principe de la transparence aux activités gouvernementales concernant l'environnement. Cette transparence ne peut être réalisée que si les points suivants sont garantis: la fourniture d'informations au public sur l'environnement (en particulier à

---

<sup>1</sup> Legge 16 marzo 2001, n° 108 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, con due allegati, fatta ad Århus il 25 giugno 1998», in *Gazzetta Ufficiale* n° 85 du 11 avril 2001, supplément ordinaire n° 80.



propos des activités dangereuses), des procédures de participation au processus de décision et d'éventuelles voies de recours devant des organismes indépendants. A la suite de la réunion de Sienna, une autre conférence, à Bergen, en 1990, à laquelle furent admises les ONG, insistait sur la «sensibilisation et la participation du public» aux décisions environnementales prises par les gouvernements. Le 31 octobre 1990, à la conférence d'experts environnementaux d'Oslo, une charte fut adoptée sur les droits et obligations en matière d'environnement : l'information et la participation à la décision font partie de ces dispositions principales. Mais c'est la conférence de Sofia de 1995<sup>2</sup> (1), à laquelle ont participé les ministres de l'Environnement de cinquante-cinq pays européens de la Commission économique pour l'Europe, qui a été déterminante pour la promotion d'un texte en adoptant des lignes directrices (2) concernant dans une large mesure l'accès à l'information sur l'environnement.

## **1 La Conférence de Sofia**

Lors de la conférence de Sofia, des lignes directrices furent arrêtées concernant dans une large mesure l'accès à l'information sur l'environnement. On peut distinguer quatre types de principes reconnus par la conférence : la participation du public, les procédures judiciaires et administratives et enfin les questions d'application des lignes directrices par les signataires. Les principes énoncés lors de cette conférence couvrent la plupart des questions de l'accès à une information passive sur l'environnement, c'est-à-dire la seule obligation pour les autorités publiques de répondre à une demande d'information faite par le public. Les lignes directrices développées par la Conférence de Sofia sont déjà en partie garanties par la Directive communautaire 90/313/CEE, mais le texte de Sofia renforce ces droits

## **2 Les lignes directrices de la conférence de Sofia**

L'article 1 des lignes directrices de la Conférence de Sofia précise qu'il faut entendre par information relative à l'environnement «toute information relative à l'état de l'eau, de l'air, du sol, de la faune, de la flore, des terres et des sites naturels, aux activités ou mesures qui

---

<sup>1</sup> Décret d'application n° 2002-1187 du 12 septembre 2002 portant publication de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (deux annexes), signée à Århus le 25 juin 1998.

<sup>2</sup> La conférence de Sofia (des 23-26 octobre 1995).

produisent ou risquent de produire des effets préjudiciables sur ces éléments, ainsi qu'aux activités ou mesures destinées à les protéger, y compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement»<sup>1</sup>. L'accès à l'information devra être garanti sous ses différentes formes, à savoir écrites, visuelles, sonores ou contenues dans des banques de données. De nouveau, les similitudes avec la Directive communautaire sont très larges. La Conférence de Sofia, comme la Directive, impose de mettre les informations sur l'environnement à la disposition du public, non seulement aux autorités publiques aux niveaux nationaux, régionaux et locaux, mais aussi aux organismes ayant des responsabilités publiques en matière d'environnement. En effet l'article 2 des lignes directrices précise que «toute personne physique ou morale devrait pouvoir accéder librement à l'information sur l'environnement à sa demande, conformément aux dispositions des présentes *guidelines*, sans considération de citoyenneté, de nationalité ou de domicile et sans avoir à justifier d'un intérêt juridique ou autre». L'accès à l'information ne doit pas excéder un coût raisonnable pour toute demande de reproduction de l'information et le droit de consulter gratuitement l'information sur place est en outre précisé (article 8). Les hypothèses de refus à une demande d'accès à l'information prévues dans les lignes directrices de Sofia sont dans l'ensemble celles qui sont déjà prévues par la Directive communautaire.

Cela dit, des différences existent concernant le refus pour des raisons formelles. La Directive prévoit qu'une demande d'information peut être rejetée quand il s'agit de documents inachevés, de communications internes, lorsque la demande d'information est manifestement abusive ou formulée d'une manière trop générale (article 3, paragraphe 3). En revanche, l'article 6 des lignes directrices de Sofia n'envisage que le cas d'une demande d'information qui implique la communication de documents inachevés. Néanmoins, la Conférence de Sofia innove en précisant (article 6) que les motifs de refus doivent être interprétés de manière restrictive et en évaluant, dans chaque cas, si l'intérêt général est mieux servi par la divulgation de l'information ou par sa non-divulgation. Il est donc possible de connaître les intérêts en jeu justifiant la décision de refus, alors que la Directive demande uniquement de motiver le refus. Concernant l'exception justifiant un refus lorsque l'information a trait à des données fournies par un tiers sans qu'il y soit juridiquement tenu, l'article 6.f des principes précise que le tiers devra avoir expressément consenti à la divulgation de l'information.

Enfin, lors de cette conférence, l'idée que les autorités publiques doivent tenir informé le public a été retenue : il s'agit donc du principe de l'information active sur l'environnement

---

<sup>1</sup> Cette déclaration correspond au principe énoncé par la Directive 90/313/CEE.

(articles 10 à 12). Désormais les autorités sont invitées à publier régulièrement des informations sur l'état de l'environnement et l'article 11 précise que les États doivent faire connaître les principaux documents nationaux et internationaux existant dans le domaine de l'environnement. Sont concernés les stratégies, les programmes et les plans d'action ainsi que les rapports d'activité à propos de leur application. Les lignes directrices de Sofia ont aussi prévu que les organisations ou entreprises actives dans le domaine de l'environnement devraient établir des rapports réguliers et les mettre à la disposition du public. Néanmoins, certains points de la conférence de Sofia ne sont pas assez innovateurs, s'agissant par exemple du délai de réponse que les principes de Sofia fixent à six semaines: la Directive, elle, prévoit deux mois et la nouvelle Directive (article 3) invite à ce que la réponse soit donnée dès que possible, au plus tard dans le mois qui suit la réception de la demande par l'autorité publique. Certains pays scandinaves ont, eux, réduit ce délai à quelques jours. Or, il est tout à fait nécessaire que dans certaines conditions (pollution, catastrophe, accident dans le domaine de l'environnement) qui peuvent avoir des conséquences graves sur la santé de l'homme, les informations soient fournies dans les délais les plus rapides.

Le document approuvé lors de la Conférence de Sofia n'est pas contraignant: il se compose uniquement de recommandations qui risquent de rester lettre morte<sup>1</sup>, même s'il demande aux États de réformer leur législation pour satisfaire aux principes énoncés par les lignes directrices de la Conférence. Pour éviter cette situation, les États ont été invités à mettre au point une convention régionale.

## **B La Convention d'Århus et le droit d'accès à l'information**

La Convention d'Århus marque un pas décisif vers la transparence, même si elle limite son champ d'application à l'environnement. Elle est surtout le premier instrument contraignant de portée internationale concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. Dès le préambule de la Convention, il est précisé «que chacun a le droit de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être et le devoir de protéger et améliorer l'environnement dans l'intérêt des générations présentes et futures. (...) Qu'afin de faire valoir ce droit (...) les citoyens doivent avoir accès à l'information, être habilités à

---

<sup>1</sup> L'application des principes est prévue par la quatrième partie des lignes directrices de Sofia intitulée "application des principes". L'article 27 précise que les États sont encouragés à adopter les stratégies nécessaires pour l'application des principes résultant d'une large procédure consultative, et l'article 31 invite les États à surveiller la mise en œuvre des principes et à faire un rapport sur l'application du texte à la Commission économique des Nations unies pour l'Europe, dans un délai maximum de deux ans.

participer au processus décisionnel et avoir accès à la justice en matière d'environnement (...)). Ces trois composantes, le droit d'accès à l'information (1), la participation du public aux processus décisionnels (2), et l'accès à la justice (3) lié aux droits prescrits par la Convention constituent les éléments clés de la Convention.

## **1 Le droit d'accès à l'information**

L'accès à l'information garanti par la Convention d'Århus introduit une conception nouvelle du droit à l'information en matière d'environnement, en passant d'un système caractérisé par la liberté d'accès à l'information — ce que l'on appelle l'information passive : l'administration ne fait que répondre à une demande d'information relative à l'environnement — à un système caractérisé par un droit d'accès à l'information — ce que l'on appelle l'information active : l'administration est obligée d'informer de sa propre initiative le public. Il s'agit donc du droit de chacun<sup>1</sup> à recevoir des informations sur son environnement sans avoir à effectuer de demandes ou de démarches préalables.

Le traitement de l'accès à l'information en matière d'environnement par la Convention d'Århus contribue à renforcer l'information du public, par une définition très large de l'environnement (a), un droit d'accès renforcé (b) et par une systématisation de l'obligation d'information (c).

### **a Une définition très large de l'environnement**

La Convention d'Århus par son article 2-3 donne une définition très large de l'environnement<sup>2</sup>. Elle couvre toutes les informations disponibles sous forme «écrite, visuelle, orale, ou électronique» concernant l'environnement. Sont considérés comme faisant partie des domaines environnementaux l'air, le bruit et l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, le paysage et les sites naturels, la diversité biologique et ses composantes, y compris les organismes génétiquement modifiés. Elle couvre aussi les facteurs tels que l'énergie, les substances, le bruit et les rayonnements et des activités ou mesures, y compris les mesures administratives, les accords relatifs à l'environnement, les politiques, lois, plans et

---

<sup>1</sup> La Convention précise que ces droits sont garantis sans distinction de nationalité, de citoyenneté ou de domicile.

<sup>2</sup> Voir texte Convention Århus article 2 alinéa 3.

programmes qui ont risqué ou risquent d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement ainsi que sur l'état de santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie.

### **b L'accès renforcé à l'information**

Le premier volet de la Convention concerne l'accès à l'information sur l'environnement détenue par les autorités publiques : les autorités doivent, selon l'article 4 alinéa 1, mettre à la disposition du public les informations sur l'environnement qui leur sont demandées. Cette disposition précise (point a) que le public n'a pas à faire valoir un intérêt particulier pour que l'information requise lui soit délivrée. Néanmoins, l'autorité publique a la possibilité de rejeter cette demande, comme dans le cas prévu de l'article 4 alinéa 4 de la Convention d'Århus qui concerne la garantie du secret commercial et industriel protégé par la loi. L'importance de cet article résulte du fait que les activités privées peuvent avoir des conséquences graves sur l'état de l'environnement. Ces activités sont soumises à l'autorisation préalable des autorités publiques. Les autorités sont donc en possession d'informations relatives à l'environnement dans le cadre d'activités privées. Le problème qui se pose est de savoir où se trouve la balance des intérêts : d'un côté le droit à l'information du public et de l'autre, la garantie du secret commercial. Le texte de la Convention précise par l'article 4 alinéa 4 point d) que «(...) dans ce cadre, les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées». Le texte fait donc bien une distinction entre ce qui relève manifestement du secret, et est donc confidentiel, et ce qui a trait aux émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement, et doit donc être divulgué<sup>1</sup>. On peut constater que la Convention reprend l'ensemble des motifs de refus et rejet classiques ou traditionnels, mais qu'elle précise que les motifs de rejet devront être interprétés de manière restrictive en «évaluant, dans chaque cas, si l'intérêt général est mieux servi par la divulgation de l'information ou par sa non-divulgation». Enfin, les autorités doivent délivrer ces informations aussitôt que possible et, au plus tard, dans un délai d'un mois.

Quant au rejet et au refus d'une demande d'accès, une distinction s'impose entre le refus, qui est un acte volontaire essentiellement motivé par l'impossibilité de transmettre

---

<sup>1</sup> F. ROUILLER, Mémoire, *La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement*, op. cit.

l'information<sup>1</sup>, et le rejet, qui résulte d'un acte délibéré de l'autorité publique, motivé par les conséquences négatives, ou supposées négatives, que provoquerait la divulgation des informations concernant par exemple les secrets des délibérations, les relations internationales, les secrets divers, la diplomatie, etc.

L'article 5 oblige les autorités publiques à rendre l'information facilement accessible et à publier et diffuser des informations sur la qualité de l'environnement. De même, chaque partie doit encourager les exploitants, dont les activités ont un impact sur l'environnement, à informer régulièrement le public. Désormais les autorités publiques concernées par l'obligation de répondre à toute demande d'information sont obligées préalablement d'informer et guider les personnes dans leur recherche d'informations, comme il ressort de l'article 5 de la Convention. Cette disposition impose aux autorités publiques d'établir une véritable politique d'information active.

### **c Une systématisation de l'obligation d'information**

Les autorités publiques ont désormais l'obligation de collecter et de diffuser l'information le plus largement possible à travers des bases de données électroniques auxquelles le public peut avoir facilement accès par le biais des réseaux de télécommunication publics, comme il est précisé par l'article 5 alinéa 3. La Convention impose également l'élaboration et la publication de registres, fichiers et inventaires des émissions et transferts de matières polluantes, à l'instar de ce qui se fait déjà au sein de l'Union européenne, dans un pays comme la Suède par exemple. L'accès à ces informations doit en outre être gratuit (point c alinéa 2).

Il ressort des dispositions de la Convention que l'information active occupe une place de plus en plus importante dans la politique d'information sur l'environnement. Les autorités publiques qui sont en possession d'informations susceptibles de permettre au public de prendre des mesures pour limiter ou prévenir d'éventuels dommages doivent dorénavant les communiquer immédiatement au public. L'exemple classique pour tous ceux qui vivent dans un milieu urbain est la pollution atmosphérique : les autorités publiques peuvent décider de limiter la circulation pour préserver l'état de l'environnement. Pour les autorités publiques, l'obligation active d'information prendra une place de plus en plus centrale dans la pratique de l'accès à l'information.

---

<sup>1</sup> Selon l'article 4 alinéa 3, une demande d'information peut être refusée si : «l'autorité publique à laquelle la

## **2 La participation du public au processus décisionnel**

Les articles 6 à 8 garantissent le droit de participation du public aux décisions relatives à des activités particulières. Ces activités sont énumérées de manière non exhaustive (art 6 al. 1 let. b). Dans les grandes lignes, il s'agit de la participation du public au niveau de l'adoption de plans, programmes et politiques environnementales, ainsi que durant la phase d'élaboration d'instruments normatifs juridiquement contraignants, d'application générale dans le domaine de l'environnement.

## **3 L'accès à la justice**

En ce qui concerne les voies de recours, la Convention d'Århus (article 9) garantit un droit d'accès à la justice. Ce droit se caractérise par trois éléments. Premièrement, le droit d'accès à l'information est garanti par un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi. Toute personne qui estime donc que sa demande d'information a été ignorée, rejetée abusivement ou insuffisamment prise en compte, peut avoir accès à ce recours. Deuxièmement, dans le cadre du droit de participation aux décisions, les membres du public concerné peuvent contester la légalité, quant au fond et à la procédure, de toute décision, tout acte ou omission tombant sous le coup de l'article 6. La qualité d'agir, déterminée par le droit interne, doit se conformer à l'objectif consentant à accorder au public concerné un large accès à la justice. Enfin, l'article 9 affirme que ces recours doivent être effectifs et que les décisions rendues doivent être accessibles au public et permettre l'accès à la justice, c'est-à-dire l'accès à toutes les voies de recours tant juridictionnelles que non juridictionnelles.

Quand la Convention sera ratifiée par toutes les signataires, elle sera l'«instrument le plus perfectionné au monde en matière d'harmonisation du droit applicable aux procédures administratives non contentieuses et au processus de décision»<sup>1</sup>. Elle oblige les États à garantir une plus grande démocratisation de la décision dans le domaine de l'environnement. Mais beaucoup d'obstacles doivent être surmontés, liés aux différences procédurales qui existent entre les États signataires. Aujourd'hui elle a une portée limitée aux pays de l'Europe,

---

demande est adressée n'est pas en possession des informations demandées».

<sup>1</sup> M. PRIEUR, "La convention d'Århus, instrument universel de la démocratie environnementale", in *La Convention d'Århus, Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial, 1999, p. 9-29.

mais elle peut avoir une vocation à être l'instrument universel de la démocratisation de la décision environnementale, étant donné que son article 19-3 affirme que la Convention est ouverte à la signature de tous les États membres de l'ONU. Il n'est pas exclu qu'elle acquière un jour une portée universelle et surtout qu'elle puisse être un modèle pour une future Convention, qui garantisse un droit d'accès général à l'information aux documents des autorités publiques. Cette nouvelle Convention permettrait d'obliger les États qui s'y montrent réticents à reconnaître un tel droit à leurs citoyens et pourrait donc être un élément fondamental pour garantir et imposer le caractère démocratique du processus décisionnel des autorités publiques.

## **SECTION II La liberté d'accès à l'information environnementale en droit communautaire**

Les Traités originaires ne prévoient pas une politique communautaire de l'environnement et la protection n'était ni explicitement ni implicitement citée par les Traités. C'est seulement avec l'Acte unique européen que la politique communautaire de l'environnement trouve une base légale. L'introduction récente d'une politique communautaire de l'environnement conduit, dans un premier temps à s'interroger sur l'évolution de la politique communautaire de l'environnement (§1) et plus particulièrement dans le domaine de l'information relative à l'environnement. L'étude de la liberté d'accès à l'information environnementale (§2) garantie par la Directive 90/313/CEE fera apparaître les dispositions de la Directive, permettant à l'individu de jouir de cette liberté. L'étude du droit d'accès à l'information ne sera complète que si elle tient compte des limites au droit d'accès (§3) prévues par la Directive.

### **§1 L'évolution récente de la politique communautaire de l'environnement**

Les seules possibilités de permettre une action communautaire dans le domaine de l'environnement avant l'Acte unique étaient concevables uniquement à travers l'article 94 CE, lorsqu'il s'agissait de rapprocher des dispositions relatives aux produits intéressant l'environnement, mais seulement en fonction du Marché commun. La compétence de la CEE en matière d'environnement n'était donc qu'implicite. L'article 308 CE offre une deuxième possibilité : il habilite la Communauté à prendre toute action — effectuant donc ainsi un



rapprochement des législations— qui apparaisse nécessaire à la réalisation de l'un des objectifs de la Communauté, sans que le Traité ait prévu néanmoins les pouvoirs requis à cet effet. En effet, les premières Directives relevant spécifiquement du droit de l'environnement ont été arrêtées par le Conseil sur la base des articles 94 et 308 CE. Un changement intervient avec la déclaration interprétative de l'article 2 CEE faite lors de la réunion des chefs d'États et de gouvernements à Paris en juillet 1972. L'objectif de cette déclaration était de lier la création d'un marché commun à la nécessité d'améliorer l'état de l'environnement et la qualité de la vie. Par la suite, plusieurs programmes d'action de la Communauté européenne en matière d'environnement ont été décidés: c'est dans ces programmes que se trouvent les premiers éléments consacrés à l'information du public en matière d'environnement.

Les premiers programmes en matière d'environnement de la CEE (A) ne font que fixer des directives politiques. La reconnaissance d'une base légale explicite par l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht a permis la réalisation d'une politique communautaire de l'environnement (B) qui, dans le domaine de l'information environnementale, s'est concrétisée par l'adoption de la Directive 90/313/CEE (C) concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement.

### **A Les premiers programmes en matière d'environnement de la CEE**

La déclaration du 22 novembre 1973 du Conseil estimait qu'un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté et une expansion équilibrée ne pouvaient plus se concevoir sans une lutte efficace contre les pollutions et nuisances et que l'amélioration de la qualité de la vie et de la protection du milieu naturel figurait parmi les tâches essentielles de la Communauté. Le premier programme d'action des Communautés européennes qui établit les objectifs et les principes de la politique communautaire d'environnement, tout comme les mesures concrètes qui ont comme fonction de réduire la contamination et la détérioration de l'environnement et d'assurer son amélioration est adopté en 1973<sup>1</sup>. La deuxième partie de ce programme précise que l'information du public doit être envisagée. Le troisième programme de 1983<sup>2</sup> vise à améliorer et à renforcer la formation et la sensibilisation du public en matière d'environnement, ainsi que la diffusion et l'accessibilité des connaissances en matière

---

<sup>1</sup> JOCE n° C 112 du 20.12.1973, p.1.

<sup>2</sup> JOCE n° C 46 du 17.2.1983, p. 1.

d'environnement. Le quatrième programme d'action de 1987<sup>1</sup> préconise notamment de concevoir des «procédures permettant d'améliorer l'accès du public à l'information détenue par les autorités responsables de l'environnement». Le Conseil des Communautés européennes et les représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, ont précisé dans la résolution du 19 octobre 1987, concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des communautés européennes en matière d'environnement (1987-1992)<sup>2</sup>, qu'il était « (...) important de concentrer l'action communautaire dans certains domaines prioritaires, parmi lesquels figure l'amélioration de l'accès à l'information en matière d'environnement». Le Conseil insiste sur la nécessité de développer une politique d'information et d'éducation à l'environnement plus active. Cela pourra être réalisé uniquement si la priorité est donnée à l'accès à l'information. Cette idée s'appuie sur la conviction que l'accès à l'information en matière d'environnement améliorera d'une part la protection de l'environnement et évitera, d'autre part, en garantissant des mesures identiques d'accès dans les États membres, de créer des inégalités dans les conditions de concurrence au sein de la Communauté<sup>3</sup>. Le cinquième programme d'action de 1993 insiste sur la mise en œuvre régulière de l'information du public. L'élaboration des programmes d'actions communautaires pour l'environnement montre que la politique communautaire donne de plus en plus de poids à l'accès à l'information environnementale. Il ressort de ces programmes que l'action internationale influence aussi la politique communautaire. En effet, la décision du Parlement européen et du Conseil<sup>4</sup> établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement précise qu'il « sera important pour le succès du programme que soient prévues des dispositions en faveur de l'accès à l'information relative à l'environnement et à la justice ainsi que de la participation du public à l'élaboration des politiques»<sup>5</sup>.

Les actes juridiques arrêtés par les institutions de la Communauté sont beaucoup plus concrets<sup>6</sup>: ils sont à l'origine de règles communautaires d'harmonisation des droits nationaux

---

<sup>1</sup> JOCE n° C 70 du 18.3.1987, p. 3.

<sup>2</sup> JOCE n° C 289 du 29.10.1987, p. 3.

<sup>3</sup> Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 JOCE n° L 158/56, p. 56.

<sup>4</sup> JOCE n° L 242 du 22.7.2002, p. 1.

<sup>5</sup> Quinzième considérant.

<sup>6</sup> Cette tâche d'harmonisation des législations internes est organisée par l'article 249 CE «pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au Traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des Règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis».

en matière de droit d'accès à l'information. Ces règles ont comme fonction d'éliminer les discriminations et de supprimer les obstacles juridiques à l'activité économique, afin de pouvoir mettre à la disposition des agents de l'économie, mais aussi de chaque individu, des instruments juridiques équivalents ou communs. Cette action communautaire a été rendue possible par l'Acte unique européen et par le Traité de Maastricht qui ont fait en sorte que la protection de l'environnement figure désormais dans le Traité CE comme l'un des objectifs de la Communauté.

### **B La reconnaissance d'une base légale explicite à la politique communautaire de l'environnement par l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht**

L'article 25 introduit un nouveau Titre VII sur «l'Environnement», aujourd'hui Titre XIX dans la troisième partie du Traité CE. Sont désormais prévues expressément l'élaboration et la mise en œuvre d'une politique environnementale. Les articles 174 et 176 (ex-article 130 R et 130 T) fixent les objectifs et les principes de la politique environnementale communautaire. Ces objectifs sont en effet ceux qui ont été définis par les différents programmes d'action adoptés auparavant par la Communauté (la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement). L'article 174 alinéa 2 indique que la politique communautaire dans le domaine de l'environnement est «fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur». Le Traité de Maastricht complète, améliore et renforce les attributions de la Communauté en matière d'environnement. Désormais, grâce à l'article 2 du Traité de Maastricht, la «communauté a pour mission (...) de promouvoir (...) une croissance non inflationniste respectant l'environnement».

Ces principes ne constituent pas une véritable innovation, mais ils ont dorénavant une base légale qui permettra une action très large de la communauté dans le domaine environnemental et l'article 130 R du Traité de Maastricht ( 174 du Traité CE) a fait de l'environnement une priorité de l'Union : «la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé». L'évolution la plus récente de la politique communautaire en matière d'environnement a donné au droit à la protection de

---

C'est donc par voie de directive, donc d'acte contraignant, c'est-à-dire d'instrument juridique qui lie tout État membre quant au résultat à atteindre que l'action communautaire d'harmonisation s'est concrétisée dans le

l'environnement une valeur constitutionnelle en inscrivant la protection de l'environnement parmi les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. La Charte affirme que : «un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe de développement durable»<sup>1</sup>. La Directive 90/313/CEE<sup>2</sup> est un exemple concret de cette action communautaire: elle oblige les États à rendre accessible l'information concernant l'environnement à chacun et à communiquer les informations en leur possession.

### **C L'adoption de la Directive 90/313/CEE**

Le Conseil de la communauté européenne a choisi de régler le droit d'accès à l'information en matière d'environnement par l'adoption d'une directive. Le fait d'avoir choisi cet instrument législatif montre que les règles ainsi énoncées ne constituent qu'un « cadre général minimum que les États membres doivent respecter tout en ayant la possibilité d'adopter des mesures plus libérales et plus favorables aux demandeurs»<sup>3</sup>. La directive a été adoptée sur la base de l'article 175 (ex-article 130 S) du Traité CE. Cet article permettait aussi bien le recours à un règlement qu'à une directive. Le choix du législateur communautaire a porté sur la directive. Celle-ci a pour seul destinataire les États membres et leur laisse une certaine marge de discrétion quant à la définition des modalités pratiques selon lesquelles l'information sera effectivement rendue disponible (art 3). Le recours à un règlement, qui était aussi possible selon l'article 175 CE, aurait permis d'introduire un droit d'information identique dans les États membres et donc d'éviter les problèmes dus à la procédure de transposition. Cela dit, l'adoption d'une législation en matière de droit de l'information sous la forme d'une directive se justifie à cause d'une législation déjà existante dans certains États membres sur l'accès à l'information. La directive étant un instrument moins contraignant, elle lie les États membres quant au résultat à atteindre tout en leur laissant le choix sur la forme et les moyens mis en œuvre pour y parvenir. La directive exige «seulement» l'établissement d'un niveau minimum d'accès à l'information en matière d'environnement. Par conséquent, les

---

domaine de l'accès à l'information en matière d'environnement ; la directive contribue de manière décisive au rapprochement et à l'harmonisation des législations nationales.

<sup>1</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union, article 37.

<sup>2</sup> Directive du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement ( n°90/313/CEE), JOCE n° L 158. 23.6.90, p. 56.

<sup>3</sup> M. PRIEUR, *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les Pays de l'Union Européenne, Etude réalisée par l'association européenne de droit de l'environnement sous la direction de Michel PRIEUR*, Limoges, PULIM, 1997, p. 361.

modalités matérielles d'accès aux informations sont librement définies par les États. Cette liberté d'action laissée aux États membres a abouti à des situations telles que la directive s'est trouvée transposée d'une façon incomplète et incorrecte dans certains États. L'analyse de la transposition de la directive par le droit français, italien et allemand montre que la directive n'est pas l'instrument le plus perfectionné pour garantir une harmonisation du droit par le haut. En effet, alors que, dans l'esprit de la directive, on pouvait penser que les États adopteraient des mesures plus favorables aux administrés que celles garanties par la directive, les États, dans certains cas, ont pris au contraire des mesures plus restrictives. Néanmoins le droit communautaire est l'instrument le plus efficace permettant l'harmonisation du droit dans l'Union européenne.

L'origine des travaux communautaires sur l'accès à l'environnement se trouve dans un projet de résolution du Parlement européen, déposé en 1985 par les membres du Parlement européen Ken Collins ( UK) et Beate Weber (DK)<sup>1</sup>. Le projet invitait la Commission à élaborer des propositions visant à concrétiser le droit du public à l'accès aux informations environnementales. Le Parlement européen demandait à sa commission de l'environnement d'élaborer un rapport et une proposition de résolution<sup>2</sup>. Sur la base de ce rapport, la Commission européenne présentait en 1988 une proposition de directive qui reprenait le travail effectué par le Parlement ainsi que les lignes directrices du 4<sup>o</sup> programme d'action de la CEE. En effet, le Conseil, sur proposition de la Commission, adoptait en 1986 une résolution relative à un programme d'action pour l'année européenne de l'environnement<sup>3</sup>. Celle-ci avait comme objectif d'améliorer la transparence des actions environnementales dans la Communauté et de sensibiliser les citoyens européens à l'importance de la protection de l'environnement<sup>4</sup>. La directive a été adoptée le 7 juin 1990: son texte définitif a pour objet d'assurer «la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement détenue par les autorités publiques, ainsi que sa diffusion, et de fixer les conditions de base selon lesquelles cette information devrait être rendue accessible». La consécration par la Communauté européenne d'une telle liberté d'accès aux informations sur l'environnement a, d'une part, renforcé la protection de l'environnement et, d'autre part, introduit une liberté publique

---

<sup>1</sup> *Parlement européen, document B2-736/85 au 16.07.1985.*

<sup>2</sup> Le Parlement approuvait en votant une résolution sur la publicité de la gestion communautaire, à travers laquelle il demandait l'accès du public aux informations disponibles au sein des institutions communautaires ( Résolution du 22.01.1988 JO. 1988, n° C 49. p.175).

<sup>3</sup> Conseil, Résolution du 03.05.1986, JO 1986, n° C 49, p. 175.

<sup>4</sup> L. KRÄMER, «La Directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement : Genèse et perspectives d'application», in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n° 353, p. 866.

nouvelle qui annonce la reconnaissance européenne d'un droit de l'homme à l'information environnementale et impose une réflexion nouvelle sur l'originalité du droit à l'information en matière d'environnement.

## **§2. La liberté d'accès à l'information environnementale**

Le Traité de Maastricht spécifie que «la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé». C'est dans cet objectif de «*protection élevée*» que doit être considérée la portée de la Directive 90/313/CEE. Cela dit, la Communauté européenne ayant signé la Convention d'Århus a décidé de remplacer la Directive 90/313/CEE plutôt que de la modifier afin de garantir une transparence accrue, conformément aux dispositions de la Convention. L'analyse de la liberté d'accès garantie par la Directive 90/313/CEE devra tenir compte de la nouvelle Directive 2003/4/CE du Parlement et du Conseil du 28 janvier 2003 «concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement»<sup>1</sup> qui est entrée en vigueur et doit remplacer la Directive 90/313/CEE. Cette dernière sera abrogée le 14 février 2005. Elle a néanmoins joué un rôle important comme instrument d'harmonisation d'un droit d'accès à l'information en matière d'environnement dans l'espace communautaire et démontré le rôle fondamental que joue l'Union européenne dans l'affirmation de la transparence à l'intérieur de l'espace européen. Par conséquent elle sera l'objet principal de l'analyse. L'étude de la liberté d'accès conduit dans un premier temps à l'analyse du champ d'application matériel (A) avant d'analyser le champ d'application personnel (B) et les dispositions concernant sa mise en œuvre pratique (C).

### **A Le champ d'application matériel de la liberté d'accès à l'information environnementale**

La structure de la Directive de 1990 est assez vaste, dans la mesure où celle-ci contient de nombreuses définitions élaborées dans des termes très larges<sup>2</sup>. Ainsi, la définition large de l'information en matière d'environnement de l'autorité publique et des personnes concernées,

---

<sup>1</sup> Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 41 du 14.2.2003, p. 26.

<sup>2</sup> Il faut déjà remarquer à propos de la Directive 90/313/CEE qu'elle ne contient que 10 articles, dont 7 concernent expressément la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. En revanche, la nouvelle directive se compose de 13 articles, dont 8 concernent expressément le droit d'accès à l'information

témoigne du souci de garantir l'accès au plus grand nombre possible d'informations détenues par l'administration.

La Directive annonce le principe que la liberté d'accès à l'information doit être ouverte sans restriction à toute personne physique ou morale et sans que celle-ci soit obligée de faire valoir un intérêt. Elle concerne donc principalement l'accès passif à l'information : l'obtention de l'information se fait sur requête de toute personne physique ou morale. Une obligation active d'information de la part des autorités publiques est prévue uniquement par l'article 7 de la Directive. Dans ce cas, les autorités publiques doivent fournir régulièrement au public une information générale sur l'état de l'environnement, sans aucune demande préalable.

Il faut d'emblée constater que la Directive actuellement en vigueur assure la liberté d'accès à l'information en instaurant des mesures destinées à garantir l'exercice de l'accès du public à l'information en matière d'environnement, mais que la nouvelle Directive étend le niveau d'accès à l'information détenue par les autorités publiques<sup>1</sup>. La nouvelle Directive signe le passage d'une interprétation stricte de la liberté d'accès à l'information garantie par la Directive 90/313/CEE à une interprétation large du droit à l'information conforme à la Convention d'Århus, et qui fait que désormais le citoyen dispose d'un droit d'accès à l'information, voire un droit à recevoir l'information: on parle alors d'information active. L'administration, de sa propre initiative, informe le public sur l'environnement. Le citoyen dispose donc désormais d'un droit à recevoir des informations sur son environnement sans avoir à effectuer de demandes ou de démarches préalables.

L'article 3 de la Directive occupe une place centrale : il contient la règle générale selon laquelle « (...) les États membres font en sorte que les autorités publiques soient tenues de mettre les informations relatives à l'environnement à la disposition de toute personne physique ou morale qui en fait la demande, sans que celle-ci soit obligée de faire valoir un intérêt». En même temps cet article énonce les exceptions au principe de la liberté d'accès garantie par la Directive. Par conséquent, il apparaît fondamental d'analyser la façon dont l'information en matière d'environnement est définie par la Directive et quelles sont les autorités publiques visées par celle-ci.

Définir «l'information relative à l'environnement» est important, car cette définition nous permet de considérer une information comme disponible ou, au contraire, de la considérer comme non disponible si elle n'entre pas dans le domaine environnemental. Selon

l'article 2 a), les informations communicables sont celles qui, quel que soit leur support<sup>2</sup>, concernent «l'état des eaux, de l'air, du sol, de la faune, de la flore, des terres et des espaces naturels, ainsi que les activités (y compris celles qui sont à l'origine de nuisances telles que le bruit) ou les mesures les affectant ou susceptibles de les affecter et les activités ou les mesures destinées à les protéger, y compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement». Avec cette définition du domaine de l'environnement et le sixième considérant de la Directive qui affirme la nécessité de garantir la liberté d'accès également aux informations sur «l'état de l'environnement, les activités ou mesures portant ou susceptibles de porter atteinte à l'environnement ainsi que celles visant à le protéger», le champ d'application de la Directive est donc très large. L'ensemble des données concernant l'environnement est donc *a priori* concerné par cette Directive. Mais en réalité, l'expérience montre que parmi les principaux problèmes évoqués par les plaintes transmises à la Commission<sup>3</sup> par les personnes physiques ou morales sur la base de la Directive (156 jusqu'en novembre 1999), un certain nombre était lié à la définition de l'expression «information relative à l'environnement» (article 2 point a.). Dans certains États membres, une interprétation stricte de la définition d'information relative à l'environnement a conduit à des rejets de demandes d'information, jugées hors du champ d'application de la Directive. Ces demandes concernaient par exemple des informations relatives aux effets de l'état de l'environnement sur la santé publique, aux rayonnements ou à l'énergie nucléaire ainsi qu'aux analyses financières ou aux analyses des besoins en relation avec des projets susceptibles d'affecter l'environnement<sup>4</sup>. Ce point a fait l'objet de précisions lors de l'élaboration de la nouvelle Directive 2003/4/CE qui élargit notamment la définition d'information environnementale.

---

<sup>1</sup> Article premier de la Directive 2003/4/CE «La présente directive a pour objectif : a) de garantir le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques (...)».

<sup>2</sup> La directive prend en considération «toute information disponible sous forme écrite, visuelle et sonore ou contenue dans des banques de données (...)».

<sup>3</sup> Les principaux problèmes évoqués par les plaintes étaient les suivants :  
Art. 2, point a) : définition de l'expression «information relative à l'environnement» — Art. 2, point b) : définition des «autorités publiques» — Art. 3, paragraphes (2) et (3) : interprétation des dérogations — Art.3, paragraphe 4 : interprétation du mot "répond" — Art. 3, paragraphe 4 : délais — Art. 3, paragraphe 4 : absence de réponse Art. 4 : procédures de recours — Art. 5 : coût de l'information — Art. 6 : interprétation de l'expression "organismes ayant des responsabilités publiques en matière d'environnement". Pour plus de détails : COM (2000) 400 final, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'expérience acquise dans l'application de la directive du Conseil 90/313/CEE du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement.

<sup>4</sup> Idem.



L'article 2 point a) indique que la Directive concerne toute information «disponible» auprès des autorités publiques, alors que les articles 1 et 6 se réfèrent à l'information «détenue» par les autorités publiques (terme qui a été repris dans la nouvelle Directive). Le terme «disponible» a sans doute une portée plus large et pourrait être interprété comme une obligation pour les autorités publiques de se procurer une information qui n'est pas encore en leur possession, mais qu'elles pourraient se procurer auprès des personnes physiques ou morales dont l'activité aurait des conséquences sur l'environnement. Pour le moment cette interprétation n'a pas trouvé une application effective. La nouvelle Directive fait néanmoins un pas décisif vers l'obligation des autorités publiques de se procurer des informations sur l'état de l'environnement. Le nouvel article 7, paragraphe 2 impose désormais que «les informations qui doivent être mises à disposition et diffusées soient mises à jour (...) ». Par conséquent, les informations disponibles devraient s'accroître notamment au plus tard le 14 février 2005, date limite pour que les États se conforment à la nouvelle Directive<sup>1</sup>. La définition du champ d'application personnel de la Directive est plus large.

## **B Le champ d'application personnel de la Directive 90/313/CEE**

Le champ d'application personnel conduit dans un premier temps à s'interroger sur les titulaires du droit d'accès à l'information (1) avant d'analyser la définition « d'autorité publique» (2) visée par l'application de la Directive.

### **1 Les titulaires du droit d'accès à l'information**

Concernant les personnes pouvant accéder aux informations, le champ est très large. La demande d'accès n'est pas liée à une condition de nationalité ni de domicile. L'article 3 alinéa 1 indique que les États membres doivent tenir les informations relatives à l'environnement à la «disposition de toute personne physique ou morale qui en fait la demande, sans que celle-ci soit obligée de faire valoir un intérêt». Il ressort de cette disposition qu'aucune condition particulière à la personne n'est exigée. Donc toute association ou organisation non gouvernementale bénéficie dès lors d'un droit à l'information en matière d'environnement. Enfin, l'expression «toute personne» doit être interprétée comme ne limitant pas ce droit aux seuls nationaux ou personnes résidant sur le territoire. Cette liberté n'est donc

---

<sup>1</sup> Article 10 Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003.

pas liée à la citoyenneté communautaire ou à un autre critère qui pourrait limiter le champ des ayants droit. Au contraire, il apparaît que la volonté affirmée est de permettre à toute personne cet accès à l'information, sans qu'elle soit nécessairement ressortissante de l'Union européenne. Cette disposition de la Directive permet donc aussi aux ONG, qui occupent une place centrale dans la protection de l'environnement, de s'informer sur l'environnement dans les différents pays auprès des autorités étrangères.

Un deuxième élément important de cette disposition est de préciser que la personne n'est pas «obligée de faire valoir un intérêt» (article 3, paragraphe 1). Ce principe implique que la personne qui fait une demande d'accès à l'information n'est pas obligée de préciser l'intérêt de l'information. L'utilisation future de cette information ne doit donc pas non plus être justifiée.

## **2 La définition d'autorité publique**

Un deuxième point important de l'article 2 doit être précisé, car il est fondamental pour définir la liberté d'accès, la définition «d'autorité publique». L'article 2 point b) vise les autorités publiques. Il s'agit de «toute administration publique au niveau national, régional ou local, ayant des responsabilités et étant en possession d'informations relatives à l'environnement, à l'exception des organismes agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs». C'est une définition large qui permet d'inclure des autorités n'ayant pas nécessairement à titre principal des responsabilités en matière d'environnement. Ces dernières sont donc obligées d'appliquer la Directive. Par conséquent, la Directive ne vise pas uniquement les autorités administratives environnementales, mais aussi toutes les administrations qui ont des responsabilités dans le domaine de l'environnement. L'article 6 élargit le champ d'application aux organismes qui ne sont pas des administrations, mais disposent de responsabilités environnementales dérivées des autorités publiques. La condition fondamentale est que ces organismes doivent avoir «des responsabilités publiques en matière d'environnement» et être «contrôlés par des autorités publiques». Les organismes visés peuvent être par exemple des instituts de recherche ou des instituts environnementaux. La Directive prend donc en considération le problème de la «privatisation» de certaines tâches de la fonction publique. Dans de nombreux pays, certaines fonctions auparavant publiques sont désormais exécutées par des organismes privatisés ou privés. Exclure tous ces organismes du

champ d'application de la Directive reviendrait à réduire considérablement la liberté d'accès à l'information. La Directive précise par conséquent, par son article 6, que l'information détenue par ces organismes doit être rendue disponible dans les mêmes conditions que celles prévues pour les autorités publiques aux articles 3, 4 et 5 de la Directive.

Pour résumer, la possession d'informations environnementales et l'exercice de responsabilités sont les éléments fondamentaux et font en sorte que l'autorité soit obligée de communiquer l'information. Cependant, certains problèmes peuvent apparaître. Ce qui ressort du rapport de la Commission précitée est que, dans certains cas, des organes de l'administration publique, qui n'étaient pas au sens strict des autorités dans le domaine de l'environnement, ont fait valoir que leurs responsabilités étaient sans rapport avec l'environnement pour rejeter une demande concernant des informations qu'elles détenaient. Désormais, avec la nouvelle Directive, la définition d'autorité publique s'élargit. D'une part, la définition n'est plus liée à la nécessité d'avoir des responsabilités dans le domaine de l'environnement, d'autre part, il suffit d'exercer des «activités ou services spécifiques en rapport avec l'environnement». En effet, par le fait de la privatisation de prestations de service d'intérêt général en matière d'environnement, la définition des autorités publiques se trouve élargie aux personnes physiques et morales chargées par la loi ou par un arrangement avec d'autres autorités publiques de la prestation de service affectant ou susceptible d'affecter l'environnement. Est donc désormais concernée toute personne physique ou morale qui exerce, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services spécifiques en rapport avec l'environnement»<sup>1</sup>.

Enfin, l'article 2 point b) de la Directive 90/313/CEE précise que les «organismes agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs» sont exclus du champ d'application de la Directive. Cette disposition permet en effet à des autorités, comme les communes qui exercent un pouvoir législatif mineur, d'invoquer cette exception pour justifier un refus de communiquer une information. La nouvelle Directive laisse désormais aux États membres la liberté d'exclure ou non les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs, à condition que les dispositions constitutionnelles nationales ne prévoient pas de procédure de recours au sens de l'article 6 de la Directive 90/313/CEE<sup>2</sup>. L'article 6 a été la cause de plaintes déposées auprès de la Commission. En

---

<sup>1</sup> Article 2, paragraphe 2 point b) Directive 2003/4/CE.

<sup>2</sup> Cet article donne la possibilité d'engager «(...) une procédure devant une juridiction ou un autre organe indépendant, impartial, établi par la loi, compétent pour réexaminer les actes ou omissions de l'autorité publique concernée et dont les décisions peuvent passer en force de chose jugée».

effet, l'interprétation de l'expression «organismes ayant des responsabilités publiques en matière d'environnement» a donné lieu à des interprétations divergentes, et ce, à cause des fonctions traditionnellement assurées par l'État et qui se trouvent de plus en plus souvent transférées à des organismes semi-publics ou privés. Les demandes d'informations adressées à ces organismes ont souvent rencontré un refus alors que la Directive s'appliquait à ce type de demande. Par ailleurs, la définition des titulaires du droit d'accès à l'information occupe une place centrale dans la Directive de 90/313/CEE.

### **C Les modalités pratiques de l'accès à l'information**

La Directive prévoit des modalités pratiques de l'accès à l'information sans lesquelles cette liberté d'accès se trouverait annulée. Ainsi, la Directive garantit à toute personne qui estime n'avoir pas reçu de réponse satisfaisante le droit de bénéficier d'un droit de recours soit judiciaire, soit administratif à l'encontre de l'administration. Les délais de réponse de l'autorité publique à une demande d'accès d'une part (1), d'autre part la possibilité de demander une redevance pour la communication de l'information (2) et enfin l'obligation de diffuser les informations environnementales (3) indépendamment d'une demande d'accès méritent une attention particulière.

#### **1 Le délai de réponse de l'autorité publique à une demande d'accès**

La Directive précise que «l'autorité publique répond à l'intéressé dans les meilleurs délais et au plus tard dans les deux mois»<sup>1</sup>. Ce délai de deux mois est sans doute excessif, d'abord si on le compare à la législation existant dans certains pays de l'Union européenne, comme dans les pays scandinaves, qui prévoit un délai de quelques jours seulement<sup>2</sup>, et, ensuite, si l'on juge du caractère essentiel que revêt la rapidité des informations dans un domaine susceptible d'avoir des répercussions sur la santé et la vie de l'homme. La transposition de l'article 3, paragraphe 4 par les États membres a créé quelques problèmes

---

<sup>1</sup> L'article 3, paragraphe 4 de la Directive 90/313/CEE.

<sup>2</sup> A titre indicatif les autorités publiques finlandaises doivent traiter les demandes "immédiatement", ce qui signifie qu'une décision doit être prise sur le champ, ou, si la demande présente des difficultés particulières, dans les jours suivants. La législation danoise prévoit que les demandes d'information doivent être satisfaites aussi rapidement que possible, et qu'en absence de réponse dans les dix jours, l'autorité concernée doit notifier au demandeur les raisons de l'absence de réponse. En Suède une demande d'accès à un document officiel doit être traitée "rapidement" par l'autorité concernée. Dans la plupart des cas, les demandes sont traitées en quelques jours, ou dans les deux semaines dans les cas plus difficiles.

concernant l'interprétation du mot «répond». Certains États membres ont en effet considéré que «répond» renvoyait simplement à l'indication que les informations demandées seraient ou ne seraient pas communiquées, sans préciser la date de mise à disposition effective. Ce point fait l'objet d'une affaire devant la Cour de justice, Commission c/ Allemagne (C-29/00). Dans certains cas, les informations demandées n'ont été transmises qu'après l'expiration du délai de deux mois. Dans d'autres cas, le demandeur n'a reçu aucune réponse. Lors de la transposition de la Directive, certains États membres ont adopté des dispositions stipulant que l'absence de réponse à une demande d'accès à des informations relatives à l'environnement devait être considérée comme un refus. Cela va à l'encontre de l'article 3, paragraphe 4, qui requiert spécifiquement que le refus soit motivé<sup>1</sup>.

Avec la nouvelle Directive, les délais de l'accès à l'information sont réduits en conformité avec la Convention d'Århus. Les informations environnementales sont mises à la disposition du demandeur (article 3, paragraphe 2 point a) «dès que possible ou, au plus tard, dans le mois qui suit la réception de la demande par l'autorité publique (...)» ; (point b)) ce délai peut être prolongé et la réponse doit intervenir «dans les deux mois qui suivent la réception de la demande par l'autorité publique, lorsque le volume et la complexité sont tels que le délai d'un mois (...) ne peut être respecté». De plus, le développement du multimédia via la messagerie électronique permet un traitement de plus en plus rapide de la demande d'information. La nouvelle Directive prévoit spécifiquement dans son article 3, paragraphe 4 point b) la transmission des informations par «des moyens de télécommunication informatique ou autres voies électroniques». Concernant le coût d'obtention de l'information, l'article 5 prévoit la possibilité d'une redevance pour l'accès à l'information.

## **2 La subordination de la communication de l'information au paiement d'une redevance**

L'article 5 donne aux États membres la possibilité de percevoir une redevance pour l'accès à l'information, avec l'exigence que celle-ci n'excède «pas un montant raisonnable». Le fait de demander une redevance peut avoir des effets négatifs sur l'accès à l'information. La personne qui demande l'accès à l'information pourrait être réticente à le faire devant le coût de cette démarche. La question du coût de l'information demandée pourrait être utilisée comme un moyen indirect de refus de la communication d'informations si ce coût se révèle

---

<sup>1</sup> Cette affaire sera développée en détail dans le Chapitre II titre II, consacrée à la transposition de la directive

très élevé. Dans les États membres, la notion de montant raisonnable est interprétée en général comme équivalente à la somme que l'on doit payer pour une prestation de service administratif similaire. Mais dans certains cas, des redevances abusives ont été demandées. Des plaintes ont également été déposées concernant le manque d'informations préalables sur les redevances. La CJCE, dans son arrêt du 9 septembre 1999<sup>1</sup>, donne une interprétation du terme «raisonnable» devant être déterminée à la lumière de l'objet de la Directive tel qu'il ressort de l'article premier et de l'article 3, paragraphe 1. Elle spécifie que le terme «raisonnable» à l'article 5 n'autorise pas les États membres à répercuter sur les demandeurs d'information la totalité des coûts (et en particulier les coûts indirects) encourus lors de la recherche des informations demandées. En revanche, en Allemagne le cas s'est présenté où la demande d'information a été rejetée sur la base d'une des dérogations prévues, mais où une redevance a tout de même été demandée. La nouvelle Directive désormais précise que l'accès aux registres ou aux listes publiques ainsi que leur consultation sont gratuits (article 5 alinéa 1) et que seule la «mise à disposition des informations environnementales» peut être subordonnée au paiement d'une redevance (article 5 alinéa 2). Dans ces cas, les autorités publiques doivent informer auparavant le demandeur sur le barème de ces redevances, ainsi que sur les cas dans lesquels elles perçoivent ou renoncent à percevoir ces redevances (article 5 alinéa 3).

### **3 La diffusion des informations environnementales**

La Directive 90/313/CEE a pour principal objectif la «fourniture passive d'informations», c'est-à-dire la divulgation d'informations «disponibles» ou «détenues» sur demande: elle n'oblige pas les autorités à se procurer ou à rassembler des données sur différents sujets précis<sup>1</sup>. Seul l'article 7 concerne l'information active en prévoyant que «les États membres prennent les mesures nécessaires pour fournir au public des informations générales sur l'état de l'environnement». Les autorités publiques ont donc un devoir d'information spontanée, indépendant de toute sollicitation des administrés. La directive impose aux États de prendre des mesures afin de mettre en œuvre une véritable politique

---

par les États membres.

<sup>1</sup> Affaire C-217/97 : Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne, Rec .1999-I p.5105.

d'information en matière d'environnement. Ces informations prennent la forme de publications périodiques de rapports descriptifs. Mais la Directive ne se prononce pas sur les intervalles réguliers de publications de ces rapports, et ce point peut être défini plutôt comme une recommandation laissant le choix et la liberté aux États membres de lui donner une valeur effective.

Cela n'est pas étonnant, vu la fonction principale de la Directive de garantir l'information passive. La nouvelle Directive, par son article 7, donne un nouvel élan à la diffusion active de l'information : elle impose désormais « (...) *une mise à disposition et une diffusion systématiques aussi larges que possible des informations environnementales auprès du public* »<sup>2</sup> afin que celui-ci soit informé dans l'ensemble de la Communauté. La réalisation de cette information active devient systématique et immédiate en «cas de menace imminente pour la santé humaine ou pour l'environnement résultant d'activités humaines ou de causes naturelles». Cette information se réalisera avec les moyens de communication modernes comme internet. La diffusion «active d'informations environnementales», disposition qui n'a été traitée que très rapidement par la Directive 90/313/CEE, occupe désormais une place centrale dans la nouvelle Directive. Celle-ci change complètement la donne en faisant de la diffusion active l'un des points fondamentaux du droit d'accès à l'information. L'ensemble de ces mesures montre que la Directive garantit de façon large l'accès à l'information, mais la portée de cette liberté d'accès à l'information se trouve limitée par un ensemble d'exceptions et de restrictions visant à protéger les différents intérêts publics ou privés pouvant être mis en cause.

### **§3 Les limites à la liberté d'accès à l'information**

La Directive<sup>3</sup> laisse aux États membres la possibilité de limiter l'accès à l'information en refusant de communiquer des documents protégés par le secret, afin de garantir des intérêts publics, privés et économiques, mais aussi de protéger le processus décisionnel des autorités publiques<sup>4</sup>, comme le fait également le septième considérant de la Directive qui précise que le refus d'accès doit être «dans certains cas particuliers clairement définis». L'ensemble de ces

---

<sup>1</sup> L. KRÄMER, «La Directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement : genèse et perspectives d'application», in *Revue du Marché Commun*, n°353, 1991, p. 872.

<sup>2</sup> Article 1° point b. Directive 2003/4/C3.

<sup>3</sup> L'article 3 alinéa 2 et 3 de la Directive 90/313/CEE.

<sup>4</sup> Cf. Engel, op.cit.NVwZ 1992, p. 111 ss.

mesures prévoit des exceptions si nombreuses que la portée du principe de la liberté d'accès à l'information se trouverait fortement réduite si l'autorité publique en fait une interprétation large. Cette disposition de la Directive n'est autre que celle du «secret», mais le secret défini par la Directive a une fonction précise, celle de définir une zone de transparence. Dans ce sens, le secret apparaît alors comme nécessaire et garantit un équilibre entre une zone d'intimité de l'administration et une zone de transparence de l'action administrative. Le risque est que l'autorité publique s'appuie volontiers sur le silence, c'est-à-dire sur «la loi du silence» qui n'est autre que la perversion du secret. Tout dépend d'une bonne mise en pratique des dispositions de la Directive de la part des autorités publiques pour éviter tout abus, mais aussi de la part du public dans sa manière d'utiliser ce nouveau droit. La Directive identifie sept catégories d'informations qu'un État membre est autorisé à refuser de communiquer. Il faut souligner que les États membres ne sont pas obligés de prévoir dans leur législation l'ensemble des exceptions prévues par l'article 3 alinéa 2. En effet, l'article 3 précise bien qu'il faut que les États membres «puissent prendre des dispositions leur permettant d'opposer un refus à une demande d'information». Il est donc tout à fait plausible que des différences existent entre les États selon que l'approche du droit à l'information est plus ou moins favorable. L'analyse des limites d'accès à l'information prévues par la Directive concerne le caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques (A), celui des relations internationales ou le secret de la défense nationale, les affaires qui sont ou ont été pendantes devant une juridiction ou qui font ou qui ont fait l'objet d'une enquête ou qui font l'objet d'une instruction préliminaire (B) ainsi que le secret commercial et industriel, y compris la propriété intellectuelle (C) qui doivent être protégés.

#### **A Le caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques, des relations internationales ou le secret de la défense nationale**

Cette clause, qui est très large, permet d'éviter de rendre public tout ce qui est lié aux délibérations: elle ne vise donc pas le processus décisionnel. Le terme de délibération réfère à l'ensemble des réflexions précédant la prise d'une décision. Cette notion est donc plus étroite que celle de processus décisionnel qui, au contraire, comprend aussi les données de base préparant la décision<sup>1</sup>. Par conséquent, les délibérations des autorités publiques sur des questions environnementales, telles qu'une licence ou une procédure d'évaluation de l'impact



sur l'environnement, ne sont pas concernées par cette limite et doivent être normalement communicables, tout comme les documents qui ont eu un rôle dans la prise de décision et sont liés au domaine de l'environnement. Mais de nombreux éléments doivent rester confidentiels afin de préserver une certaine liberté dans la prise de décision finale des autorités publiques. Ce caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques justifie la nécessité de refus de communication de l'information. Les différents enjeux, intérêts privés ou publics en cause, justifient qu'une personne extérieure ne puisse savoir pourquoi, dans les délibérations, une autorité publique s'est prononcée dans un sens plutôt que dans un autre, sans doute pour éviter toute pression sur la prise de décision future. Mais ces exclusions ne doivent pas permettre à l'administration de prendre des décisions sans les expliquer : l'explication est nécessaire, car elle permet aussi de contrôler l'action de l'administration.

Les deux autres domaines concernés par cette première exception sont les relations internationales et le secret de la défense. L'expression relations internationales dans le domaine de l'environnement peut concerner des problèmes transfrontaliers de pollution entre deux États ou plus. Enfin, le secret de la défense nationale, qui constitue l'un des secrets les mieux gardés dans tous les États membres, peut aussi justifier un refus de communication de l'information. La notion de défense nationale est tellement large que le risque consiste à ne pas porter à la connaissance du public de nombreux problèmes environnementaux sous couvert du secret défense. Ainsi, un grand nombre d'informations comme celles concernant les déchets toxiques ou nucléaires résultant d'activités militaires ou l'impact des manœuvres militaires sur l'environnement ne sont pas accessibles et sont donc exclues du droit d'accès. On ne peut que regretter l'ampleur de cette notion dont on ne sait pas toujours précisément ce qu'elle recouvre.

## **B Les affaires qui sont ou ont été pendantes devant une juridiction**

La formule utilisée par la Directive, pour justifier la possibilité de refuser l'information sur les affaires, est donnée de manière très large, étant donné que la formulation englobe l'ensemble de la procédure précontentieuse : elle concerne en effet les dossiers ayant fait l'objet d'une enquête ou d'une instruction préliminaire. Le risque de cette exception est de rendre le droit à l'information vide de tout sens. L'article 3 alinéa 2 vise en effet à protéger certains intérêts. Dans le cas du troisième tiret, il s'agit d'éviter que le droit d'accès n'entrave

---

<sup>1</sup> L. KRÄMER, «La Directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement : Genèse et

le bon déroulement des procédures ou des enquêtes judiciaires. Ces enquêtes doivent avoir un caractère formel équivalent à celui d'une procédure judiciaire pour qu'une demande d'accès puisse être refusée. L'enquête doit donc avoir pour objectif de résoudre un conflit entre intérêts divergents et se terminer par une décision formelle.

L'instruction préliminaire, au contraire, ne peut faire l'objet d'un refus que pendant son déroulement, étant donné qu'elle a normalement pour objectif d'établir une certitude sur telle ou telle situation, mais ne se termine pas par une quelconque décision formalisée. A la fin de l'instruction, les informations concernant l'affaire ne peuvent plus être retenues et sont par conséquent accessibles.

En revanche, dans le cas d'affaires pendantes devant une juridiction ou d'enquêtes, l'information ne peut jamais être fournie, même une fois le jugement ou les résultats de l'enquête établis. Il en résulte que l'information n'est jamais communicable auprès du public. L'enquête administrative ou disciplinaire qui n'aboutit pas à une décision formalisée (au même titre qu'une procédure judiciaire) n'est donc pas concernée par cette disposition. Ainsi, dans ce cas non plus, l'information en matière d'environnement n'est pas communicable au public sur sa demande. Enfin, la Directive précise qu'elle ne s'oppose pas à la communication «partielle d'informations» concernant certaines parties du dossier. Cela ressort de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 3. Dans ces conditions, une étude par exemple sur l'impact d'un projet sur l'environnement ou sur des émissions pourrait être communiquée alors même que ce projet ferait l'objet d'une procédure judiciaire, à condition toutefois que ces faits n'entravent pas le bon déroulement de la justice.

### **C Le secret commercial et industriel, y compris la propriété intellectuelle**

La Directive a également prévu que les États membres puissent opposer un refus à une demande d'information, lorsque celle-ci a trait au secret commercial et industriel. Cette disposition est à nouveau très vaste, étant donné qu'il n'existe pas de définition du «secret commercial et industriel» dans le droit communautaire de l'environnement. L'expression n'est pas nouvelle et se trouve dans plusieurs directives<sup>1</sup>, mais aucune n'en donne une interprétation précise. De manière très générale, elle désigne des indications individuelles sur les entreprises ou associations que ces dernières souhaitent légitimement garder confidentielles, en vue de protéger leur situation concurrentielle, leurs méthodes de

---

perspectives d'application», in *La Revue du marché commun*, n° 353, 01/12/1991, p. 866-876.

production, leurs secrets (*know-how*) technologiques. Le risque en est l'extension à toute sorte d'informations commerciales dont le caractère confidentiel ne serait pas justifié, ce qui reviendrait à refuser l'accès à un grand nombre d'informations en matière d'environnement.

Afin d'éviter cette situation, le Parlement européen a suggéré, lors de son avis sur le projet de Directive<sup>2</sup>, que «les données concernant l'émission de substances dans l'environnement, même lorsqu'elles proviennent de sources particulières, ne peuvent en aucun cas être couvertes par le secret». Mais le Conseil et la Commission n'ont pas retenu cette proposition. Le fait de désigner sous le terme de secret commercial ou industriel l'émission de substances dans l'environnement est contraire au principe de l'accès à l'information en matière d'environnement. Cependant, les entreprises considèrent que la publication de la composition exacte des émissions permet de tirer des conclusions quant à leurs procédés secrets de fabrication et risque, de ce fait, d'affaiblir l'une d'entre elles par rapport à ses concurrents. Cet argument doit être rejeté et cette disposition de la Directive permet une trop grande restriction du droit à l'obtention d'informations par exemple sur l'émission de substances dangereuses. Cela a été souligné par la CourEDH qui estime que ce type d'informations devrait être rendu accessible. L'arrêt de la CourEDH *Guerra c/ Italie* est à ce titre significatif<sup>1</sup>.

La nouvelle Directive 2003/4/CE est plus précise, mais élargit aussi remarquablement le champ du caractère confidentiel des informations commerciales ou industrielles concernées. L'article 4 alinéa point d) précise que les États membres peuvent rejeter une demande d'information lorsque «le caractère confidentiel des informations commerciales ou industrielles (...) est prévue par le droit national ou communautaire afin de protéger un intérêt économique légitime, y compris l'intérêt public lié à la préservation du caractère confidentiel des statistiques et du secret fiscal». Le caractère confidentiel est dorénavant possible uniquement s'il existe un intérêt économique légitime. Mais l'information doit être fournie activement par les autorités publiques selon l'article 7 alinéa 1, si ces informations sont détenues par elles ou pour leur compte, et elle précise dans l'alinéa 2 point e) que parmi les informations mises à disposition et diffusées se trouvent «les données ou résumés des données recueillies dans le cadre du suivi des activités ayant ou susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement». Des situations comme celle de l'affaire *Guerra* ne devraient donc plus se présenter à l'avenir.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple Directive 82/501/CEE, JO 1982 n° L 230 p. 1 ; Directive 85/337 JO 1985 n° L 175, p. 40.

<sup>2</sup> Avis du Parlement européen JO 1989 n° C 120, p. 231.

Enfin, la Directive prévoit encore la possibilité de restreindre la liberté d'accès par le caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels. Cette disposition s'applique uniquement aux personnes physiques et a comme fonction d'empêcher la divulgation de ces informations au public. Font partie des exceptions le caractère confidentiel des données fournies par un tiers sans qu'il y soit juridiquement tenu et celui des données dont la divulgation aurait plutôt pour effet de porter atteinte à l'environnement auquel elles se réfèrent. Concernant la première exception, la difficulté réside dans le fait de savoir si les tiers fournissant l'information ont agi volontairement ou bien en vertu d'une obligation légale: il est difficile de distinguer dans un document les informations volontaires des autres. Cette disposition a été reprise dans la nouvelle Directive qui précise que ces informations ne sont accessibles que si «cette personne a consenti à la divulgation de ces données» (article 4 alinéa 2 point g). On peut s'interroger sur la nécessité de cette précision, vu l'ampleur des exceptions qui précèdent. Le droit d'accès se trouve ainsi de plus en plus restreint. La deuxième exception, elle, vise à protéger l'environnement et consiste par exemple à empêcher la localisation d'espèces rares comme le fait la nouvelle Directive.

Par ailleurs, l'alinéa 3 article 3 de la Directive prévoit le refus de communiquer des données ou des documents inachevés, ainsi que des communications internes et justifie aussi le refus d'information lorsque la demande est manifestement abusive ou formulée d'une manière trop générale. Dans ces cas, le refus se justifie pour des raisons de forme. Le problème est de savoir de quelle façon les législations nationales interprètent ces points. Faut-il entendre par communication interne les seuls documents émanant des services mêmes de l'autorité publique ou les documents externes sont-ils aussi concernés ? Enfin, une demande manifestement abusive ou formulée d'une manière trop générale peut être rejetée : la notion de demande abusive peut être interprétée d'une façon plus ou moins stricte par les différentes autorités publiques qui disposent ainsi d'un moyen supplémentaire de refuser la communication d'une information. La situation est comparable lorsqu'une demande est formulée d'une manière trop générale, c'est-à-dire lorsque sa formulation ne permet pas à l'autorité publique sollicitée d'identifier l'information pouvant répondre à la requête.

L'ensemble de ces exceptions prévues par la Directive permet aux autorités publiques de restreindre notablement la liberté d'accès à l'information. Il aurait été logique que les autorités communautaires restreignent ces exceptions. L'expérience a montré, au contraire, que ces exceptions se trouvent confortées dans la rédaction de la nouvelle

---

1 Affaire Guerra c/ Italie, précitée.

Directive 2003/4/CE. La Directive a cependant prévu que le refus de communiquer l'information doit être motivé dans tous les cas. Cette disposition permet de s'assurer que l'autorité publique n'a pas simplement refusé la demande d'accès sans aucune justification réelle. De ce fait, cette disposition a un rôle important pour permettre un équilibre entre le besoin de l'administration d'avoir la possibilité d'administrer et l'intérêt pour les administrés d'obtenir l'information. Parmi les mesures mises à la disposition du demandeur pour garantir la liberté d'accès à l'information se trouve l'article 4 de la Directive: cet article prévoit qu'une «personne estimant que sa demande d'information a été abusivement rejetée ou négligée, ou qu'elle n'a pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'autorité publique, peut introduire un recours judiciaire ou administratif à l'encontre de la décision, conformément à l'ordre juridique national en la matière».

### **Section III Le droit à l'information en matière d'environnement applicable aux institutions communautaires**

La situation des institutions communautaires était paradoxale dans la mesure où aucune procédure d'accès à leurs documents par le public n'existait lors de l'adoption de la Directive qui, elle, ne concernait que les États membres. C'est seulement avec le code de conduite adopté en 1993 par le Conseil et la Commission<sup>1</sup> que la situation a changé. L'analyse de la compatibilité des mesures d'accès à l'information des institutions communautaires avec la Directive 90/313/CEE suppose nécessairement que soient préalablement analysés les principes directeurs du code de conduite de 1993 par rapport à la Directive (§1), avant d'analyser la compatibilité du Règlement (CE) n°1049/2001/CE avec la Directive (§2).

#### **§1 Les principes directeurs du code de conduite de 1993 par rapport à la Directive 90/313/CEE**

La comparaison entre les deux textes nécessite la comparaison du champ d'application (A) matériel et personnel des deux textes, de leurs limites (B) avant de comparer les modalités d'accès prévues par les deux textes (C).

##### **A Le champ d'application du code de conduite en comparaison avec la Directive 90/313/CEE**

###### **1 Le champ d'application matériel**

La Directive 90/313/CEE vise l'accès aux informations concernant l'état de l'environnement, les activités ou mesures portant ou susceptibles de porter atteinte à l'environnement, les activités ou mesures visant à protéger l'environnement (article 2 a). Le code de conduite concerne l'accès du public aux documents détenus par le Conseil et la Commission et, dans son principe général, il entend par «document» tout écrit, quel que soit son support, contenant des données existantes, détenues par la Commission ou le Conseil.

---

<sup>1</sup> Voir Titre I Chapitre I section I p. 4 et sv.

Donc l'information concernée ne se limite pas aux seules informations environnementales, comme le fait la Directive, mais est beaucoup plus générale. Néanmoins, à la différence de la Directive 90/313/CEE, le code de conduite ne couvre pas l'accès aux informations environnementales disponibles sous forme visuelle et sonore, détenues par le Conseil et par la Commission, alors que la Directive affirme spécifiquement : «(...) toute information disponible sous forme écrite, visuelle et sonore (...)» (article 2 a). Par ailleurs, une demande d'accès à des documents doit être formulée obligatoirement sous forme écrite selon le code de conduite alors que la Directive communautaire n'impose pas cette obligation. La demande peut donc être effectuée également de manière directe et orale (c'est-à-dire informelle) dans les bureaux de l'autorité publique concernée<sup>1</sup>. Le code de conduite se réfère à l'information «détenue» par le Conseil et la Commission, comme le fait la Directive 90/313/CEE, mais il envisage l'hypothèse selon laquelle le document détenu par l'institution a pour auteur une personne physique ou morale, un État membre, une autre institution ou organe communautaire ou tout autre organisme national ou international. Si cette situation se présente, le code de conduite prévoit l'obligation d'adresser la demande d'information directement à l'auteur du document. Cette hypothèse n'est pas prévue par la Directive et crée de ce fait une incertitude sur le sort d'une demande d'information figurant sur un document n'émanant pas de l'autorité publique sollicitée.

## **2 Le champ d'application personnel**

L'article 2b de la Directive vise les informations détenues par les administrations publiques, qu'elles soient au niveau national, régional ou local. L'autorité doit répondre à deux conditions cumulatives : avoir des responsabilités et être en possession d'informations relatives à l'environnement. Au contraire, au niveau communautaire, les différents institutions et organes ont adopté des règles personnelles régissant l'accès du public aux documents: on n'y rencontre donc ni uniformité ni champ d'application généralisant les règles adoptées. Dans le cas du code de conduite, celui-ci vise à organiser l'accès du public aux documents par un champ d'application limité à la Commission et au Conseil.

---

<sup>1</sup> Le Règlement 1049/2001/CE reprend l'obligation de formuler une demande écrite mais ajoute que la demande écrite peut être faite aussi par des moyens électroniques dans une des langues énumérées à l'article 314TCE (ex-article 248), alors que les demandes faites dans les pays membres doivent être effectuées dans la (les) langue(s) officielle(s). Par exemple, en Italie ou dans la Région du Trentin-Haut Adige, l'allemand est également utilisé, en plus de l'italien, comme langue officielle par les autorités publiques.

Selon l'article 3 de la Directive, l'accès à l'information sur l'environnement est un droit à la disposition de «toute personne physique ou morale». Il n'existe aucune obligation liée à la provenance géographique du demandeur. En effet, celui-ci peut même habiter en dehors de la Communauté et n'est pas «obligé de faire valoir un intérêt» pour justifier sa demande.

Le code de conduite garantit l'accès au «public». Ce terme renvoie à la notion de «citoyens» telle qu'elle est mentionnée aux deuxième et troisième considérants du code de conduite où sont évoquées les conclusions du Conseil européen de Copenhague<sup>1</sup>. La notion de «public» est entendue de manière large: elle garantit la consultation des documents non seulement dans les bureaux de représentation de la Commission des États membres, mais aussi dans les délégations de la Commission des États tiers. Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article 2 du Règlement 1049/2001/CE précise : «Les institutions peuvent, sous réserve (...), autoriser l'accès aux documents à toute personne physique ou morale non domiciliée ou n'ayant pas son siège dans un État membre». Donc l'accès aux documents n'est pas garanti d'une façon automatique à ceux qui habitent en dehors de la Communauté. Enfin, dans la Directive comme dans le code de conduite, le demandeur n'est pas obligé de justifier sa demande.

## **B Les exceptions au droit d'accès à l'information**

Dans le cadre de la Directive 90/313/CEE, la liberté laissée à l'administration d'accorder ou de refuser l'accès à l'information est très limitée. En effet, le refus n'est possible que dans des circonstances bien précises. C'est ainsi que le septième considérant indique que «dans certains cas particuliers clairement définis, le refus de donner suite à une demande d'information sur l'environnement peut se justifier». De plus, l'article 3 alinéa 2 précise quand les États peuvent prendre des dispositions leur permettant d'opposer un refus à une demande d'information.

Le code de conduite organise également un régime des exceptions au droit d'accès aux documents. Dans le cas où la divulgation des documents pourrait porter atteinte à certains intérêts énumérés par le code de conduite, les institutions doivent refuser leur accès. Les intérêts envisagés par le code de conduite présentent des similarités avec la Directive 90/313/CEE, tout en présentant certaines différences.

Les motifs de refus fondés sur la protection de l'intérêt public sont entendus de manière large dans le code de conduite, dans la mesure où cette exception englobe «la sécurité



publique, les relations internationales, la stabilité monétaire, les procédures juridictionnelles, les activités d'inspection et d'enquête». Par conséquent, l'institution doit invoquer ce motif de refus dans les cas suivants : quand la divulgation de l'information est susceptible de porter atteinte à la sécurité de la Communauté, de compromettre ou de compliquer les relations internationales ; quand la divulgation de l'information est susceptible de porter préjudice à la bonne administration de la justice, notamment à l'application du droit communautaire et de compromettre ainsi le traitement des manquements à ce droit ; quand la divulgation de l'information est susceptible de porter préjudice par exemple aux tâches d'inspection et de contrôle de la Commission. Enfin, l'institution peut aussi refuser l'accès pour des motifs relevant de la nécessité de protéger le secret de ses délibérations.

La protection de l'intérêt public est également envisagée par la Directive 90/313/CEE, mais avec des différences. En effet, la Directive distingue trois cas d'exceptions pour la protection de l'intérêt public : le caractère confidentiel des relations internationales et le secret de la défense nationale ; la sécurité publique ; les affaires qui sont ou ont été pendantes devant une juridiction ou qui font ou ont fait l'objet d'une enquête ou qui font l'objet d'une instruction préliminaire. Cette dernière hypothèse de refus des affaires pendantes ou en cours vise notamment à ne pas voir le droit d'accès à l'information entraver le bon déroulement des procédures ou des enquêtes judiciaires, elle est formulée plus précisément que celle donnée par le code de conduite englobant les procédures juridictionnelles dans un sens strict.

La protection de la vie privée est prévue dans les deux textes. L'accès ne sera pas accordé par exemple aux dossiers personnels concernant les fonctionnaires ou agents des institutions concernées. Ce motif de refus à une demande d'accès est également envisagé par la Directive 90/313/CEE dans le cadre de son article 3 qui prévoit une exception relative au «caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels».

La Directive 90/313/CEE permet de refuser l'accès à l'information de manière générale pour garantir le secret commercial et industriel et protéger la situation concurrentielle ou les méthodes de production des entreprises. Le code de conduite prévoit aussi la protection du secret en matière commerciale et industrielle et ajoute la protection des intérêts financiers de la Communauté. La protection de cet intérêt se justifie quand la divulgation de l'information est susceptible de porter préjudice à la situation financière et concurrentielle de la Communauté. Cette exception vise également la protection des intérêts financiers des institutions concernées dans leurs actions relevant du droit privé. La protection

---

<sup>1</sup> Ces conclusions visent à promouvoir une Communauté plus proche de ses citoyens et un accès aussi large que possible de ceux-ci à l'information.

de cet intérêt étant spécifique au cadre communautaire, cette exception ne se retrouve pas dans la Directive européenne. Le code de conduite prévoit précisément la protection du secret, qu'elle soit demandée par la personne physique ou morale ayant fourni l'information, ou qu'elle soit requise par la législation de l'Etat membre qui a fourni l'information. L'accès n'est donc pas autorisé lorsque la personne qui a fourni le document attend de l'institution concernée qu'elle ne le divulgue pas ou lorsque le secret est requis par le droit de l'Etat membre qui a procuré les documents. Dans de tels cas, l'institution concernée devra inviter la personne qui a formulé une demande d'accès à l'information à s'adresser directement à l'auteur du document. La Directive 90/313/CEE envisage expressément le refus dans l'hypothèse de «données fournies par un tiers sans qu'il y soit juridiquement tenu». La difficulté, comme nous l'avons vu précédemment, réside dans le fait de savoir si le tiers fournissant l'information a agi volontairement ou bien en vertu d'une obligation légale. Il peut être difficile de différencier dans un même document les informations fournies volontairement des autres.

Le code de conduite ne formule pas une obligation de refus, concernant la protection de l'intérêt de l'institution relative au secret de ses délibérations, mais une possibilité de refus de la part de l'institution concernée. En effet, le code indique que les institutions «peuvent (...) refuser pour assurer la protection de l'intérêt de l'institution relative au secret de ses délibérations». Cette exception se différencie des précédentes, qui, elles, obligent à refuser l'accès aux documents. Cette distinction est nécessaire pour garantir l'accès à certaines délibérations allant vers une transparence accrue et nécessaire du processus de décision. Cette disposition permet en effet de refuser la divulgation de documents comme les comptes rendus de réunions internes, les rapports de mission, les notes d'information et de réflexion, les avis de services, c'est-à-dire les documents qui sont susceptibles de compromettre le caractère confidentiel des réflexions des institutions. Au contraire, lorsque le Conseil agit en tant que législateur, la règle consiste en la présomption du caractère confidentiel des procès-verbaux et des déclarations. À cet effet, pour garantir la transparence, un code de conduite concernant la publicité des procès-verbaux et des déclarations aux procès-verbaux du Conseil agissant comme législateur a été adopté lors de la session «affaires générales» du 2 octobre 1995<sup>1</sup>.

La Directive, dans son article 3, a également prévu la possibilité d'opposer un refus quand la demande a trait «au caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques».

---

<sup>1</sup> Communication à la presse du Conseil de l'Union, 1871<sup>e</sup> session, n° 10204/95. Voir *Rev. Europe*, nov. 1995, n° 374.

Enfin, la Directive (article 3, paragraphe 4), comme le code de conduite, prévoit l'obligation de motiver le refus de communiquer l'information demandée.

L'ensemble des éléments comparatifs qui vient d'être évoqué montre que le code de conduite et la Directive 90/313/CEE présentent des similitudes notables concernant le régime des exceptions au droit d'accès à l'information. Toutefois, certaines différences entre le régime prévu par la Directive et le code de conduite existent. Le code de conduite ne prévoit pas une exception spécifique au domaine de l'environnement alors que la Directive envisage la possibilité d'opposer un refus à une demande d'information lorsque celle-ci a trait «aux données dont la divulgation aurait plutôt pour effet de porter atteinte à l'environnement auquel elles se réfèrent». Cette exception a comme fonction de protéger l'environnement auquel se rapportent les informations, telles que la localisation d'espèces rares. Enfin, la Directive envisage l'obligation pour l'autorité publique de procéder à une communication partielle de l'information (article 3 alinéa 2) lorsqu'il est possible de retirer les mentions qui ont trait à des intérêts protégés par les exceptions prévues ci-devant. Le dispositif d'une communication partielle de l'information n'est pas expressément envisagé par le code de conduite. Le fait de ne pas prévoir la possibilité d'une communication partielle d'un document revient à refuser le droit d'accès du public à des documents qui normalement devraient entrer dans le champ d'application du droit à l'information<sup>1</sup>. C'est le juge communautaire qui a consacré le principe d'un droit d'accès partiel aux documents dans l'affaire Hautala<sup>2</sup> en 1998. L'article 3, paragraphe 3 de la Directive 90/313/CEE se différencie du Code de conduite en envisageant la possibilité pour l'autorité publique de fonder son refus sur des raisons formelles. Les quatre cas pour lesquels une demande d'information peut être rejetée sont les suivants : quand il s'agit «(...) de données ou de documents inachevés, ou de communications internes, ou lorsque» la demande d'information est «manifestement abusive ou est formulée d'une manière trop générale». De tels cas de refus fondés sur des raisons formelles ne sont pas prévus dans le code de conduite. Il apparaît essentiel de comparer les modalités d'accès à l'information dans la Directive et dans le code de conduite.

---

1 Le principe d'accès partiel est désormais reconnu par le Règlement 1049/2001/CE qui, dans son article 4 (consacré aux exceptions) alinéa 6, prévoit spécifiquement que «si une partie seulement du document demandé est concernée par une ou plusieurs des exceptions susvisées, les autres parties du document sont divulguées».

2 TPI 19 juillet 1999, Heidi Hautala contre Conseil, T-14/98, Rec. p. II- 2489.

## **C Les modalités d'accès à l'information dans le code de conduite et dans la Directive 90/313/CEE**

La Directive<sup>1</sup> précise que les États membres doivent définir les modalités selon lesquelles l'information sera effectivement rendue disponible. Parmi les principes énoncés, il y a la possibilité pour les États de subordonner la communication de l'information au paiement d'une redevance (article 5) et l'obligation de respecter un délai de réponse dans le traitement des demandes d'accès. Le code de conduite prévoit aussi un délai de réponse et la possibilité de soumettre à des frais les demandeurs de l'accès à l'information.

Tout d'abord, le délai de réponse à une demande d'accès à l'information prévu par la Directive oblige l'autorité publique de répondre à l'intéressé dans «les meilleurs délais» et «au plus tard dans les deux mois»<sup>2</sup>. L'expression «les meilleurs délais» garantit surtout à l'autorité de décider librement quand répondre et le terme de «deux mois au plus tard» est très long<sup>3</sup>. Sur ce point, le code de conduite fixe un délai d'un mois, délai de réponse qui est plus favorable que celui de la Directive 90/313/CEE.

Concernant les frais d'accès à l'information, la Directive<sup>1</sup> donne aux États membres la possibilité de soumettre au paiement d'une redevance la communication de l'information, mais elle spécifie aussi que la redevance ne doit pas excéder un montant raisonnable. De la même façon, le code de conduite prévoit la possibilité de subordonner la délivrance de copie de documents à des frais à la charge du demandeur, tout en spécifiant que le montant de ces frais ne doit pas excéder le raisonnable. Il faut préciser que le code de conduite précise davantage que la Directive les modalités pratiques d'accès à l'information, dans le cadre de ses dispositions se rapportant d'une part au traitement des demandes initiales d'accès à l'information et d'autre part au traitement des demandes confirmatives.

Concernant les demandes initiales, le code de conduite spécifie que la consultation des documents s'exerce soit sur place soit par la délivrance d'une copie. En revanche, la Directive laisse une liberté totale aux États dans la définition des modalités. Le code de conduite prévoit

---

1 Dans son article 3, paragraphe 1.

2 Fait l'objet de l'article 3, paragraphe 4 Directive 90/313/CEE.

3 La nouvelle Directive (2003/4/CE) réduit en conformité avec les dispositions de la Convention d'Århus le délai de réponse. Désormais, les informations environnementales sont mises à la disposition du demandeur (article 3, paragraphe 2 point a). «dès que possible ou, au plus tard, dans le mois qui suit la réception de la demande par l'autorité publique (...)». Et il est précisé au point b) que ce délai peut être prolongé et la réponse doit intervenir «dans les deux mois qui suivent la réception de la demande par l'autorité publique, lorsque le volume et la complexité sont tels que le délai d'un mois (...) ne peut être respecté».

aussi une demande confirmative qui consiste en la faculté d'adresser à l'institution concernée une demande tendant à lui faire réviser sa décision de refus d'accès à l'information. Le particulier dispose d'un mois à compter de la décision de refus de l'institution, pour formuler une telle demande de révision et l'institution visée dispose également d'un mois pour confirmer sa décision initiale de refus. L'ensemble de ces exigences est défini par le code de conduite dans son article intitulé «Traitement des demandes confirmatives». Cette disposition qui ne figure pas dans la Directive est certainement une garantie supplémentaire pour garantir au demandeur l'accès aux documents, mais elle tend aussi à prolonger considérablement la procédure d'accès : du début de la demande à la réponse confirmative du refus, trois mois peuvent s'écouler avant lesquels il n'est pas possible de présenter un recours juridictionnel ou une plainte auprès du Médiateur.

Au niveau du droit de recours, la Directive et le code de conduite envisagent tous deux les voies de recours possibles, dans l'hypothèse où un particulier se voyant opposer un refus à une demande d'accès à l'information estime que la décision de refus de l'autorité publique ou de l'institution concernée n'est pas suffisante. L'article 4 de la Directive reconnaît un droit de recours judiciaire ou administratif, conformément à l'ordre juridique national en la matière, à toute personne qui considère que sa demande d'information a été abusivement rejetée ou négligée, ou qu'elle n'a pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'autorité publique. Dans le cas où la personne considérerait que la décision de refus de l'institution concernée n'est pas satisfaisante, il découle du code de conduite qu'elle dispose des deux voies de recours suivantes : le recours en annulation de la décision de refus de l'institution visée<sup>2</sup>, ou le dépôt d'une plainte auprès du Médiateur européen<sup>3</sup>. Le code de conduite impose à l'institution concernée de rappeler aux particuliers, dans sa décision de refus d'accès à l'information, ces deux voies de recours.

Pour ce qui est de la formulation de la demande, la Directive ne contient aucune précision. Ainsi, si les États le veulent, ils pourront aussi permettre les demandes informelles (orales), alors que le code de conduite pose par exemple des exigences précises relatives à la présentation de la demande d'accès à l'information en précisant que celle-ci «devra être écrite et formulée de façon suffisamment précise, et qu'elle devra contenir notamment les éléments permettant d'identifier le ou les documents visés».

---

1 Article 5 Directive 90/3131/CEE.

2 Dans les conditions prévues à l'article 230 TCE (ex-article 173).

3 Dans les conditions fixées à l'article 195 TCE (ex-article 138 E).

La Directive<sup>1</sup> demande aux États membres de fournir au public des informations générales sur l'état de l'environnement. Cette information peut être par exemple la publication périodique de rapports descriptifs. Cette disposition de la Directive est spécifique au domaine de l'environnement et ne trouve pas son équivalent dans le dispositif général d'accès aux documents défini par le code de conduite. Néanmoins, au niveau communautaire, l'Agence européenne de l'environnement<sup>2</sup> dont le siège est à Copenhague, assume, entre autres, la tâche de fournir des informations actives sur l'état de l'environnement. L'une des fonctions de cette agence consiste à «enregistrer, collectionner et évaluer les données sur l'état de l'environnement, rédiger des rapports d'expertise sur la qualité et la sensibilité de l'environnement...». L'agence fournit les informations sur l'environnement à la Communauté et aux États membres en coopération avec le réseau européen d'information et d'observation sur l'environnement. L'Agence européenne pour l'environnement dispose en vertu de l'article premier du règlement d'une mission d'information de grande envergure. Son objectif est de «fournir à la Communauté et aux États membres : des informations objectives, fiables et comparables au niveau européen qui leur permettent de prendre les mesures nécessaires pour protéger l'environnement, d'évaluer leur mise en œuvre et d'assurer la bonne information du public sur l'état de l'environnement ; à cette fin, le support technique et scientifique est nécessaire». Le recueil de l'information occupe donc une place centrale parmi les activités de l'Agence. L'article 6 du Règlement indique que les données environnementales fournies à l'agence ou communiquées par elle «peuvent être publiées et sont rendues accessibles au public, sous réserve du respect des règles de la Commission et des États membres relatives à la diffusion de l'information, notamment en ce qui concerne son caractère confidentiel». Etant donné que les mesures d'accès divergent entre les États membres et la Commission, l'accès pourra poser des problèmes selon les textes appliqués.

---

1 Article 7

2 Règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'Agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JOCE L 120, 11/05/1990 ; modifié par le Règlement (CE) n° 933/1999 du Conseil du 29 avril 1999, JOCE L 117, 05/05/1999.

## **§2 La compatibilité du Règlement 1049/2001/CE avec la Directive 90/313/CE**

Le Règlement (CE) n° 1049/2001/CE relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission met en œuvre l'article 255 TCE. Il ne modifie que peu les dispositions existantes du droit d'accès à l'information du code de conduite relatif au droit d'accès aux documents. Cela dit, le champ d'application se trouve élargi (A) et la mise en œuvre modifiée permet un accès plus rapide (B). Cependant les limites à l'accès à l'information sont plus importantes (C).

### **A Le champ d'application élargi**

Concernant les bénéficiaires du droit d'accès, le Règlement garantit à tout citoyen de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre le bénéfice de ce droit qui, sous certaines conditions, pourra être élargi à toute personne physique ou morale non domiciliée ou n'ayant pas son siège dans un État membre. Ainsi la Commission permet aux citoyens de pays tiers n'ayant pas leur résidence dans un des États membres ainsi qu'aux personnes morales n'ayant pas leur résidence dans un État membre de bénéficier du droit d'accès aux documents de la Commission<sup>1</sup>. Au contraire, le champ d'application institutionnel reste limité aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Cette mesure est plus restrictive que celles prévues par les Directives européennes qui s'appliquent à toutes les administrations publiques, y compris les organes consultatifs publics, au niveau régional ou local. La cohérence et l'égalité de traitement des citoyens exigeraient que le Règlement communautaire fasse partie intégrante de la législation communautaire et que les principes généraux et les limites ainsi définis soient appliqués à l'ensemble de l'administration communautaire. D'autres institutions et organes

---

<sup>1</sup> La décision de la Commission du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur JO n° L 345 du 29/12/2001 p. 94-98 par son article 1° consacré aux bénéficiaires permet aux citoyens de pays tiers n'ayant pas leur résidence dans un des États membres ainsi qu'aux personnes morales n'ayant pas leur résidence dans un État membre de bénéficier du droit d'accès aux documents de la Commission aux mêmes conditions que les bénéficiaires visés à l'article 255, paragraphe 1, du Traité. Toutefois, en vertu de l'article 195, paragraphe 1 du Traité, ces personnes n'auront pas la faculté de présenter une plainte auprès du Médiateur européen. En revanche, ils disposent de la possibilité, en cas de refus total ou partiel, après une demande confirmative,

communautaires devront donc également garantir un tel accès, dans l'intérêt d'une bonne administration, comme l'a déclaré la Cour de justice<sup>1</sup>.

Le Règlement couvre tous les documents détenus par les trois institutions, établis par elles ou émanant de tiers mais en leur possession. La modification est importante : cette définition représente un grand pas en avant par rapport au système précédent qui ne couvrait que les documents produits par les institutions. Toutefois, il est entendu que l'accès à un document émanant d'un tiers n'est pas accordé si ce document est couvert par une des exceptions prévues par l'article 4 et que, s'il existe un doute, l'institution consultera préalablement le tiers auteur du document. Selon la nouvelle Directive, il faut entendre par «information détenue par une autorité publique» l'information environnementale qui est en la possession de cette autorité et qui a été reçue ou établie par elle. La Directive 90/313/CEE vise toute information disponible: celles qui émanent d'un tiers sont donc également couvertes par l'accès. Le Règlement 1049/2001/CE entend par «document» tout contenu quel que soit son support (sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audio-visuel), et est donc conforme aux prescriptions de la Directive 90/313/CEE. La possibilité d'un accès partiel à l'information, prévue par la Directive 90/313/CEE, est désormais garantie par le Règlement<sup>2</sup>. Les institutions sont ainsi obligées d'autoriser l'accès à certaines parties d'un document dont d'autres parties ont pu être masquées parce qu'elles sont couvertes par l'une des exceptions au droit d'accès prévues par le Règlement<sup>3</sup>.

## **B La mise en œuvre du droit d'accès à l'information modifié, permettant un accès à l'information plus rapide**

Le Règlement n° 1049 réduit d'une façon importante le temps de réponse : en effet, les demandes d'accès doivent être traitées avec promptitude. Dans un délai de quinze jours ouvrables à partir de l'enregistrement de la demande, l'institution soit octroie l'accès au document demandé soit communique au demandeur, par une réponse écrite, les motifs de son refus total ou partiel. Dans ce dernier cas, le demandeur a le droit de présenter une demande confirmative. La Directive communautaire 90/313/CEE stipule que l'autorité répond à

---

d'introduire un recours devant le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, conformément aux dispositions de l'article 230, quatrième alinéa du Traité CE.

1 Justice dans l'affaire C-58/94 : Royaume des Pays-bas c/Conseil.

2 Article 4, paragraphe 6 Règlement n° 1049/2001/CE.

3 Article 4, paragraphe 6 Règlement n° 1049/2001/CE.



l'intéressé dans les meilleurs délais, tout en laissant cependant la possibilité de répondre dans les deux mois. Ce délai a été réduit dans la nouvelle Directive : les informations environnementales doivent être mises à la disposition du demandeur «dès que possible ou, au plus tard, dans le mois qui suit la réception de la demande par l'autorité».

Néanmoins, le Règlement impose que les demandes d'accès soient écrites alors que la Directive n'oblige pas à présenter une demande écrite d'accès. Une demande formulée oralement doit donc également être prise en considération. Les demandes d'accès peuvent être formulées dans l'une des langues énumérées par l'article 314 TCE (ex-article 248) la Directive ne précise pas dans quelle langue la demande d'accès doit être formulée, cependant dans les États membres, les demandes doivent être formulées uniquement dans la (les) langue(s) officielle(s)<sup>1</sup>.

La Directive 90/313/CEE avait principalement pour objet «la fourniture passive» d'informations, c'est-à-dire la divulgation d'informations par une autorité publique uniquement sur demande. Mais l'article 7 contenait une disposition relevant de la «fourniture active» d'informations, autrement dit, les États membres ont obligation de fournir au public des informations générales sur l'état de l'environnement à travers des publications périodiques et des rapports descriptifs.

La nouvelle Directive donne un élan à la diffusion active d'informations et oblige désormais les États membres à diffuser systématiquement des informations concernant différentes catégories d'informations<sup>2</sup>. Cette diffusion devrait être réalisée à travers l'utilisation des réseaux de télécommunications informatiques tels qu'internet. On peut imaginer qu'en rendant l'information accessible par ces moyens, on devrait observer une diminution des demandes d'information. Au niveau communautaire, le Règlement 1049/2001/CE<sup>3</sup> prévoit que chaque institution prenne les mesures nécessaires pour rendre accessible par voie électronique un registre de documents. Plus de 34 000 documents sont référencés dans le registre de la Commission. Il s'agit donc, d'une certaine façon, d'une information active. L'article 13 du Règlement participe à la diffusion active d'informations en spécifiant les différents documents qui sont publiés au Journal officiel<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Le Règlement 1049/2001/CE en son article 6, paragraphe 1 précise que les demandes doivent être formulées «sous forme écrite, y compris par des moyens électroniques, dans l'une des langues énumérées à l'article 314 du Traité CE». Dans les États membres il existe des cas particuliers comme l'Italie où, dans la Région du Trentin-Haut Adige/ Sud Tyrol et dans la province autonome de Bolzano, l'allemand et l'Italien sont utilisés de manière similaire dans l'administration publique comme langues officielles.

<sup>2</sup> Voir article 7, paragraphe 2 Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil.

<sup>3</sup> Article 11.

<sup>4</sup> Article 13 Règlement 1049/2001/CE, J O C E n° L 145, p. 47.

## C Les exceptions au droit d'accès

Comme le code de conduite le prévoyait déjà, le nouveau Règlement autorise l'accès aux documents demandés, sauf si cette divulgation est de nature à porter atteinte à certains intérêts spécifiques, qui sont mentionnés dans l'article 4 du Règlement. Par rapport au régime d'exception prévu par le code de conduite du Conseil et de la Commission, le libellé des exceptions a été précisé sans introduire de modifications importantes. Si ces dispositions correspondent à celles de la Directive 90/313/CEE, il existe des différences. En effet, selon le Règlement, seuls les documents qualifiés de sensibles<sup>1</sup> (tout document classifié comme : «très secret/top secret», «secret» ou «confidentiel») feront l'objet d'un traitement particulier et indépendant si ces documents émanent des institutions ou de leurs agences, des États membres, de pays tiers ou d'organisations internationales<sup>2</sup>. Ni la Directive 90/313/CEE ni la nouvelle Directive 2003/4/CE ne prévoient de qualifier les documents exclus de l'accès dans les catégories secret, top secret, secret ou confidentiel: elles laissent aux États membres la possibilité d'élaborer un catalogue de critères, accessibles au public, permettant à l'autorité concernée de statuer sur la suite à donner à une demande<sup>3</sup>.

L'évolution du droit communautaire dans le domaine du droit d'accès à l'information en matière d'environnement se caractérise par le remplacement de la Directive 90/313/CEE par une nouvelle Directive 2003/4/CE. Cette évolution est comparable à celle réalisée au niveau des institutions communautaires qui sont passés d'un code de conduite à l'adoption du Règlement 1049/2001/CE. Ces changements soulignent la dynamique actuelle qui existe dans le domaine du droit d'accès à l'information, que ce soit dans le domaine de l'environnement ou dans celui plus général de l'accès à l'information des documents administratifs. Au niveau des États membres une étude récente<sup>4</sup> souligne que la Directive 90/313/CEE a été dans l'ensemble correctement transposée dans les États membres et que le bilan de son application

---

1 Selon la définition de l'article 9, paragraphe 1.

2 Pierre-Alexis FERAL, "L'accès du public aux documents des institutions communautaires : La consécration d'un droit fondamental de l'Union Européenne", *Europe*, juillet 2001, p.5.

3 Article 4, paragraphe 3 Directive 2003/4/CE.

4 Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'expérience acquise dans l'application de la Directive du Conseil 90/313/CEE du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, COM (2000) 400 final.

y est globalement positif<sup>1</sup>, même si la liberté laissée aux États membres dans la mise en œuvre de la Directive a abouti à des différences importantes entre les divers systèmes juridiques. Cela dit, bien avant la Directive du 7 juin 1990, il existait dans certains pays, comme le Danemark<sup>2</sup>, la Finlande<sup>3</sup>, la France, les Pays-Bas<sup>4</sup> et la Suède<sup>5</sup>, une réglementation garantissant un droit d'accès à l'information, de portée générale, qui s'appliquait aux informations environnementales mais pas uniquement à elles. Mais des différences importantes existent entre les différents États. Le cas du Danemark est significatif puisqu'une nouvelle loi sur la liberté d'accès à l'information a été adoptée en 1994 pour se conformer aux dispositions de la Directive communautaire. La loi de 1985 s'appliquait uniquement aux autorités publiques et à certaines compagnies d'approvisionnement énergétique. En Finlande, au contraire, il n'a pas été nécessaire de modifier la loi de 1951, car elle garantissait l'accès à tous les documents officiels et aux registres techniques de l'administration publique: cette loi était donc conforme aux dispositions de la Directive 90/313/CEE. Par conséquent il apparaît essentiel d'examiner plus en détail les effets produits par le droit communautaire d'accès à l'information relative à l'environnement sur le droit français, allemand et italien.

---

<sup>1</sup> Voir M. Bothe, M. Prieur, «Bilan de la mise en œuvre de la Directive 90/313/CEE du 7 juin 1990» in *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les pays de l'Union Européenne*. M. Prieur (ed.) RULM, Limoges, 1997, pp. 343 et ss.

<sup>2</sup> Les principales exigences de la directive étaient déjà satisfaites par la loi de 1985 sur la liberté d'accès à l'information dans l'administration : La Loi nr. 572 af 19/12/1985, Lovtidende A (ci-après "loi de 1985") est un texte de portée générale s'appliquant à toutes les informations détenues par les administrations publiques, y compris les données environnementales. Toutefois, la transposition complète de la directive nécessitait quelques dispositions complémentaires et une nouvelle loi sur la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement a été adoptée en 1994.

<sup>3</sup> La directive a été transposée principalement par la loi 85/1951 sur la publicité des documents officiels (*Laki yleisten asiakirjain julkisuudesta (83/51)*) (ci-après "loi sur les documents officiels") et par la loi 598/1982 sur les procédures (Hallintomenettelylaki (598/82)) administratives. Ces textes, déjà en vigueur au moment de l'adhésion de la Finlande à l'Union, instituent un système général d'accès du public à l'information, et n'ont pas été modifiés spécialement en relation avec la directive.

<sup>4</sup> *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen* du 01/05/1975, Staatsblad nummer 284 van 17/06/1975 bladzijde.

<sup>5</sup> La loi de 1949 sur la liberté de la presse et la liberté de l'information (ci-après "loi de 1949") s'applique aux documents publics en général, et a été considérée comme englobant le champ d'application de la directive.

## **CHAPITRE II L'accès à l'information environnementale dans les États membres, l'exemple français, allemand et italien**

L'entrée en vigueur de la Directive a nécessité un certain nombre de mesures de transposition, car le droit d'accès à l'information garanti dans les États membres n'était souvent pas assez précis, et les dispositions nationales n'étaient pas compatibles avec les exigences de la directive. La comparaison entre les dispositions nationales limitées dans notre étude à la France, l'Allemagne et l'Italie, avec les dispositions de la directive 90/313/ conduit à vérifier la transposition de la Directive 90/313/CEE en droit français (section I), et en droit allemand et italien (section II). Cela dit, l'examen des différents droits nationaux tiendra compte de l'évolution dans les États membres d'un droit à l'environnement et plus particulièrement la partie concernant l'accès à l'information avant l'entrée en vigueur de la directive 90/313/CEE.

### **SECTION I La transposition de la Directive communautaire 90/313/CEE en droit français**

Tout d'abord il convient tenir compte de la prise de conscience progressive des enjeux liés à l'environnement en France et de son évolution (§1) avant d'examiner la transposition de la directive en droit français (§2) qui permet de démontrer le rôle d'harmonisateur du droit communautaire dans le domaine de l'accès à l'information.

## **§1 La prise de conscience progressive des enjeux liés à l'environnement en France et son évolution**

Il convient d'abord d'analyser la prise en compte de l'information relative à l'environnement dans le droit français (A) avant de constater que le droit de l'environnement et donc aussi le droit à l'information relative à l'environnement est sur la voie d'une reconnaissance constitutionnelle (B).

### **A La prise en compte de l'information relative à l'environnement dans le droit français**

La prise de conscience progressive des enjeux liés à l'environnement s'est traduite par la création du Ministère de l'environnement en 1971, suivie par un ensemble de textes<sup>1</sup>. Parmi eux, deux textes ont une importance particulière pour la protection de l'environnement: la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature<sup>2</sup> et la loi n° 95-101 du 12 février 1995 relative au renforcement de la protection de la nature dite « loi Barnier »<sup>3</sup>: cette dernière a créé une nouvelle consultation du public pour les grandes opérations d'intérêt national en consacrant le principe de participation, mais qui est limité en fait au seul droit d'accès aux informations relatives à l'environnement<sup>4</sup>. Cela dit, dans le droit français,

---

1 Le législateur est ainsi intervenu dans des domaines particuliers : à titre d'exemple, les installations classées (loi n° 76-663 du 19 juillet 1976), la montagne (loi n° 85-30 du 9 janvier 1985), le littoral (loi n° 86-2 du 3 janvier 1986), les pollutions marines (notamment par les deux lois du 7 juillet 1976, celle du 26 mai 1977 et deux lois du 5 juillet 1983), les économies d'énergie (loi n° 80-531 du 15 juillet 1980), la chasse (lois n° 64-696 du 10 juillet 1964, dite « loi Verdeille », et n° 2000-698 du 26 juillet 2000), la pêche (loi n° 84-512 du 29 juin 1984), l'eau (lois n° 64-1245 du 16 décembre 1964 et n° 92-3 du 3 janvier 1992), le bruit (loi n° 92-1444 du 31 décembre 1992), les risques technologiques et naturels (loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003). Rapport Assemblée nationale n°1595, mai 2004. Ordonnance adoptée sur le fondement de la loi d'habilitation n° 99-1071 du 16 décembre 1999.

2 La loi affirme dans son article premier que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ».

3 La loi «Barnier» énonce quatre principes appelés à inspirer la protection et la mise en valeur de l'environnement : principe de précaution, principe d'action préventive et de correction, principe pollueur-payeur, et principe de participation.

4 Cette limite a été levée par l'article 132 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement (4° du II) a ainsi été complété : « Le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du

l'information du public en matière d'environnement se rattache au principe général de la liberté d'accès aux documents administratifs reconnue depuis par la loi du 17 juillet 1978, précitée, modifiée par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

À côté de ce droit d'accès général à l'information, il existait un droit à l'information en matière d'environnement, dispersé dans des législations spécifiques de sorte qu'il existait des différences entre le droit d'accès à l'information garanti par ces textes et le droit d'accès garanti par la loi n° 753 du 17 juillet 1978. L'ensemble de ces textes a été modifié ou abrogé<sup>1</sup>. Le processus de codification de la partie législative du droit de l'environnement a abouti à l'adoption du Code de l'environnement par l'ordonnance du 18 septembre 2003 ratifiée par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

Le Code de l'environnement<sup>1</sup> regroupe l'ensemble des textes nationaux de valeur législative en matière d'environnement. L'article L 110-1-I, énonce un principe fondamental : «Les espaces, ressources, milieux, sites, paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, mise en valeur et remise en état sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable». Et l'article L 110-1-II, paragraphe 4 énonce «le principe de participation, selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une

---

territoire ». Il reste d'usage d'englober sous le principe de participation l'ensemble des procédures qui concourent à cette participation, des droits d'information au droit de participation proprement dit. Voir sur ce sujet, Rapport Sénat, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement , n° 352 (2003-2004), 16 juin 2004.

<sup>1</sup> Parmi lesquelles la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, qui garantit un accès à l'information en rendant public le contenu des études d'impact ; la loi n°83-630, du 12 juillet 1983, relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement ; l'article 21 de la loi du 22 juillet 1987 relatif à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs qui reconnaît aux citoyens un droit à l'information sur les risques technologiques et naturels auxquels ils sont exposés; l' article 3 de la loi 15 juillet 1975, introduit par la loi du 30 décembre 1988, qui reconnaît le droit de toute personne d'être informée sur les effets préjudiciables pour la santé de l'homme et de l'environnement, du ramassage, du transport, du traitement, du stockage et du dépôt des déchets ainsi que sur les mesures prises pour prévenir ou compenser ces effets ; la loi n° 95-101, du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, loi dite Barnier, qui, parmi ses objectifs, affirme le principe selon lequel : «(...) chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement (...)». L'ensemble des articles concernant l'accès à l'information et la loi n° 83-630 ont été abrogés par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 art 5 I JORF 21 septembre 2000.

La législation spécifique concernant l'environnement visait plutôt uniquement le citoyen comme dans le cas de la loi Barnier ( article 2 de la loi n° 95-101, 2 février 1995) ou la loi concernant les déchets (article 21 de la loi du 22 juillet 1987) ; d'ailleurs ces articles ont été abrogés par l'ordonnance N° 2000-914, du 18/09/2000 JORF 21 septembre 2000.

incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire». À cet égard, le «droit de chacun à un environnement sain»<sup>2</sup> et le «droit reconnu à chacun de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé» font partie des textes garantissant la protection de l'environnement<sup>3</sup>. Le droit à l'information en matière d'environnement est une des réponses possibles à un degré élevé de protection de l'environnement et participe ainsi à la réalisation des principes énoncés par le Code de l'environnement. Le nouveau chapitre IV du Code de l'environnement est consacré à la «liberté d'accès à l'information relative à l'environnement»<sup>4</sup>. Or, le droit de l'environnement est depuis quelques années en constant changement au niveau national, influencé par l'évolution internationale et communautaire de ce domaine. Le citoyen se voit attribuer des droits de plus en plus importants qui font de lui un acteur, comme c'est le cas dans l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001, précitée, relative à la transposition de directives communautaires et à la mise en œuvre de certaines dispositions du droit communautaire dans le domaine de l'environnement, dans la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, et dans la loi n° 2002 du 28 février 2002, autorisant l'approbation de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>5</sup>. Le juge administratif français participe aussi indirectement à cette évolution, en ayant récemment considéré que le droit d'accès aux documents administratifs était une des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques au vu de l'article 34 de la Constitution de 1958<sup>6</sup>.

Ainsi, le droit d'accès à l'information en matière d'environnement doit être considéré comme une liberté publique<sup>7</sup>. Cette interprétation suit finalement la tendance actuelle de reconnaissance internationale des grands principes liés à la protection de l'environnement<sup>8</sup> qui consacrent le droit à l'environnement comme une liberté publique. La Convention

---

<sup>1</sup> Le Code a été adopté par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 ; cf. Jean Claude Hélin, «Le droit à l'information et la participation du public dans le code de l'environnement», *Dr. envir.*, n° 85, p. 20.

<sup>2</sup> Art. 1er- II de la loi n° 95-101 du 2 février 1995, art L 200-2 Code rural.

<sup>3</sup> Art. 1er de la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, *JO* du 1er janvier 1997.

<sup>4</sup> Chapitre IV du titre II du livre Ier, art. L 124-1.

<sup>5</sup> *JO* 1er mars 2002, p. 3904.

<sup>6</sup> CE du 29 avril 2002 *M. Ullmann*, n° 228830, *AJDA* 2002, p. 691, note Phillippe, *Dr. adm.* 2002, n° 100, note D.P.

<sup>7</sup> Voir dans ce sens F. Jamay, *Le droit à l'information, un principe général du droit de l'environnement*, thèse, Paris I, 1998. F. Jamay, *Droit à l'information, Juris, Cl. Envir.*, fasc. 130.

<sup>8</sup> Cf. Laurent FONBAUSTIER, «Environnement et pacte écologique – Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à »» in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15/2003.

d'Århus reconnaît explicitement dans son préambule un «droit de l'homme à l'environnement», il s'agit donc d'un droit fondamental. Sous l'influence de la Convention d'Århus et de la nouvelle Directive 4/2003/CE (Directive du 28 janvier 2003), le droit à l'information en matière d'environnement devrait être consacré comme principe constitutionnel par son insertion dans la Charte française de l'environnement<sup>1</sup>.

## **B Le droit à l'information sur la voie d'une reconnaissance constitutionnelle**

Plusieurs pays membres de l'Union européenne reconnaissent déjà un droit à l'environnement au niveau constitutionnel<sup>2</sup>. La France, grâce au projet de loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement, est en voie de consacrer comme principe constitutionnel le droit de chacun à «vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé», mais aussi le «droit d'accès aux informations relatives à l'environnement»<sup>3</sup>. La Charte de l'environnement ne «crée pas de nouveaux principes, elle s'appuie pour l'essentiel sur un *corpus* juridique déjà mis en oeuvre à l'échelle internationale et nationale auquel elle confère une valeur constitutionnelle»<sup>4</sup>. Si cette Charte devient définitive, elle sera adossée à la Constitution<sup>5</sup>. L'article premier de la Charte reconnaît un « droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et a pour pendant l'article 2 qui fixe à toute personne le « devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Ces deux articles posent ainsi un droit et un devoir à caractère très général dont procèdent les autres dispositions de la Charte, parmi lesquels se trouve le droit «de toute personne (...) dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations

---

<sup>1</sup> Voir notamment, B. Drobenko, "La convention d'Århus et le droit français", *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial, p. 31. M. Prieur, "La Convention d'Århus, instrument universel de la démocratie environnementale", *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial, p. 9.

<sup>2</sup> Il en est ainsi en Espagne (art. 45 de la Constitution): « Chacun a le droit de jouir d'un environnement approprié pour le développement de la personne et le devoir de le préserver » ; en Grèce (art. 24 de la Constitution) :« La protection de l'environnement naturel et culturel constitue une obligation de l'Etat» et article 9 de la Constitution du Portugal : d) « augmenter le bien-être et la qualité de vie du peuple, promouvoir l'égalité réelle entre les Portugais et l'exercice effectif des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux par la transformation et la modernisation des structures économiques et sociales». En revanche, la loi fondamentale allemande et la Constitution italienne ne mentionnent pas expressément l'environnement parmi les droits fondamentaux.

<sup>3</sup> Projet de loi constitutionnelle n° 102 adopté le 24 juin 2004 par le Sénat et par l'Assemblée nationale (texte n° 301) le 01/06/2004, en termes identiques . Ce projet ne deviendra définitif, conformément à l'article 89 de la Constitution, qu'après avoir été approuvé par référendum ou par le Parlement réuni en Congrès.

<sup>4</sup> Rapport Sénat, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, n° 352 (2003-2004, 16 juin 2004, p. 22.

<sup>5</sup> Voir sur ce sujet, M. PRIEUR, «L'environnement entre dans la constitution», *Dr. envir.* 2003, n° 106, p. 38.



relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques (...)»<sup>1</sup>. Le droit d'accès à l'information se trouverait ainsi reconnu au niveau constitutionnel français pour la première fois. La question se pose naturellement sur la valeur juridique de la Charte, et sur la portée des dispositions qu'elle comporte. La valeur juridique de la Charte ne soulève pas d'équivoque : par son mode d'adoption sous la forme d'une loi constitutionnelle et par la référence introduite dans le préambule de la Constitution aux « *droits et devoirs* » de la Charte (article 1er du projet de loi constitutionnelle), la Charte dans son ensemble (le préambule et les articles) aura valeur constitutionnelle<sup>2</sup>. L'évaluation de la portée d'une disposition constitutionnelle dépend, comme en témoigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de la prise en compte combinée de plusieurs critères : le caractère normatif de la disposition en cause, son degré de précision et, enfin, la référence éventuelle à l'intervention du législateur. L'article 7 de la Charte renvoie explicitement à la loi et n'est donc pas automatiquement applicable. Toute notre attention doit donc se porter sur l'article L. 124-1 du Code de l'environnement, qui affirme que « l'accès à l'information relative à l'environnement détenue par les autorités publiques ayant des responsabilités en matière d'environnement s'exerce dans les conditions et selon les modalités définies au titre 1<sup>er</sup> de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 »<sup>3</sup>.

Par conséquent le droit français, à l'information en matière d'environnement se rattache au principe général de la liberté d'accès aux documents administratifs reconnue par la loi du 17 juillet 1978 et s'exerce seulement dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 qui la régleme.

## **§2 Une transposition incomplète de la Directive 90/313/CEE en droit français**

La nécessité de conformer le droit interne aux exigences communautaires a obligé la France à modifier sa législation en matière d'environnement avec l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001 précité<sup>1</sup>. Cette dernière a créé un nouveau chapitre IV dans le Code de l'environnement, consacré à la « liberté d'accès à l'information relative à l'environnement »

---

<sup>1</sup> Article 7 de la Charte de l'environnement.

<sup>2</sup> Cf. Yves JEGOUZOJ, « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15/2003.

<sup>3</sup> Art. 9 de l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001, JO du 14 avril 2001. Art. L 124-1 du Code de l'environnement.

(article L 124-1)<sup>2</sup>. tout en ajoutant de nouveaux éléments aux informations secrètes protégées par la loi du 17 juillet 1978<sup>3</sup>. Malgré cette transposition «tardive» (onze ans après l'entrée en vigueur de la directive 90/313/CEE), la législation française ne respecte toujours pas correctement les dispositions de la Directive communautaire 90/313/CEE<sup>4</sup>. Néanmoins, des différences persistent entre la législation communautaire et la législation française en matière d'accès à l'information. L'analyse<sup>5</sup> du droit français et de la directive permettent de constater que le droit français garantit un champ d'application matériel plus restreint (A), que les limites aux droit d'accès sont plus importantes dans la législation française (B) avant d'analyser la mise en œuvre du droit d'accès à l'information (C).

## **A Un champ d'application matériel plus restreint**

En ce qui concerne le champ d'application du droit d'accès à l'information, la directive ne bouleverse pas la loi du 17 juillet 1978. Il existe néanmoins certaines différences dans le champ d'application matériel qui est plus limité en droit français (1) et dans le champ d'application personnel (2).

### **1 Le champ d'application matériel plus limité**

La notion de la directive «*d'information relative à l'environnement*» a un sens plus large que celle de la loi du 17 juillet 1978 qui limite l'accès aux «documents administratifs» lié en droit français à la notion de service public<sup>6</sup>. Conformément au droit français, l'accès à l'information relative à l'environnement peut s'exercer uniquement si l'information se trouve dans un document et que ce document a un caractère administratif. Il

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001 art 9 II et III Journal officiel du 14 avril 2001.

<sup>2</sup> Chapitre IV du titre II du livre Ier, art. L 124-1.

<sup>3</sup> «L'autorité peut refuser de communiquer une information relative à l'environnement dont la consultation porterait atteinte :

1° A l'environnement auquel elle se rapporte ;

2° Aux intérêts d'un tiers qui à fourni l'information demandée sans y avoir été contraint par une disposition législative, réglementaire ou par un acte d'une autorité administrative, et qui ne consent pas à sa divulgation».

<sup>4</sup> Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la Directive 90/313/CEE du Conseil, JO L 41 du 14 février 2003.

<sup>5</sup> L'analyse tiendra compte des modifications qu'apportent la nouvelle Directive 2003/4/CE et la Convention d'Århus.

<sup>6</sup> Cf. *Rapport Sénat, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement*, n° 352 (2003-2004), 16 juin 2004.

faut ajouter à cela que le Conseil d'État exige que les documents soient liés à une activité de service public, qu'ils émanent de personnes publiques<sup>1</sup> ou de personnes de droit privé<sup>2</sup>.

Or, le législateur a considéré que les dispositions de la loi n° 78-753 satisfaisaient aux exigences de la directive et que donc l'adoption d'une législation spécifique pour transposer la Directive 90/313/CEE n'était pas nécessaire<sup>3</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes a estimé au contraire que la loi n° 78-753 n'a pas correctement transposé la directive du 7 juin 1990, en limitant notamment l'accès aux seules informations ayant un caractère de «document administratif»<sup>4</sup>. Selon la Directive<sup>5</sup>, toute information détenue par l'autorité publique est communicable, la définition ne comporte aucune indication de nature à permettre de restreindre la portée de la Directive aux seuls documents administratifs dans le sens de la loi du 17 juillet 1978<sup>6</sup>. Le juge communautaire a jugé que le domaine d'application de l'article 2, sous a) de la directive doit être regardé comme étant conçu de manière large. Ainsi sont visées «l'ensemble des informations qui portent sur l'état de l'environnement, soit sur les activités ou mesures de nature à affecter celui-ci, soit encore sur les activités ou mesures destinées à protéger l'environnement»<sup>7</sup>, sans pourtant se rattacher à une activité de service public ou être liées à l'exercice d'un tel service. La Cour s'est exprimée sur la même disposition dans le même sens, dans son arrêt Mecklenburg<sup>8</sup>; elle précise que le législateur communautaire s'est abstenu de donner une définition de la notion d'«information relative à l'environnement» susceptible d'exclure l'une des activités qu'exerce l'autorité. A cela il faut ajouter que l'article 2 sous a) de la directive précise que la notion d'information relative à l'environnement concerne aussi «les mesures administratives». Sa portée est donc automatiquement plus large que la définition de la loi du 17 juillet 1978 qui recouvrait uniquement les activités des autorités publiques.

Enfin, le fait d'énumérer une liste de documents considérés comme administratifs dans l'article premier de la loi du 17 juillet 1978 limite automatiquement le champ d'application de

---

<sup>1</sup> CE. sect. 26 juillet 1985, *Amadou*, Lebon p. 243 ; *AJDA* 1985, p. 742, note J. Moreau ; *D.* 1987, Jur. p. 50, note L.-V. Fernandez ; *RFDA* 1986, p. 179, concl. P.-A. Jeanneney.

<sup>2</sup> CE 24 janvier 1986, *Vinçot*, Lebon tables p. 536 ; *Rev. adm.* 1986, p. 141, obs. B. Pacteau.

<sup>3</sup> La transposition des directives laisse une marge de manœuvre aux autorités nationales pour transposer dans le droit interne les dispositions contenues dans celles-ci, mais certaines de ces dispositions sont impératives.

<sup>4</sup> CJCE, 26 juin 2003 Commission des Communautés européennes / République française n° C-233/00 Réc. 2003 I-6625.

<sup>5</sup> Articles 1 et 6.

<sup>6</sup> Cf. Bénédicte DELAUNAY, «De la loi du 17 juillet au droit à l'information en matière d'environnement», *AJDA*, 14 juillet 2003, n° 25, p. 1316 à 1324, spéc. 1323.

<sup>7</sup> CJCE, 26 juin 2003, Commission contre République française, C-233/00 rec. I-6625, spéc. point 43.

<sup>8</sup> CJCE, 17 juin 1998 Mecklenburg, , aff. C-321/96, Rec. p. I-3809, précité, points 19 à 22.

cette loi. Bien que la CADA ait considéré que la liste de l'article premier ne présentait pas un caractère exhaustif<sup>1</sup>, le juge administratif tend au contraire vers une application restrictive de cet article. Toutefois, cette liste n'est pas exhaustive puisque la CADA et le Conseil d'Etat ont la possibilité d'ajouter de nouvelles catégories de documents communicables. Cependant, les documents administratifs visés par la loi du 17 juillet sont ceux détenus par l'administration. Les documents fournis à l'administration par des personnes extérieures sont-ils considérés comme administratifs et donc communicables? Il peut s'agir en effet de documents qui lui sont adressés aussi bien par des particuliers que par des entreprises ou associations. L'analyse du texte montre que la loi française indique qu'il peut s'agir de «tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions...». Pour l'essentiel cela signifie que la loi reconnaît ainsi un droit à l'information sans attacher d'importance à la forme prise par le document. En effet, il peut s'agir d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels ou de traitements automatisés d'informations (article 1 *in fine*). Cette définition est compatible avec celle donnée par l'article 2 a) de la Directive et on peut même considérer que la directive rejoint sur cette définition la loi du 17 juillet 1978<sup>2</sup>. Sur la compatibilité entre l'évolution des techniques d'information (comme internet) et le droit d'accès, il n'existe donc pas de problèmes particuliers.

Le champ d'application matériel de la loi française montre qu'il existe encore des différences entre les deux législations. Ainsi, il est théoriquement possible qu'une demande d'information en matière d'environnement soit refusée par le juge administratif français, celui-ci appliquant restrictivement l'article 1 de la loi de 1978, alors que l'accès devrait être autorisé sur la base des prescriptions de la Directive.

---

1 CADA, avis , Administration : trésorier-payeur général de Saône-et-Loire (trésorerie de Louhans) Réf. 20004641, 07/12/2000 : «La Commission rappelle que l'énumération des documents administratifs opérée par l'article premier de la loi du 17 juillet 1978 n'est aucunement exhaustive et, par suite, considère qu'une facture établie au bénéfice d'une personne publique ou privée pour l'exécution d'une mission de service public constitue, par sa nature et son objet, un document administratif soumis aux dispositions de la loi précitée».

<sup>2</sup> La Directive 2003/4/CE n'apporte pas de modifications importantes ; seule «banque de données» a été remplacée par «électronique ou toute autre forme matérielle».

## 2 Le champ d'application personnel

Une première constatation s'impose : selon l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, la définition des autorités chargées de répondre à une demande d'information semble plus large dans la législation française. L'article 2 de la loi prévoit que soient communicables les documents émanant «des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public». Contrairement à la Directive qui ne vise que «toute administration publique au niveau national, régional ou local ayant des responsabilités et étant en possession d'informations relatives à l'environnement (...)», la loi de 1978 fait expressément référence aux organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public. Par cette dernière disposition, la législation française garantit certes la possibilité d'utiliser le droit d'accès auprès d'organismes privés, mais ces derniers doivent être «chargés de la gestion d'un service public». En revanche, selon la définition de la Directive, toutes les autorités publiques sont concernées sans pour autant fournir un service public. Selon la Directive<sup>1</sup>, sont aussi concernés les organismes de droit privé, puisque cet article précise que sont communicables les documents détenus par les «organismes ayant des responsabilités publiques en matière d'environnement et contrôlés par des autorités publiques»<sup>2</sup>. Depuis la loi du 11 juillet 1979<sup>3</sup>, le droit à l'information appartient à toute personne sans que l'administration puisse imposer aucune condition liée à la qualité de la personne du demandeur<sup>1</sup>. La largeur de ce terme permet donc *a priori* d'y inclure l'ensemble des personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité. En effet, ce n'est que tacitement que les personnes morales sont concernées par la loi de 1978 puisque celle-ci donne un droit d'accès à «toute personne». Mais il paraît évident que ce droit est également ouvert aux personnes morales, particulièrement présentes, comme les associations, dans le domaine de l'information en matière d'environnement. Pour sa part, la Directive est plus explicite puisqu'elle a dès l'origine précisé

---

1 Article 6

<sup>2</sup> Le conception de l'autorité publique concernée par la nouvelle Directive 2003/4/CE intègre désormais l'ensemble des acteurs, y compris non publics pouvant exercer des responsabilités ou fonctions publiques pour le compte de personnes publiques sans pour autant fournir un service public. D'ailleurs cette définition est identique à celle donnée par l'article 2 de la Convention d'Århus ; voir article 2 alinéa 2 point b et c de la Directive 2003/4/CE et article 2 de la Convention d'Århus.

<sup>3</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979.

que le droit à l'information appartenait à toute «personne physique ou morale»<sup>2</sup>. Sur ce point, la législation française est donc en parfaite adéquation avec la Directive européenne. Cela s'est confirmé dans la pratique, puisque les associations bénéficient de la même façon d'un accès aux documents administratifs français.

L'absence d'exigence de démontrer un intérêt à agir prévue par les deux textes vise à étendre au maximum le nombre des bénéficiaires du droit à l'information. Selon la loi de 1978, tout administré peut donc demander communication d'un document, l'intérêt de cette mesure pour les questions d'environnement pouvant, à lui seul, justifier la demande. Sur ce point, la législation française est en parfaite adéquation avec la Directive communautaire qui prévoit que le droit d'accès s'exerce sans que le demandeur «soit obligé de faire valoir un intérêt.»<sup>3</sup> L'absence d'intérêt est très favorable à l'administré. Ainsi, toute demande d'accès à un permis de construire ou à un dossier d'enquête publique est possible pour toute personne physique ou morale extérieure à la commune et même de nationalité étrangère. Sur ce dernier point, la législation française, comme la législation communautaire, ne pose pas de conditions de citoyenneté pour pouvoir accéder à une information intéressant l'environnement.

## **B Les limites au droit d'accès à l'information trop générale**

Les deux législations indiquent de la même façon que ces limites sont des exceptions à la liberté d'accès, qui est désormais devenue le principe. Cependant, la Directive européenne indique que ces limites sont facultativement adoptées par les États membres. La France a repris l'ensemble de ces exceptions et a prévu un motif de refus qui ne figure pas dans l'article 3, paragraphe 2, premier alinéa, de la Directive 90/313/CEE, à savoir les cas d'atteinte «aux secrets protégés par la loi».

Alors que la Directive du 7 juin 1990<sup>4</sup> mentionne une liste d'exceptions au principe de libre communication énoncé dans son premier article, elle précise que «les États membres peuvent prendre des dispositions permettant d'opposer un refus à une demande»<sup>5</sup>. Par la loi

---

<sup>1</sup> A l'origine, l'article premier de la loi de 78-753 stipulait que ce droit à l'information appartenait à tout administré sans aucune autre précision ; l'inconvénient était de restreindre le droit à l'information aux nationaux.

<sup>2</sup> Dans son article 3.

<sup>3</sup> Directive 90/313/CEE, article 3 alinéa 1.

<sup>4</sup> Directive 90/313/CEE, l'article 3, alinéa 2.

<sup>5</sup> Idem.

de 1978, depuis qu'elle a été modifiée par la loi du 12 avril 2000<sup>1</sup> et l'article L. 124-1 du Code de l'environnement, l'autorité compétente a une compétence liée pour refuser la communication, car il est bien précisé que «ne sont pas communicables les informations relatives à l'environnement dont la consultation ou la communication portent atteinte aux intérêts protégés énumérés aux sept premiers tirets du I de l'article 6 (...)», loi 17 juillet 1978<sup>2</sup>. Or la nouvelle Directive 4/2003/CE précise que les motifs de refus doivent être interprétés de manière stricte, en tenant compte, dans chaque cas d'espèce, de l'intérêt que présenterait pour le public la divulgation de l'information. La Directive ajoute même que «dans chaque cas particulier, l'intérêt servi par la divulgation est mis en balance avec l'intérêt servi par le refus de divulguer»<sup>3</sup>. Cette disposition n'est pas prévue par la loi de 1978 ni par l'article L. 124-1 du Code de l'environnement. De nouvelles modifications de la législation actuelle sont donc nécessaires pour que celle-ci se conforme aux exigences de la Directive 2003/4/CE.

La plupart des restrictions de la Directive 90/313/CEE sont énoncées selon une formulation proche de celle employée dans la loi du 17 juillet 1978<sup>4</sup>. Ainsi, on peut distinguer les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration (1), les exceptions visant à protéger l'intérêt général( 2) et les exceptions visant la protection des intérêts riviés (3).

## **1 Les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration**

Parmi les exceptions, il faut faire une distinction entre les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration (a) et la protection des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures (b).

### **a Les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration**

---

<sup>1</sup> La rédaction précédente stipulait que les administrations «peuvent refuser».

<sup>2</sup> Article L. 124-1-II et article 6 -I loi du 17 juillet 1978.

<sup>3</sup> Article 4, paragraphe 2 point h.

<sup>4</sup> Dans le cas de l'accès à l'information en matière d'OGM, le droit à l'information comporte également des limites puisqu'on trouve une référence dans l'article L.125-3 du Code de l'environnement qui précise que : «toute personne a le droit d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'organismes

Cette catégorie d'exceptions vise principalement le secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif, prévu à l'article 6 de la loi de 1978. Même si la Directive européenne prévoit de la même façon cette exception liée au caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques (article 3. 2), elle s'applique cependant à l'ensemble des autorités publiques, alors que la législation française ne concerne que les délibérations des autorités relevant du pouvoir exécutif. En effet, la catégorie des documents préparatoires est exclue du droit à la communication. Ce sont des documents achevés, mais constituant les étapes nécessaires d'un processus d'élaboration d'une décision qui n'est pas encore intervenue. Ce type de document n'est communicable qu'après que la décision qu'il préparait a été prise. En matière d'environnement, l'exemple des dossiers de demande de permis de construire est significatif : ces derniers ne peuvent être communiqués que lorsque l'administration a statué sur la demande. Il en est de même pour la communication des études d'impact sur l'environnement des conséquences de l'implantation d'une usine par exemple. La CADA, par sa jurisprudence sur les documents préparatoires, n'exclut pas que ces documents puissent être communiqués en application de la loi 1978. Mais elle diffère cette communication dans le temps en la subordonnant à l'intervention de la décision que les documents préparent<sup>1</sup>. Les documents qui ont un caractère préparatoire et qui sont considérés comme inséparables et indissolublement liés à une décision à intervenir, ne sont donc pas communicables dès leur achèvement, mais seulement lorsque la décision finale est prise.

#### **b La protection des « procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures »**

Une exception ultérieure est prévue par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 qui prévoit le refus de communiquer une information pouvant porter atteinte au déroulement des « procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures ». C'est également ce que prévoit la Directive 90/313/CEE dans son article 3, paragraphe 2, avec en outre la possibilité d'opposer un refus à une demande d'accès dans le cas d'affaires qui font ou qui ont fait l'objet d'une enquête (y compris d'une enquête disciplinaire). La CADA constate que de très nombreuses demandes de communication ont

---

génétiquement modifiés (...) peut avoir sur la santé publique ou l'environnement, dans le respect du caractère confidentiel des informations protégées par la loi».

<sup>1</sup> CADA, 20 février 1992, mairie d'Auribeau-sur-Siagne.



pour objet de nourrir des dossiers contentieux ou précontentieux, les administrés souhaitant utiliser ces documents pour faire valoir leurs droits et préparer leur défense. Dans ces cas, la CADA admet que l'administration puisse leur opposer une exception fondée sur le risque d'atteinte au déroulement des procédures devant les juridictions ou aux opérations préliminaires à de telles procédures<sup>1</sup>. Mais la possibilité d'exclure la communication à cause du caractère judiciaire de certains documents existe également. Selon la CADA, les documents qui présentent un caractère juridictionnel et qui relèvent de l'autorité judiciaire n'entrent donc pas dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978. Parmi ces documents se trouvent les pièces établies pour les besoins et au cours d'une procédure juridictionnelle, les décisions du Parquet, des dossiers d'instruction, des procès-verbaux d'audition ou des rapports établis en exécution d'expertises ordonnées par un tribunal, c'est-à-dire l'ensemble des pièces de procédure<sup>2</sup>. La CADA a pris l'habitude, dès qu'elle est saisie d'une demande d'avis ou de conseil, de se prononcer en premier lieu sur la nature juridique du document, puis, s'il s'agit d'un document administratif, elle examine en quoi sa communication pourrait être de nature à porter atteinte au déroulement de procédures juridictionnelles ou précontentieuses<sup>3</sup>.

Cette exception pourrait constituer une limite importante au droit d'accès à l'information, notamment dans le domaine des pollutions qui donnent généralement lieu à une procédure contentieuse. C'est ainsi que la CADA a donné un avis défavorable à la communication du dossier relatif à la catastrophe de l'Amoco Cadiz. La Directive européenne prévoit la possibilité de refuser de communiquer une information demandée de manière abusive (article 3. 3), à la différence de la législation française, qui, elle, n'a pas instauré de procédure particulière permettant de sanctionner les demandes d'accès abusifs à des documents. Face au silence de la loi, c'est la C.A.D.A qui a été amenée à déclarer certaines requêtes abusives et donc à refuser la communication de l'information. Dans le domaine fiscal par exemple, la CADA déclare abusives des requêtes « dès lors qu'elles traduisent une

---

<sup>1</sup> Commission d'accès aux documents administratifs, Guide de l'accès aux documents administratifs, troisième édition, La documentation française, Paris 1997, p. 87 ss.

<sup>2</sup> Commission d'accès aux documents administratifs, Guide de l'accès aux documents administratifs, troisième édition, La documentation française, Paris 1997, p. 14 ss.

<sup>3</sup> La CADA a ainsi émis un avis favorable à la communication à l'une des parties, à une instance, des lettres échangées entre un maire et l'avocat de la commune alors même que l'objet de cette correspondance entretenait des liens avec le contentieux en cours (CADA, 19 mars 1992, mairie de Villefranche). Mais, à l'inverse, la Commission a estimé que les courriers échangés entre un salarié et la direction départementale du Travail et de l'Emploi au sujet d'un préavis de démission ne pouvaient être communiqués à l'employeur de ce salarié sans porter atteinte au déroulement de la procédure en cours devant la juridiction prud'homale (CADA, 30 janvier 1986, direction départementale du Travail et de l'Emploi de l'Yonne).

volonté d'entraver le fonctionnement normal de l'administration et de faire obstruction au recouvrement normal des dettes (de l'intéressé) par le Trésor public »<sup>1</sup>. Néanmoins la CADA n'a déclaré abusive que très exceptionnellement une requête depuis l'application de la loi du 17 juillet 1978.

## **2 Les exceptions visant à protéger l'intérêt général**

Le secret de défense nationale ou de la politique extérieure sont des exceptions classiques admises. Elles sont toutes les deux prévues par la loi de 1978 et par la Directive de 1990.

En général le secret de défense nationale concerne la demande d'informations relatives soit à des installations à caractère ou à usage militaire, soit à des procédures en relation avec la défense nationale. En matière d'environnement, cette exception a constitué un des fondements de l'avis défavorable donné par la CADA à la communication des extraits du rapport de sûreté de l'usine de retraitement de la Hague concernant le silo de stockage des queusots des centrales graphite-gaz. La Commission a estimé qu'un lecteur averti de ces informations aurait pu déterminer assez précisément la capacité nucléaire nationale et, en outre, que la divulgation de cette information comportait l'inconvénient d'accroître les risques de prolifération nucléaire<sup>2</sup>. La CADA évite une motivation trop détaillée pour éviter de porter atteinte au secret même. Elle a le même comportement dans le cas du secret de la politique extérieure.

Le risque d'atteinte à la sécurité publique mentionnée à l'article 6 de la loi de 1978 et à l'article 3 de la Directive de 1990 permet également de fonder un refus de communiquer un document administratif en général et en matière d'environnement en particulier. La Commission considère que, lorsqu'il est porté atteinte à la sécurité publique, elle se déclare défavorable à la communication si celle-ci risque d'affaiblir la protection des personnes ou des biens, ou si elle peut gêner l'action en faveur du maintien de l'ordre et de la sécurité publique<sup>3</sup>.

---

1 (CADA, 28 avril 1994 B).

2 CADA, 4 mars 1981, Lalande.

<sup>3</sup>Commission d'accès aux documents administratifs, Guide de l'accès aux documents administratifs, préc. p. 106 ss.

### **3 Les exceptions visant la protection légale des intérêts privés et le secret en matière industrielle et commerciale**

Il faut faire une distinction entre les exceptions visant la protection légale des intérêts privés (a) et le secret en matière industrielle et commerciale (b).

#### **a Les exceptions visant la protection légale des intérêts privés**

La Directive<sup>1</sup> et la loi de 1978<sup>2</sup> prévoient ce motif de refus de communication de l'information. Le respect de la vie privée, déjà prévu par l'article 9 du Code civil français, a été repris dans la loi de 1978, elle ne concerne que les personnes physiques, mais recouvre tous les domaines de la vie privée. Le plus souvent, le secret de la vie privée est invoqué indirectement à travers la notion de document nominatif. En effet, la CADA considère comme nominatif le document qui porte une appréciation sur une personne ou sur son comportement. La Directive du 7 juin 1990 confirme ce rapprochement entre la notion de document nominatif et le secret de la vie privée. Elle se réfère, en effet, au «caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels» (article 3, alinea 2). L'exception liée au secret en matière industrielle et commerciale est au contraire très fréquente dans le domaine de l'environnement.

#### **b Le secret en matière industrielle et commerciale**

La Directive 90/313/CEE permet aux États d'opposer un refus à une demande d'information lorsque celle-ci a trait « au secret commercial et industriel, y compris la propriété intellectuelle, au caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels (...) ».

L'exception tirée du secret en matière industrielle et commerciale n'a pas fait l'objet d'une définition juridique. C'est la CADA qui a développé la portée de cette exception. Pour l'essentiel, le secret en matière industrielle et commerciale s'organise autour de trois axes : le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières et le secret des stratégies commerciales<sup>3</sup>. Le secret des procédés de fabrication, c'est-à-dire plus

---

1 Article 3, paragraphe 2.

2 Article 6.

3 CADA, 29 novembre 1984, mairie de Montpellier.

particulièrement les techniques de fabrication et les travaux de recherche, sont ce qui concerne le plus l'environnement. Dans ce sens, la C.A.D.A a émis un avis défavorable à la communication des relevés journaliers individualisés d'analyse des effluents d'une usine, dans la mesure où le détail de la composition de ceux-ci pouvait révéler les procédés de fabrication utilisés par cet établissement<sup>1</sup>. La Commission contrôle néanmoins étroitement le niveau confidentiel des informations. Elle a ainsi refusé de retenir l'exception tirée du secret industriel et commercial lorsque le document demandé ne contenait aucun renseignement précis sur des procédés techniques susceptibles d'être protégés. Le secret des procédés est surtout invoqué dans le domaine des mesures de pollution. Il est nécessaire de concilier les impératifs de transparence de la loi de 1978 avec le fait que les mesures de rejets polluants peuvent révéler les niveaux de production et les procédés de fabrication d'un produit. La Commission a estimé ainsi que les mesures générales de pollution étaient communicables, mais qu'il n'en était pas de même pour les mesures concernant une activité industrielle déterminée<sup>2</sup>.

Les exceptions tirées de la recherche des infractions fiscales et douanières présentes dans le texte français ne figurent pas dans le texte communautaire, puisque la Directive est exclusivement consacrée aux documents relatifs à l'environnement. C'est pourquoi cette Directive a ajouté, parmi ces exceptions, celle liée à la protection de l'environnement. La communication de données « dont la divulgation aurait plutôt pour effet de porter atteinte à l'environnement auquel elles se réfèrent » peut ainsi être refusée. Cette exception a été ajoutée dans le cadre de l'article L 124-1 du Code de l'environnement par l'ordonnance n° 321 du 11 avril 2001. Ainsi, selon l'article L. 124-1 — II, l'autorité peut de manière discrétionnaire invoquer cette exception<sup>3</sup>.

Or, si les secrets invocables par les autorités publiques pour refuser l'accès aux documents diffèrent peu entre la loi du 17 juillet 1978 et la Directive 90/313/CEE, il existe cependant dans le texte de la loi française une disposition permettant de rejeter la demande, lorsque la divulgation porte atteinte « de façon générale, aux secrets protégés par la loi ». Cette disposition, qui n'est pas prévue par la Directive 90/313/CEE, est formulée de façon si

---

1 CADA, 29 novembre 1984, Clément.

2 CADA, Conseil, Administration : président du syndicat intercommunal de collecte et de tri sélectif des déchets ménagers (SICTSUM) de Mehun-Allouis ; ref. 20032347 ; 5 juin 2003.

<sup>3</sup> L'ordonnance du 11 avril 2000 a en même temps ajouté une autre exception prévue par la directive et la convention d'Århus touchant à la faculté de l'autorité de refuser de communiquer une information relative à l'environnement, dont la communication porterait atteinte aux intérêts d'un tiers qui a fourni l'information demandée sans y avoir été contraint par une disposition législative, réglementaire ou par un acte d'une autorité administrative.

générale qu'elle laisse aux autorités publiques un large pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation des exceptions au droit d'accès. Par ailleurs, le juge communautaire a justement précisé que les motifs de refus énoncés par la Directive doivent être interprétés de manière stricte, en sorte qu'il convient de considérer que les dérogations énoncées au droit d'accès à l'information font l'objet d'une énumération limitative<sup>1</sup>.

Or, le motif de refus en cause de la loi n° 78-753 est si général « qu'il n'apparaît pas clairement qu'elles sont les hypothèses visées ».

Tout refus de communication de l'information par l'autorité publique doit être motivé aussi bien dans la législation française que dans la Directive européenne. Cependant, le décret du 28 avril 1988 a prévu que, en cas de non-réponse de l'administration, l'administré a la possibilité de saisir le juge. De cette façon, si l'administration n'a pas répondu dans le délai d'un mois à compter de la demande initiale, et en cas de saisie de la CADA, pendant deux mois à compter de cette dernière, son silence vaut rejet de la demande. Cependant, la législation française prévoit que l'intéressé, en cas de silence de l'administration, soit tenu de demander à celle-ci, dans un certain délai, la communication des motifs de la décision de rejet de sa demande d'information. Cette disposition n'est à l'évidence pas conforme aux dispositions de la Directive 90/313/CEE, car l'article 3, paragraphe 4, de ladite Directive exige que l'autorité publique fournisse d'office les motifs de sa décision de rejet d'une demande d'information relative à l'environnement, «sans que le demandeur ait à présenter une demande en ce sens, même si, dans l'hypothèse d'un silence gardé par l'administration, ces motifs peuvent être communiqués à ce dernier à une date ultérieure »<sup>2</sup>. Par ailleurs, l'article 4, paragraphe 5 de la nouvelle Directive 2003/4/CE apporte une précision en affirmant que «le refus de mettre à disposition tout ou partie des informations demandées est notifié au demandeur (...) dans les délais visés à l'article 3, paragraphe 2, point a), selon le cas, point b)». Il n'y a donc aucun doute que la nouvelle Directive exige la communication concomitante de la décision de rejet et des motifs de celle-ci, alors que, dans sa formulation actuelle, la Directive 90/313/CEE n'impose pas la concomitance entre la décision de rejet et de la communication des motifs de rejet<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CJCE 26 juin 2003, Commission / République française, C-233/00, Rec., I-6625, spéc. point 57.

<sup>2</sup> Idem, point 115.

<sup>3</sup> C'est dans ce sens que s'est exprimé le juge communautaire, voir CJCE 15 octobre 1987, *Heylens et autres*, 222/86, Rec. p. 4097, point 15, et en particulier relativement à l'obligation de motivation en application de la Directive 90/313/CEE, voir CJCE 26 juin 2003, Commission contre République française, C-233/00, Rec., I-6625, spéc. points 106 à 111.

## **C La mise en œuvre du droit d'accès à l'information**

L'examen de la mise en œuvre amène d'abord à l'analyse des caractéristiques de la procédure d'accès à l'information (1) et, dans un deuxième temps, à titre d'exemple, à l'analyse concrète de la mise en œuvre dans le cas des OGM (2).

### **1 Les caractéristiques de la procédure d'accès à l'information**

La Directive européenne dans son article 5 laisse la possibilité aux États membres de percevoir une redevance pour la communication des informations. Si l'Etat instaure une telle redevance, celle-ci doit être raisonnable pour éviter de dissuader le public d'adresser une demande d'information. La loi de 1978, modifiée par celle du 12 avril 2000, prévoit dans son article 4 que l'accès aux documents puisse s'effectuer gratuitement sur place. La reproduction des informations aux frais du demandeur est possible sans que le montant n'excède le « coût de cette reproduction », alors que la version ancienne de la loi prévoyait que le coût ne pouvait pas excéder le coût réel des charges de fonctionnement<sup>1</sup>. La législation française est en adéquation avec la Directive sur ce point<sup>2</sup>.

La Directive prévoit que les informations détenues par les autorités publiques doivent faire objet d'une communication partielle, lorsqu'il est possible d'en retirer les mentions qui ont trait aux intérêts visés par l'article 3. La loi de 1978 ne prévoyait pas cette possibilité de communication partielle: l'obligation de communication partielle n'est pas prévue par la loi du 17 juillet 1978. C'est le juge administratif qui a su imposer à l'administration cette communication partielle, à la condition toutefois que le document ne devienne pas incompréhensible ou que cela n'en dénature pas le sens<sup>3</sup>. Mais le juge communautaire considère qu'« en l'absence de toute disposition explicite concernant la communication partielle d'informations relatives à l'environnement dans la réglementation française,

---

<sup>1</sup> L'arrêté du 1er octobre 2001 relatif aux conditions de fixation et de détermination du montant des frais de copie d'un document administratif (*JORF n° 228 du 2 octobre 2001 page 15496*) stipule dans son article 2 que lorsque les copies de documents sont délivrées sur les supports papier et électronique, les frais ne peuvent excéder «0,18 Euros par page de format A4 ; 1,83 Euros pour une disquette ; et 2,75 pour un cédérom».

<sup>2</sup> En revanche, l'expérience a montré que, si dans la majorité des pays la redevance exigée par les autorités publiques a été raisonnable, il n'en est pas toujours allé de même. D'autre part, la CJCE a précisé que les autorités n'avaient pas la faculté de percevoir une redevance lorsque la demande était rejetée ; en outre l'article 5, paragraphe 2 de la nouvelle directive précise que «les autorités peuvent subordonner la mise à disposition des informations environnementale au paiement d'une redevance(...)».

<sup>3</sup> CE 16 juin 1989, *OPHLM de la ville de Paris contre Syndicat des services publics parisiens CFDT*, Lebon tables p. 688 ; AJDA 1989, chron. E.Honorat et E. Bapointiste, p. 603 et 634.

l'obligation d'une telle communication partielle n'est pas garantie de manière suffisamment claire et précise pour assurer la sécurité juridique et mettre les personnes susceptibles de présenter une demande d'information en mesure de connaître la plénitude de leurs droits »<sup>1</sup>.

La lacune a été comblée avec l'article L 124-1 du Code de l'environnement résultant de l'ordonnance n° 2001-321<sup>2</sup> « lorsque la demande d'accès porte sur une information touchant à l'environnement qui contient des données relatives aux intérêts protégés en application de l'article 6 de la loi susmentionnée du 17 juillet 1978 et qu'il est possible de retirer ces données, la partie de l'information non couverte par les secrets protégés est communiquée au demandeur»<sup>3</sup>.

Alors que la Directive prévoit par son article 3, paragraphe 2 dernier alinéa, la possibilité d'une communication partielle quand il est possible de retirer les mentions qui ont trait aux intérêts protégés, la loi du 17 juillet de 1978 ne prévoit pas cette possibilité.

Cependant, s'agissant du secret commercial et industriel, la nouvelle Directive ajoute que la demande d'accès ne peut être rejetée, lorsqu'elle concerne des informations touchant à des émissions relatives à l'environnement<sup>4</sup>. Or, aucune disposition de ce genre n'est prévue par le droit positif<sup>5</sup>. Et suite à l'entrée en vigueur de la Convention d'Århus le 6 octobre 2002, les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées ; cette disposition a en outre un effet direct, c'est-à-dire qu'elle peut être directement invoquée devant les tribunaux français, sans qu'une intégration dans la législation soit nécessaire.

## **2 La mise en œuvre du droit d'accès à l'information dans le cas concret des organismes génétiquement modifiés**

L'article L 124-1 du Code de l'environnement précise que le droit d'accès à l'information relative à l'environnement s'exerce seulement dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 qui la régit. Ainsi, la loi s'applique aussi dans le cas de l'accès à

---

<sup>1</sup> CJCE 26 juin 2003, Commission contre République française, C-233/00, Rec., I-6625, spéc. point 68. Par ailleurs le juge s'était déjà exprimé dans ce sens dans l'arrêt CJCE, 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, C-217/97, Rec. p. I-5087, points 34 et 35.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001, Journal officiel 14 avril 2001.

<sup>3</sup> Modifié par l'ordonnance n° 2001-321, précité, art. 9 II et 9 III.

<sup>4</sup> Article 4, paragraphe 2, point h, Directive 2003/4/CE.

<sup>5</sup> L'actuelle rédaction de la loi du 17 juillet 1978 et de l'article L 124-1 du Code de l'environnement

l'information relative aux organismes génétiquement modifiés (par la suite OGM)<sup>1</sup>. Le Code de l'environnement précise qu'il existe le droit « de toute personne d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'OGM peut avoir pour la santé publique ou l'environnement »<sup>2</sup>. Or, les OGM sont un sujet qui depuis une dizaine d'années a acquis une résonance importante au niveau européen et national. La Directive 220/90/CEE<sup>3</sup> impose aux États membres de garantir au public un droit d'accès à l'information relative aux OGM. Cette Directive a été transposée par la loi n° 92-654 du 13 juillet 1992<sup>4</sup> qui établit un système de contrôle des utilisations d'OGM incluant des règles d'information du public: elle reconnaît le droit de « toute personne d'être informée » non pas sur les effets de tous les OGM, mais sur ceux dont l'utilisation comportait le plus de risques, c'est-à-dire sur « les effets que la dissémination volontaire d'OGM peut avoir pour la santé publique ou l'environnement »<sup>5</sup>. La transparence a été traitée essentiellement à l'égard des utilisations confinées et de la dissémination par les essais en plein champ. Ainsi, la loi limite le droit d'accès aux « effets que la dissémination volontaire d'OGM peut avoir pour la santé. Le droit à l'information se trouve certes reconnu sous la forme du droit d'accès aux documents administratifs. La CADA a par ailleurs précisé que la communication de ces documents était régie par la loi du 17 juillet 1978, modifiée par celle du 12 avril 2000, nonobstant le fait que la loi du 13 juillet

---

<sup>1</sup> Les OGM sont définis par l'article L 531-1-2 du Code de l'environnement comme : « organisme(s) dont le matériel génétique a été modifié autrement que par multiplication ou recombinaison naturelles ».

<sup>2</sup> Article L. 125-3 du Code de l'environnement.

<sup>3</sup> Directive 90/220/CEE du Conseil, du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement Journal officiel n° L 117 du 08/05/1990 p. 0015 – 0027 ; ce document n'est plus en vigueur ; il a été abrogé par la Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la Directive 90/220/CEE du Conseil - Déclaration de la Commission Journal officiel n° L 106 du 17/04/2001 p. 0001 – 0039. Article 9 Consultation et information du public précise dans son deuxième paragraphe : « les États membres rendent accessibles au public des informations sur les disséminations d'OGM (...) qui sont effectuées sur leur territoire ».

<sup>4</sup> Loi n° 92-654 du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés et modifiant la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, L.O. 16 juillet 1992, n° 163.

<sup>5</sup> L'art.6-II précise : Lorsque l'agrément porte sur la première utilisation dans une installation d'organismes génétiquement modifiés, l'exploitant met à la disposition du public un dossier d'information.

Ce dossier, déposé à la mairie de la commune d'implantation de l'installation, est visé par l'autorité administrative. Il contient, à l'exclusion de toute information couverte par le secret industriel et commercial, ou protégée par la loi, ou dont la divulgation pourrait porter préjudice aux intérêts de l'exploitant :

- des informations générales sur l'activité de l'installation et sur la finalité des recherches qui font l'objet de la demande d'agrément;

- toutes informations utiles sur le classement des organismes génétiquement modifiés qui pourront être mis en oeuvre dans l'installation, ainsi que sur les mesures de confinement, les moyens d'intervention en cas de sinistre et les prescriptions techniques au respect desquels l'agrément est subordonné en application du I du présent article;

- le cas échéant, le résumé de l'avis donné sur la demande d'agrément par la commission de génie génétique;



1992 organisait une procédure particulière de communication de la fiche d'information auprès de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire<sup>1</sup>.

En tout état de cause, la communication de ces documents est régie par la loi du 17 juillet 1978, modifiée, nonobstant le fait que la loi du 13 juillet 1992 organise une procédure particulière de communication de la fiche d'information auprès de la commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire<sup>2</sup>.

Ainsi, la loi du 17 juillet 1978 constitue le centre du droit d'accès même dans le cas des informations relatives à la dissémination volontaire des OGM. Or, du point de vue de la transparence, le demandeur d'une autorisation de dissémination ou de mise sur le marché est obligé d'indiquer au Ministre de l'Agriculture, par une fiche d'information destinée au public : a) le but de la dissémination ; b) la description des OGM ; c) l'évaluation des effets et des risques pour la santé publique et l'environnement ; d) les méthodes et plans de suivi des opérations et d'intervention en cas d'urgence et le lieu de la dissémination<sup>3</sup>.

Or, c'est le Ministre de l'Agriculture qui envoie la fiche ainsi établie au préfet du département et au maire de la commune de dissémination ; le public n'est informé que plus tard, par avis affiché en mairie, dans un délai de huit jours suivant la réception de la fiche. Cela signifie que l'information du public n'est garantie qu'*a posteriori*. Par ailleurs, la consultation de la fiche s'exerce uniquement au niveau central auprès du Ministre. Mais la mise en œuvre du droit d'accès à l'information en matière d'OGM a été problématique. D'une part, les fiches qui n'ont pas été transmises à l'échelon local, aux maires, ont été nombreuses. D'autre part, l'administration saisie de demandes d'accès aux fiches d'information n'a pas manqué de refuser cet accès ou s'est limitée à n'en communiquer qu'une partie<sup>1</sup>.

C'est seulement à la suite de la saisie de la CADA et du juge administratif que la position de l'administration a évolué dans un sens favorable au droit d'accès, avec l'affirmation que les dispositions sectorielles relatives aux OGM devaient « être interprétées à la lumière de la *lex generalis* ». Car l'administration considère que la fiche d'information n'est pas un texte spécial qui ferait obstacle à l'application de la loi du 17 juillet 1978, mais qu'elle est un document administratif comme un autre, communicable de plein droit donc, en

---

- l'adresse de la commission de génie génétique, auprès de laquelle le public peut faire connaître ses éventuelles observations.

<sup>1</sup> CADA, avis maire de Brans ref. 20030691 du 27/03/2003.

<sup>2</sup> Cet organisme consultatif réunit, conformément à l'article L 531-4 du Code de l'environnement, des scientifiques et des représentants de la société civile.

<sup>3</sup> Article L 535-3 Code de l'environnement.

application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, et soumis aux limitations à la communication prévues par l'article 6 de cette loi<sup>2</sup>. Cela signifie que le demandeur n'a plus la nécessité de faire sa requête à l'autorité centrale, mais qu'il peut s'adresser à l'une des autorités qui détiennent le document pour en avoir une copie, conformément à l'article L 535-3-II du Code de l'environnement. Ne peuvent être considérées comme confidentielles les informations fournies, à l'appui d'une demande d'autorisation de dissémination portant les informations suivantes : a) le nom et l'adresse du demandeur ; b) la description synthétique du ou des organismes (s) génétiquement modifiés (s) ; c) le but de la dissémination et le lieu où elle sera pratiquée (...)»<sup>3</sup>.

Alors même que des progrès ont été faits au niveau de l'information relative à la dissémination des OGM, il est nécessaire, vu les craintes que provoque aujourd'hui l'utilisation des OGM, d'améliorer l'information du public. Il n'est toujours pas démontré que l'expérimentation soit sans risque ou que le risque soit acceptable. Et, précisément, le manque de transparence, en particulier au stade de l'étude en laboratoire, rend difficile l'adhésion de l'opinion publique qui, par ailleurs, n'est toujours pas consultée sur le sujet, alors que la nouvelle Directive 2001/18/CE, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement<sup>4</sup>, impose, outre l'information du public sur toutes les disséminations d'OGM effectuées sur le territoire national, «la consultation du public sur la dissémination volontaire envisagée». Le droit français n'a pas encore été modifié et se trouve encore une fois en défaut avec le droit communautaire même si des initiatives de débats-citoyens ont été organisées sous l'égide du secrétaire d'État aux petites et moyennes entreprises en 2000<sup>5</sup>. En 2003, une consultation du public a été ouverte par le Ministre de l'Agriculture, qui a mis à la disposition du public les dossiers de demande, fiches d'information, avis de la commission du génie biomoléculaire, tous consultables à travers

---

<sup>1</sup> Cf. Nicole LEROUSSÉAU, «Le cas des OGM : accès aux documents administratifs et à l'information», *Colloque transparence et secret des 16 et 17 octobre 2003*. La documentation française, op.cit. p. 253 et s.

<sup>2</sup> Cf. Nicole LEROUSSÉAU, «Le cas des OGM : accès aux documents administratifs et à l'information», op.cit.p.254.

<sup>3</sup> Article L 535-3-II Code de l'environnement.

<sup>4</sup> Directive 2001/18 CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la Directive 90/220/CEE du Conseil, JO n° L 106 du 17/04/2001 p. 1-39. Pour un commentaire de cette directive, voir M.BLUMBERG-MOKRI, «Le régime modifié des organismes réglementairement disséminés», *Petites affiches*, n° 181, 11 septembre 2001, p. 4.

<sup>5</sup> Cf. Nicole LEROUSSÉAU, «Le cas des OGM : accès aux documents administratifs et à l'information», op.cit.p.259.

l'outil internet, afin de permettre au public d'exprimer un avis<sup>1</sup>. Si des avancées ont été ainsi réalisées, des modifications doivent être apportées aussi aux systèmes d'information afin de permettre une transparence accrue.

Ainsi, des insuffisances demeurent dans le régime français de communication des informations relatives à l'environnement. Mais, étant donné que les États membres destinataires d'une Directive ont l'obligation de prendre dans leur ordre juridique national toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la Directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit<sup>2</sup>, de nouvelles modifications du législateur français sont encore nécessaires. De plus, la Directive du 23 janvier 2003 devra être transposée pour le 14 février 2005 et cette Directive nécessite l'adaptation de la législation française. Mais, vu le précédent de la Directive 90/313/CEE qui n'a été transposée qu'en 2001, il n'est pas sûr que la date du 14 février 2005 soit respectée.

Le rôle du juge communautaire a été fondamental: il a permis de clarifier les dispositions de la Directive et ainsi d'améliorer la transparence en matière d'environnement dans le système français, comme il l'avait déjà fait avec le système allemand<sup>3</sup>. Ainsi, si la France fait partie des pays garantissant déjà un droit d'accès aux informations environnementales avant l'entrée en vigueur de la Directive 90/313/CEE, c'est sous l'impulsion de cette dernière que le régime français de communication des informations relatives à l'environnement s'est amélioré et que la politique de transparence a aussi évolué de manière significative en Allemagne et en Italie. En effet, le principe de transparence dans le domaine de l'environnement a remplacé le principe du secret qui était en vigueur auparavant en Allemagne. Au contraire, l'Italie possédait déjà une législation dans le domaine de l'accès à l'information en matière d'environnement, mais le droit d'accès était plus limité que celui accordé par les dispositions de la Directive 90/313/CEE.

---

1 Consultation du 23 avril au 7 mai 2003, cité in Nicole LEROUSSÉAU, «Le cas des OGM : accès aux documents administratifs et à l'information», op cit. p.260.

2 C'est dans ce sens que s'est exprimé le juge communautaire, voir notamment l'arrêt du 7 mai 2002, Commission contre Suède, C-478/99, Rec. p. I- 4147, point 15.

3 CJCE 17 juin 1998, Mecklenburg, C-321/96, Rec. p. I-3809.

## **SECTION II La transposition de la Directive 90/313/CEE en droit allemand et italien**

La transposition de la Directive en droit allemand a permis d'affirmer pour la première fois un droit d'accès général à l'information, à travers « le libre accès aux informations sur l'environnement ». Mais cette transposition a aussi été marquée par l'héritage d'une administration habituée à agir dans le secret (§1). En Italie, la transposition de la Directive 90/3113/CEE a permis de renforcer le droit d'accès à l'information garanti par les dispositions législatives nationales (§2).

### **§ 1 Une transposition marquée par l'héritage d'une administration habituée à agir dans le secret**

La transposition de la Directive 90/313/CEE a permis de garantir une liberté publique nouvelle : le droit d'accès à l'information environnementale (A). La transposition a été réalisée par la loi fédérale sur l'information relative à l'environnement *l'Umweltinformationsgesetz* (ci-après «UIG»), adoptée le 8 juillet 1994 et entrée en vigueur le 16 juillet 1994<sup>1</sup>. Néanmoins l'examen de la compatibilité la loi de transposition avec la Directive 90/313/CEE (B) montre la difficulté que rencontre le droit d'accès à l'information à s'affirmer comme élément central de l'État démocratique allemand.

#### **A La transposition de la Directive 90/313/CEE en droit allemand garantit une liberté publique nouvelle : le droit d'accès à l'information environnementale**

La mise en œuvre a été effectuée par la voie d'une loi fédérale suivie par des mesures de transposition des *Länder*. L'examen du droit d'accès à l'information relative à l'environnement nécessite d'abord de rappeler ce que représente la UIG dans le système juridique allemand (1) et quelles ont été les mesures de transposition au niveau des *Länder* (2), étant donné que la fédération ne possède pas de compétence législative générale pour l'environnement.

---

<sup>1</sup> *Umweltinformationsgesetz*, 8. Juli 1994, *Bundesgesetzblatt* BGBl I 1994, 1490 , modifiée par par ordonnance du 23 Août 2001 I 2218

## 1 L'importance de la UIG dans le système juridique allemand

La Directive a été transposée par la loi UIG. Le principe fondamental de la transparence administrative garantie par la UIG est d'assurer le libre accès aux informations sur l'environnement disponibles auprès des autorités, et de garantir la diffusion de ces informations. Dans le domaine de l'information, la UIG joue un rôle particulier : c'est la première loi qui garantit un droit d'accès général aux documents administratifs sans être liée à une procédure administrative<sup>1</sup>. En effet, aux termes de l'article 4 de l'UIG, chacun a un droit d'accès aux informations en matière d'environnement. Ce droit garantit à chacun un droit d'accès aux documents qui n'est plus lié à la participation à une procédure administrative (article 29 VwVfG), car sa fonction est de servir l'intérêt général en permettant de contrôler l'action de l'administration en matière d'environnement. Même si le champ d'application se limite à l'environnement, cette loi (UIG) doit être vue comme un modèle pour le droit administratif allemand. Cette loi a d'ailleurs été un modèle pour les lois sur l'accès à l'information administrative promulguée à la suite dans certains *Länder*. La UIG marque un changement important dans le droit administratif et le droit judiciaire administratif. Ce dernier est caractérisé par l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale, selon laquelle le recours aux tribunaux est ouvert à quiconque subit une violation de ses droits par les pouvoirs publics. Le procès administratif allemand sert avant tout à protéger les droits subjectifs de l'individu. Le concept de protection subjective explique également les conditions mises à la recevabilité du recours dans le procès administratif allemand, à savoir l'existence en droit public d'un droit subjectif propre que l'on fait valoir et dont le recours poursuit la restauration. C'est ainsi que l'on constate, en particulier dans le droit de l'environnement, des mutations profondes de la doctrine traditionnelle du droit administratif.

Mais la transposition de la Directive en droit allemand s'est heurtée à certaines difficultés liées à la tradition d'une administration habituée à agir dans le secret. Cela a donc induit une tendance à réduire, dans la formulation de la loi de transposition, la portée de la liberté d'accès qu'impose la Directive. Dès l'entrée en vigueur de la loi, des voix se sont élevées pour faire remarquer les limites injustifiées et contraires au droit d'accès par la loi UIG aux dispositions communautaires<sup>2</sup>. Néanmoins, grâce au droit communautaire et aux

---

<sup>1</sup> Cf. Stephan W.H. Lodde, *Informationsansprüche des Bürgers gegen den Staat*, op.cit. p. 116.

<sup>2</sup> C. ARZT, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 1993.

précisions apportées par le juge communautaire<sup>1</sup>, un changement profond s'est vérifié dans le droit administratif allemand, permettant l'affirmation d'un véritable droit d'accès général à l'information, même s'il se limite à l'environnement. La Fédération ne possède pas de compétence législative générale pour l'environnement: des réserves demeurent pour la législation des *Länder*, comme c'est le cas pour l'agriculture, la pêche et les eaux internes<sup>2</sup>. Les *Länder* sont donc alors compétents pour la transposition des Directives. Afin de garantir une application uniforme au niveau des *Länder* de la transposition de la UIG, ces derniers ont pris des mesures qui s'appliquent aux autorités administratives des *Länder*.

## 2 La transposition au niveau des *Länder* et au niveau fédéral

Les mesures prises au niveau des *Länder* doivent respecter les dispositions de la loi fédérale UIG par conséquent, notre analyse principale se limite à la loi fédérale de 1994 modifiée par la loi du 23/08/2001<sup>3</sup>.

Parmi ces mesures, l'arrêté du 12 mai 1999-X133 du ministre pour l'aménagement du territoire du *Land* du *Schleswig Holstein*, relatif à l'exécution de la UIG de 1994<sup>4</sup>, précise le champ d'application matériel et personnel au niveau du *Land* de la loi UIG, tout en respectant les prescriptions de la loi fédérale UIG de 1994, modifiée par loi du 23/08/2001. D'autres *Länder* ont fait le choix de faire apparaître dans leur Constitution, donc de garantir au niveau constitutionnel, le droit d'accès général aux données concernant l'environnement<sup>5</sup>. Des autres *Länder*<sup>6</sup> ont fait le choix d'élargir le champ d'application du droit d'accès à l'information, en ne garantissant pas seulement le droit d'accès général aux informations environnementales,

---

<sup>1</sup> CJCE 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, aff. C-217/97 Rec. CJCE 1999, I, p. 5087. Lors du recours engagé par la Commission pour manquement à l'article 226 contre l'Allemagne auprès de la CJCE, la Commission contestait justement les conditions de transposition en droit allemand (par la loi UIG) de la Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'information en matière d'environnement.

<sup>2</sup> M. BOTHE, L'Allemagne p. 37-51, in *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les Pays de l'Union Européenne, Étude réalisée par l'association européenne de droit de l'environnement*, PULIM, 1997, p. 361.

<sup>3</sup> V. 23. 8.2001 I 2218.

<sup>4</sup> *Amstblatt Schleswig-Holstein* 1999, p. 225.

<sup>5</sup> Article 39 alinéa 7. P.2 Constitution de Brandebourg ; article 6 alinéa 3 de la Constitution de Mecklenburg-Vorpommern ; article 33 Constitution de Sachsen ; article 6 alinéa 2 Constitution de Sachsen-Anhalt ; article 33 Constitution de Thüringen.

<sup>6</sup> Le *Land* de Brandebourg, le *Land* de Berlin, le *Land* de Schleswig Holstein et, dernier en date, le *Land* de Nordrhein-Westfalen.

mais en garantissant un droit d'accès général aux informations administratives: ils ont, soit ajouté un article dans leur Constitution, soit élaboré une loi spéciale.

Ainsi, le *Land* du *Brandebourg* a garanti dans sa Constitution un droit d'accès général à l'information administrative valable pour tous les secteurs de l'administration. Ce droit a été mis en œuvre par la loi du 10 mars 1998 *Akteneinsichts-und Informationszugangsgesetz*, loi relative à l'accès aux documents et à l'information (ci-après *BbgAIG*) et entrée en vigueur le 20.3.1998<sup>1</sup>. Le projet initial présenté par le gouvernement du *Land* prévoyait uniquement un droit d'accès aux documents administratifs après avoir justifié un intérêt légitime (*berchtigtes Interesse*)<sup>2</sup>. Mais, dans sa forme définitive, la loi *BbgAIG* est allée au-delà de cette limitation et garantit l'accès général sans la nécessité de démontrer un intérêt particulier à obtenir l'information<sup>3</sup>. Néanmoins, la *AIG* laisse établie la réserve selon laquelle l'accès aux documents administratifs pendant une procédure administrative n'est possible que sur la base des prescriptions en vigueur pour la procédure, donc de la loi sur la procédure administrative de 1976. De même, ne sont pas considérés comme dossiers *Akten*, selon la *BbgAIG*<sup>4</sup> les projets et les notices qui ne font pas partie intégrante d'une procédure et qui sont détruits après la conclusion de la procédure. Ils ne sont donc pas sujets au droit d'accès garanti par la *AIG*.

Cette loi a été suivie par la loi du *Land* de Berlin du 15 octobre 1999 sur la liberté de l'information, *Berliner Informationsfreiheitsgesetz*<sup>5</sup>; (ci-après Berlin-IFG), mais cette loi ne s'applique pas pour l'accès à l'information relative à l'environnement<sup>6</sup>. Le *Land* du *Schleswig-Holstein* a suivi ces modèles pour l'élaboration de sa loi sur la liberté d'accès à l'information (ci-après IFG) entrée en vigueur le 25 février 2000<sup>7</sup>. Parmi les principes énoncés de cette loi, il faut retenir particulièrement que le but de cette loi est de garantir le libre accès « aux informations en possession des autorités publiques »<sup>8</sup> et donc pas seulement les informations utilisées par les autorités publiques. Enfin, la définition d'information est très

---

<sup>1</sup> *Brandebourg*, GVBl. N° 4, 19 mars 1998 I p. 46; Pour un approfondissement voir: [www.hfv-speyer.de/hill/Akteneinsicht.htm](http://www.hfv-speyer.de/hill/Akteneinsicht.htm).

<sup>2</sup> LT Bgg-Drs 2/4417.

<sup>3</sup> Cf. König, «zum Umweltinformationszugang», in *DÖV* 2000, 45, 53.

<sup>4</sup> *Brandebourg*, GVBl. N° 4, 19 mars 1998, article 3. phrase. 2.

<sup>5</sup> *Berliner Informationsfreiheitsgesetz*, GVBl. 1999, N°45, p. 561.

<sup>6</sup> L'article 2, paragraphe 2 de la Berlin-IFG spécifie que la loi sur l'information en matière d'environnement (UIG) de 1994 s'applique pour l'accès aux informations sur l'environnement.

<sup>7</sup> Loi IFG: *Das Informationsfreiheitsgesetz* du 9 février 2000 est entrée en vigueur le 25 février 2000 GVOBl. 2000, p. 116. du *Land* de *Schleswig Holstein*.

<sup>8</sup> Loi IFG: *Das Informationsfreiheitsgesetz* du 9 février 2000, article premier.

large, étant donné qu'elle couvre toute information contenue dans tout type de support et forme<sup>1</sup>. Enfin, le droit d'accès est garanti à toute personne physique et morale sans distinction de nationalité ou de citoyenneté (art. 4). La demande d'accès doit être formulée par écrit (article 6), la réponse de l'autorité administrative doit intervenir au plus tard dans un mois (art. 7), le refus d'accès doit être communiqué par écrit et doit être motivé au plus tard dans un mois (art. 7 paragraphe 2). Le silence de l'autorité administrative au-delà d'un mois de la date de la demande d'accès signifie refus (art. 7, paragraphe. 3). Enfin, la loi prévoit l'accès partiel aux informations (art. 14) et l'article 16 attribue au *Landesbeauftragten für den Datenschutz*, le chargé du contrôle du traitement des données à caractère personnel, la fonction d'instance de recours en cas de refus d'accès opposé par l'autorité administrative à une demande d'accès.

La Constitution du *Land* de *Schleswig Holstein* ne contient pas de dispositions garantissant un droit d'accès à l'information. Néanmoins, l'article 23 de la Constitution garantit un droit d'accès aux informations aux membres du Parlement (*Landtag*) envers le Gouvernement du *Land*. Dans le *Land* du *Schleswig-Holstein*, la réforme de la Constitution du *Land* était en discussion depuis 1997: l'insertion d'un article « Participation à la société de l'information » (*Teilhabe an der Informationsgesellschaft*) qui devait garantir un droit d'accès général aux documents administratifs à toutes les personnes faisait partie du projet. Ce projet fut présenté par le chargé du *Land* pour le contrôle du traitement automatisé des informations nominatives, qui considérait que le droit d'accès général à l'information constituait un corrélat aux droits à l'autodétermination informationnelle<sup>2</sup>.

Enfin, la dernière loi promulguée dans le domaine du droit d'accès général à l'information au niveau des *Länder* a été la loi sur la liberté d'accès à l'information du *Land* de *Nordrhein-Westfalen* (*Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen*, — par la suite IFG NRW) du 27 novembre 2001<sup>3</sup>.

Dans le domaine plus spécifique du droit d'accès à l'information en matière d'environnement, il existe des dispositions dans les Constitutions des *Länder*: *Freistaat Thüringen* (article 333): « toute personne a droit aux renseignements sur les données qui concernent l'environnement dans son espace vital et qui ont été récoltées par le *Freistaat* » ;

---

<sup>1</sup> Loi IFG: *Das Informationsfreiheitsgesetz* du 9 février 2000, article 2.

<sup>2</sup> Vorschlag des Landesbeauftragten für Datenschutz zur Ergänzung des Schleswig-holsteinischen Landesverfassung "teilhabe an der Informationsgesellschaft" Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umbruck 14/968, und seine Anhörung im Sonderausschuss" Verfassungsreform" Prot. der Stzg. 8.9.1997 p. 8 et svt.

<sup>3</sup> GVBl. NRW du 27 novembre 2001, p. 806.



*Brandebourg* (article 39, paragraphe 77) ; *Sachsen* (article 6, paragraphe 2) : « Chacun a droit aux renseignements sur les projets et les données des autorités publiques qui concernent l'environnement<sup>1</sup> et *Mecklenburg* (article 6, paragraphe 3) : « chacun a le droit d'accès aux informations concernant l'environnement, qui sont en possession de l'administration publique »<sup>2</sup>.

Au niveau fédéral, des discussions ont lieu depuis 1998 sur la nécessité d'introduire dans le système juridique allemand une loi sur la liberté d'information (*Informationsfreiheitsgesetz*). Le 20 décembre, un projet de loi a été présenté ; mais ce texte se trouve toujours au niveau de projet. Néanmoins l'actuelle coalition gouvernementale s'est engagée le 16 octobre 2002 à doter les autorités fédérales d'une loi garantissant un droit d'accès général aux documents et données des autorités publiques<sup>3</sup>. Lors des dernières années, des projets de loi ont vu le jour dans les *Länder* de Bavière, *Bremen*, *Hessen*, *Niedersachsen*, *Rheinland-Pfalz*, *Sachsen*, *Sachsen-Anhalt* et *Thüringen*.

L'ensemble des textes, des projets et des lois montre qu'il existe une véritable volonté politique au niveau des *Länder* de garantir la transparence de l'administration publique, alors qu'au niveau fédéral, cette volonté de transparence n'existe pas. Il est fort probable que, même si la loi fédérale voit le jour, ce qui semble très improbable, l'unité dans toute la fédération ne sera pas réalisée et que des différences persisteront dans le droit d'accès à l'information entre niveau fédéral et niveau des *Länder*.

La transparence est sans cesse davantage au centre des discussions scientifiques, qui demandent plus de participation du citoyen dans le secteur exécutif et plus de transparence dans l'activité administrative. Des voix s'élèvent pour demander que l'ancienne conception, selon laquelle les informations relatives à l'Etat ne sont pas accessibles à tous et ne sont ainsi pas concernées par la liberté d'information de l'article 5 alinéa 1 de la loi fondamentale, soit remplacée par l'élaboration de la part du constituant d'une norme constitutionnelle garantissant plus de transparence administrative<sup>4</sup>. Le système juridique allemand doit tenir compte de l'affirmation en droit communautaire d'un droit fondamental d'accès général à l'information et des modifications intervenues au niveau des États membres de l'Union

---

<sup>1</sup> Notre traduction.

<sup>2</sup> Notre traduction.

<sup>3</sup> Accord de la coalition du 16. 10. 2002 ; VIII; Abschn.1.10 voir: [www.bundesregierung.de/Regierung/Koalitionvertag-I.-Praelambel-,1774/VIII.Sicherheit\\_-Toleranz-und.htm](http://www.bundesregierung.de/Regierung/Koalitionvertag-I.-Praelambel-,1774/VIII.Sicherheit_-Toleranz-und.htm).

<sup>4</sup> Michael Sachs *Grundgesetz (GG), Kommentar* ,3. éd.. 2003.p. 2593 ; et aussi S. Jarras/Pieroth, *GG-Kommentar*, Art. 5 GG, pt(RD) 4.

européenne<sup>1</sup>. Néanmoins, la Directive communautaire 90/313/CEE a été un élément décisif en obligeant les autorités publiques à franchir le premier pas vers davantage de transparence. L'analyse des mesures de transposition fédérales de la Directive par la UIG démontre qu'il existe toujours une forte réticence à reconnaître cette nouvelle liberté publique et que le législateur a abusé des dérogations que la Directive 90/313/CEE permet aux autorités publiques, par rapport à l'obligation d'information qui leur est imposée.

## **B La compatibilité de la loi de transposition avec la Directive 90/313/CEE**

Un certain nombre de dispositions de la Directive laisse aux Etats membres une marge de manœuvre quant à la transposition dans leur droit interne. Ces dispositions instaurent des « minimas » que les Etats peuvent adapter en étant plus libéraux. Mais il est d'autres dispositions qui présentent un caractère impératif et qui doivent expressément être transcrites en droit interne. Or, l'examen des mesures de transposition permet de constater que le législateur allemand n'a pas respecté toutes les consignes de la Directive, la loi de transposition (de 1994) n'était pas conforme à la Directive et garantissait un droit d'accès plus limité que celui prévu par la Directive. Ainsi, il est nécessaire dans un premier temps de vérifier le champ d'application de la loi UIG (1), les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs relatifs à l'environnement (2) et la mise en œuvre de la liberté d'accès (3) par la UIG.

### **1 Champ d'application de la loi UIG**

L'examen du champ d'application personnel tiendra compte dans un premier temps de la définition de personne concernée par la liberté d'accès à l'information (a), puis du champ d'application institutionnel (b) et enfin du champ d'application matériel (c).

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens, Fluck/Theuer «Das Umweltinformationsgesetz», RDV 1998, p.160,et s.

## **a Personnes concernées par la liberté d'accès à l'information**

Selon la UIG<sup>1</sup>, chacun « *Jeder* » dispose désormais d'un droit public subjectif à l'accès aux documents administratifs et peut porter plainte en justice pour défendre non plus seulement un intérêt individuel, mais un intérêt public<sup>2</sup>. Cela signifie que l'accès à l'information n'est pas lié à une procédure ni à la nécessité de démontrer un intérêt et qu'il est garanti à toute personne, qu'il s'agisse de personne physique, morale ou étrangère, résidant en Allemagne ou à l'étranger<sup>3</sup>.

## **b Les autorités publiques concernées par le droit d'accès**

Selon la loi UIG, seules sont concernées les autorités publiques spécifiquement chargées de la protection de l'environnement, comme les autorités compétentes pour l'autorisation des activités polluantes ou pour la protection de la nature. Selon la l'UIG<sup>4</sup>, on entend par « autorité » tout service devant assumer des tâches en matière d'environnement. Ainsi, sont exclues les autorités qui, bien que possédant des informations sur l'environnement, n'ont pas de tâches en matière d'environnement: elles ne sont donc pas obligées de permettre l'accès à ces informations<sup>5</sup>. D'après la loi en effet, les autorités publiques qui interviennent dans le cadre de la législation ou de l'arrêt de décrets, — c'est-à-dire l'élaboration des projets de loi, ainsi que l'activité réglementaire —, sont exclues du champ d'application de l'UIG. Or l'adoption d'un règlement par une autorité publique constitue-t-elle un exercice de pouvoir législatif ? Selon C. Arzt, cette définition serait une

---

1 UIG, article 4, paragraphe 1.1

2 Ceci constitue un changement par rapport aux principes du droit administratif allemand qui se caractérise par des règles qui ont pour objectif la protection subjective des administrés, et non le respect de l'ordre juridique objectif. Ainsi, la Directive 90/313/CEE devrait conduire le droit administratif allemand à incorporer l'objectif de la protection du droit objectif.

3 T. SCHOMERUS, «Anspruchsvoraussetzungen und Verwaltungsgesetz», *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, 1994, p. 226 ss. Voir aussi dans ce sens l'arrêt du BVerwG, du 25 mars 1999-7 C 21/98, in NVwZ 1999, p. 1220.

4 Article 3, paragraphe 1 *UIG*.

5 Exposé du Gouvernement fédéral, in Deutscher Bundestag, Drucksache 12/138, p. 9 ss.

violation de la Directive<sup>1</sup>. Conformément à la Directive<sup>2</sup>, les autorités judiciaires ne sont pas sujettes au droit d'accès à l'information : c'est-à-dire les autorités exerçant des fonctions de poursuites pénales et disciplinaires, à savoir le parquet et la division de l'administration chargée des actions disciplinaires et enfin « toutes les autorités dans la mesure où elles ne sont pas tenues de respecter des intérêts de l'environnement qui, selon les normes juridiques, sont applicables à tout le monde »<sup>3</sup>. Cette définition n'est pas très claire et permet d'exclure toute autorité qui n'est pas responsable de la protection de l'environnement.

### **c Le champ d'application matériel**

Selon l'article 3, paragraphe 2 de la UIG, font partie du droit d'accès toutes les données qui sont disponibles sous forme écrite ou visuelle, y compris les images, ou contenues dans des banques de données et qui se rapportent à l'état des eaux, de l'air, du sol, de la faune, de la flore et des espaces naturels de la vie, aux activités, y compris celles provoquant des nuisances, telles que le bruit, ou aux mesures qui les affectent ou qui sont susceptibles de les affecter. Enfin, les activités ou mesures destinées à protéger ces secteurs, y compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement, sont considérées comme informations relatives à l'environnement. Si cette définition ne laisse aucun doute sur la forme générale du support d'information, il est néanmoins plus difficile d'être certain de pouvoir définir avec précision une « mesure de gestion de l'environnement » au sens de de la Directive<sup>4</sup>.

Faut-il, sous ses termes, inclure également les prises de position de l'administration chargée de la préservation des sites (*Naturschutzbehörde*), qui se limitent à une appréciation sur des informations ? Selon les autorités allemandes, la prise de position lors d'une procédure d'approbation de plans de construction n'est pas une information relative à l'environnement au sens de la Directive, puisqu'elle se limite à une appréciation sur des informations qui étaient déjà accessibles<sup>5</sup>. Or, le juge administratif allemand (*Oberverwaltungsgericht*) avait quelque doute sur la définition de « mesure administrative de

---

<sup>1</sup> C. ARZT, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 1993, p.18, cité par Michael BOTHE, *L'Allemagne, Le droit à l'information en matière d'environnement dans les Pays de l'Union européenne*, ULIM, 1997, p. 361.

<sup>2</sup> Directive 90/313/CEE, Article 2, b.

<sup>3</sup> Michael BOTHE, *L'Allemagne*, op. cit. p. 43.

<sup>4</sup> Article 2 pt. a.

<sup>5</sup> Telle est la prise de position de l'administration de la ville de Pinneberg chargée de la préservation des sites dans l'affaire C-321/96 Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg - Der Landrat, rec 1998, I-3809.

gestion de l'environnement » et a donc posé la question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), afin de savoir si la position d'une administration subalterne chargée de la préservation des sites, adoptée dans le cadre de la participation des organismes défendant des intérêts publics à la procédure d'approbation des plans, était une mesure administrative de gestion de l'environnement, au sens de la Directive 90/313/CEE<sup>1</sup> et si la procédure administrative au sens de l'UIG<sup>2</sup> pouvait être qualifiée d'« instruction préliminaire », au sens de la Directive 90/313/CEE<sup>3</sup>.

Pour la CJCE, la prise de position constitue une « information relative à l'environnement au sens de la Directive », étant donné qu'il suffit qu'une position de l'administration constitue un acte susceptible d'affecter ou de protéger l'état d'un des secteurs de l'environnement visé par la Directive »<sup>4</sup>. C'est le cas de la prise de position qui est de nature à influencer, en ce qui concerne les intérêts de la protection de l'environnement, la décision d'approbation des plans de construction, comme l'a précisé la juridiction de renvoi<sup>5</sup>. Au sens de l'UIG<sup>6</sup>, l'accès à l'information est exclu pendant la durée de la « procédure administrative », alors que, selon le juge communautaire<sup>7</sup>, la Directive n'exclut l'accès que lors de l'« instruction préliminaire »<sup>8</sup>. Or, selon le gouvernement allemand, la notion d'« instruction préliminaire » vise toutes les procédures administratives qui se situent en amont d'une procédure juridictionnelle<sup>9</sup>, et non les seules procédures préliminaires. Cette interprétation donnée par le gouvernement allemand a été sanctionnée par la CJCE qui a précisé que, selon la Directive, les dérogations à l'accès à l'information visent les informations détenues par les autorités administratives, relatives à des affaires faisant l'objet de procédures judiciaires en cours, à des affaires faisant l'objet d'enquête (y compris les enquêtes disciplinaires) et à des affaires faisant l'objet d'une instruction préliminaire. Cela

---

<sup>1</sup> Article 2 sous a.

<sup>2</sup> UIG, l'article 7, paragraphe 1, point 2.

<sup>3</sup> L'article 3, paragraphe 2, troisième tiret, de la directive admet que les dispositions nationales puissent rejeter des demandes d'information relatives à « des affaires qui sont ou ont été pendantes devant une juridiction ou qui ont fait l'objet d'une enquête (y compris d'une enquête disciplinaire) ou qui font l'objet d'une instruction préliminaire ».

<sup>4</sup> CJCE affaire C-321/96 Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg - Der Landrat, rec 1998, I-3809, point 21.

<sup>5</sup> CJCE affaire 321/96 Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg - Der Landrat, 17 juin 1998 rec 1998, I-3809.

<sup>6</sup> UIG, de l'article 7, paragraphe 1, point 2.

<sup>7</sup> CJCE 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, aff. C-217/97 Rec. CJCE 1999, I, p. 5087, point 25.

<sup>8</sup> Directive 90/313/CEE, l'article 3, paragraphe 2 troisième tiret du premier alinéa.

<sup>9</sup> CJCE aff. C-217/97 Rec 1999 point 26.

signifie que, selon la Cour, en faisant référence à l'affaire Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg — Der Landrat<sup>1</sup>, la notion d'« instruction préliminaire » figurant dans la Directive<sup>2</sup>, doit être interprétée comme concernant exclusivement « les procédures à caractère juridictionnel ou quasi juridictionnel, ou des procédures qui débouchent inévitablement sur une sanction, si l'infraction administrative ou pénale est constatée »<sup>3</sup>. « L'instruction préliminaire » doit donc être la phase qui précède immédiatement la procédure judiciaire ou l'enquête, donc les procédures contentieuses ou quasi contentieuses. Par conséquent, l'instruction préliminaire doit être rattachée aux activités qui procèdent de la nécessité d'acquies des preuves ou d'instruire une affaire avant l'ouverture de la phase procédurale proprement dite. Ainsi, comme l'a affirmé le juge communautaire, une instruction préliminaire doit être interprétée comme n'incluant une procédure administrative, telle que celle visée par l'UIG<sup>4</sup>, — qui au contraire se limite à préparer une mesure administrative —, que dans l'hypothèse où elle précède immédiatement une procédure contentieuse ou quasi contentieuse et procède de la nécessité d'acquies des preuves ou d'instruire une affaire avant l'ouverture de la phase procédurale proprement dite<sup>5</sup>. Il en résulte que l'exclusion du droit d'accès à l'information pendant la « procédure administrative » prévue par la UIG outrepassa la dérogation inscrite à l'article 3, de la Directive<sup>6</sup>.

La loi UIG<sup>7</sup> ancienne version considérait en effet la « procédure administrative », y compris celle qui se limite à préparer une mesure administrative, comme une « instruction préliminaire », au sens de l'article 3, paragraphe 2, troisième tiret de la Directive. Avec les modifications apportées à l'UIG par l'ordonnance du 23 août 2001, une procédure administrative, telle que celle visée par la l'UIG<sup>8</sup>, n'est désormais incluse que dans l'hypothèse où elle précède immédiatement une procédure contentieuse ou quasi contentieuse

---

<sup>1</sup> CJCE, 17 juin 1998 dans l'affaire Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg — Der Landrat [1998] (C-321/96), Rec 3809. Après le rejet du recours gracieux formé par M. Mecklenburg et le rejet du recours devant le *Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht*, le demandeur a fait appel de ce jugement devant le *Schleswig-Holsteinisches Obergerwaltungsgericht*, qui, à son tour, a posé à la CJCE la question préjudicielle sur les deux points précédents.

<sup>2</sup> Directive 90/313/CEE, précitée, article 3, paragraphe 2, troisième tiret.

<sup>3</sup> Arrêt de la Cour CJCE affaire 321/96 Wilhelm Mecklenburg contre Kreis Pinneberg - Der Landrat, rec 1998, 17 juin 1998 point 27.

<sup>4</sup> UIG article 7, paragraphe 1, point 2.

<sup>5</sup> Arrêt de la CJCE Wilhelm Mecklenburg et Kreis Pinneberg - Der Landrat, C-321/96, point 30.

<sup>6</sup> Article 3, paragraphe 2, premier alinéa, troisième tiret.

<sup>7</sup> UIG, article 7, paragraphe 1, point 2.

<sup>8</sup> Idem.

et procède de la nécessité d'acquiescer des preuves ou d'instruire une affaire avant l'ouverture de la phase procédurale proprement dite.

## **2 Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs relatifs à l'environnement**

La loi UIG prévoit, conformément à la Directive européenne, des exceptions au droit d'accès à l'information UIG. Ces exceptions peuvent sembler moins importantes que celles prévues par la Directive<sup>1</sup>, étant donné qu'il existe une réglementation spécifique en droit allemand concernant l'information environnementale transfrontalière. C'est le cas des accords passés entre l'Allemagne et les Pays-Bas en matière nucléaire : ces accords prévoient des échanges d'informations intergouvernementaux sur les installations qui se trouvent dans le voisinage de la frontière<sup>2</sup>. C'est le cas aussi des régimes spécifiques d'échanges d'informations établis dans le cadre de la commission tripartite (France, Suisse, Allemagne)<sup>3</sup>. Or ces mesures concernent uniquement l'échange d'informations entre les autorités publiques des États concernés, et non l'accès à l'information des personnes physiques.

Par conséquent, ces régimes ne sont pas affectés par la loi UIG. Au contraire, cette réglementation spécifique peut avoir comme conséquence d'élargir le champ d'application du droit d'accès à l'information mise à la disposition du public aux personnes résidant de l'autre côté de la frontière<sup>4</sup>. La loi allemande est plus libérale en ce que concerne l'exclusion du droit d'accès aux dossiers pour des motifs de sécurité publique. En effet, elle pose comme unique condition au refus du droit d'accès que cet accès soit susceptible de constituer un danger important pour la sécurité publique. Or, selon la Directive, le fait que l'accès « affecte la sécurité publique » est un motif suffisant d'exclusion du droit d'accès. Mais les concessions

---

<sup>1</sup> Article 3, paragraphe 2, tirets 1 et 2 de la Directive : «(...) dans la mesure où la diffusion de l'information affecte les relations internationales, la défense et le caractère confidentiel des délibérations des autorités et où elle est susceptible de constituer un danger important pour la sécurité publique».

<sup>2</sup> Umwelt-und Planungsrecht 1983 ; p. 20.

<sup>3</sup> Article 7 de la Directive 85/337/CEE concernant l'étude d'impact qui prévoit des échanges d'informations entre les autorités publiques des pays voisins ; article 2 paragraphe 6 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontalier du 25 février 1991, ILM 30 (1991) p. 800 ; article 9 de la Convention sur les effets transfrontaliers des accidents industriels du 17 mars 1992, ILM 31 (1991) p. 1331 ; article 16 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontaliers et des lacs internationaux du 17 mars 1992, ILM 31 (1992) p. 1312.

<sup>4</sup> La jurisprudence du *Bundesverwaltungsgericht* s'est prononcée dans ce sens concernant les centrales nucléaires situées à proximité de la frontière, BVerwGE (recueil des décisions 75, p. 285, traduction et notes par M. Bothe in RJE 1988, pp. 183 ss.).

de la loi UIG s'arrêtent là, et il faut constater que, dans certains cas, la loi UIG est au contraire plutôt restrictive dans l'interprétation des exceptions prévues par la Directive.

D'autre part, initialement l'UIG ne comporte aucune disposition visant à mettre en œuvre l'obligation partielle d'informations lorsqu'il est possible d'en retirer les mentions qui peuvent justifier un refus de communication par les États membres, comme cela est pourtant prévu par la Directive<sup>1</sup>. C'est seulement suite à l'intervention du juge communautaire et de l'ordonnance du 23 août 2001 que l'accès partiel est garanti directement par la loi UIG<sup>2</sup>.

Or, selon le gouvernement allemand, l'absence d'une disposition spécifique garantit la communication partielle d'informations, car la pratique suivie en droit allemand est censée garantir automatiquement une telle communication. Selon le gouvernement allemand, l'article 4 de la loi UIG prévoyait en effet un droit d'accès qui comporte implicitement la communication de l'information expurgée des éléments couverts par les exceptions<sup>3</sup>.

Mais le citoyen peut ne pas savoir que l'existence de l'un des motifs de refus n'interdit pas la communication partielle, et les autorités publiques, du fait du manque d'une disposition spécifique garantissant la communication partielle, peuvent être dissuadées d'accorder une telle communication. Le juge communautaire a considéré dans l'affaire Commission/Allemagne que l'obligation de fournir l'information au moins partiellement n'était pas, dans la législation allemande, garantie de manière suffisamment claire et précise pour assurer le respect du principe de sécurité juridique et permettre aux personnes susceptibles d'introduire une demande d'information de connaître toute l'étendue de leurs droits. Il ne suffit pas d'une simple mention de la possibilité de communication partielle, dans une disposition fixant les redevances, pour garantir de façon concrète l'accès partiel à l'information et ainsi garantir que les personnes à la recherche d'informations aient, par cette mesure, connaissance de toute l'étendue de leurs droits et puissent s'en prévaloir devant les juridictions nationales<sup>4</sup>. Comme suite à l'arrêt de la Cour de justice, l'UIG a été modifiée le 23 août 2001: elle dispose désormais d'une disposition visant à mettre en œuvre l'obligation

---

<sup>1</sup> Directive 90/313/CEE, précitée, article 3, paragraphe 2, alinéa 2.

<sup>2</sup> UIG, article 4, paragraphe 2.

<sup>3</sup> CJCE, 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, aff. C-217/97, points 30 ss. Selon le gouvernement allemand, la possibilité d'une communication partielle d'informations résulte de la lecture combinée des articles 4, 7 et 8 de l'UIG, ainsi que de la jurisprudence du *Bundesverwaltungsgericht*, et du point 3.3 du registre de redevances qui prévoit la perception d'une redevance «(...) lorsque de nombreuses mentions doivent être retirées des documents à communiquer aux fins de la protection d'intérêts publics et /ou privés», de sorte qu'il n'était pas nécessaire de prévoir dans l'UIG une disposition expresse à cet effet.

<sup>4</sup> Point 36 arrêt du 9/9/1999 affaire C-217/97 Commission contre Allemagne.



de communication partielle d'information, lorsqu'il est possible d'en retirer les mentions qui peuvent justifier un refus de communication<sup>1</sup>.

### 3 La mise en œuvre du droit d'accès

Conformément aux dispositions de la Directive, les autorités publiques doivent répondre dans un délai de deux mois<sup>2</sup>. Les modalités selon lesquelles les informations sont effectivement rendues disponibles, ne sont pas spécifiées. En effet, l'article 3, alinéa 1 de la Directive 90/313/CEE et la loi (UIG) laissent à l'autorité administrative le choix de définir les modalités selon lesquelles les informations sont rendues accessibles. Selon la loi UIG, l'autorité peut choisir entre, d'une part, le renseignement «*Auskunft erteilen*» et de l'autre, l'accès aux dossiers «*Akteneinsicht* » ou mettre des porteurs d'information à la disposition du requérant «*Informationsträger zur Verfügung stellen*»<sup>3</sup>. Par conséquent, les autorités publiques ont un pouvoir discrétionnaire concernant le choix des modalités pour informer le requérant ; mais l'autorité administrative doit garantir, dans la phase de l'accès à l'information, que le demandeur soit totalement informé de manière objective et claire. Selon différents commentaires de la loi UIG, d'une façon générale, il a été considéré qu'afin de garantir l'exercice effectif du droit d'accès à l'information, le demandeur devait avoir accès aux documents originaux et non uniquement aux renseignements. C'est seulement de cette façon que le demandeur a la garantie d'obtenir une information correcte, non filtrée ou modifiée par l'autorité administrative<sup>4</sup>. Le seul renseignement «*Auskunft* » ne serait pas suffisant, car le doute peut toujours subsister sur l'exclusion éventuelle par l'autorité administrative de certaines informations qu'elle considère comme sans importance<sup>1</sup>.

L'expérience a montré que l'accès à l'information en Allemagne s'est réalisé en premier lieu à travers l'accès aux documents. Le législateur allemand considère l'accès aux documents comme moyen effectif d'accès à l'information (article 29 VwVfG). Or la loi UIG marque un progrès, car elle ne limite pas l'accès aux seuls documents («*Akteneinsicht* »), mais élargit le droit d'accès à l'information en matière d'environnement « (...) à toutes les données qui sont disponibles, sous forme écrite, d'images ou sur tout autre support

---

<sup>1</sup> UIG, modifiée, article 4 paragraphe 2.

<sup>2</sup> UIG, modifiée, article 5, paragraphe 2 .

<sup>3</sup> UIG, modifiée, article 4, alinéa 1.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens, Schröder, NVwZ 1990, 905, 908 ; BIEBER, DÖV 1991, 857, 863 ; SCHERZBERG, UPR 1992, 48, 51 ; ERICHSEN, NVwZ 1992, 409, 412.

d'information »<sup>2</sup>. Enfin, alors que, dans le texte de la loi UIG, on ne trouve aucune référence à l'obligation faite à l'administration de donner des renseignements complémentaires explicatifs, au cas où le contenu du document contiendrait des informations qui ne seraient pas compréhensibles pour le citoyen normal « *Normalbürger* », plusieurs auteurs allemands soutiennent au contraire que l'administration est dans cette obligation<sup>3</sup>.

La Directive européenne (article 5) permet aux États membres de percevoir une redevance d'un « montant raisonnable » en contrepartie d'une communication d'informations relatives à l'environnement effectuée par une autorité publique. Cela doit être compris dans le sens qu'un État membre n'est pas autorisé à répercuter sur la personne ayant présenté la demande d'information l'ensemble des frais effectivement occasionnés pour les autorités publiques par une recherche d'informations. Or, la loi UIG ne stipule pas que les redevances ne doivent pas excéder un montant raisonnable<sup>4</sup>. C'est l'ordonnance « *Verordnung* » relative à la redevance sur l'information en matière d'environnement (du Bund et de certains Länder)<sup>5</sup> qui fixe le coût de la communication (transmission) de l'information. Ce décret, au lieu de limiter la redevance, élargit au contraire le concept de redevance, même s'il prévoit (article 3) la possibilité d'exclure cette redevance dans le cas où le coût est minime. La UIG<sup>6</sup> permet aux autorités publiques allemandes de percevoir des redevances et frais couvrant les « coûts prévisibles » d'une recherche. De surcroît, conformément à la *Verordnung* à laquelle a été annexé le registre de redevance (« *Gebührenverzeichnis* »), le montant des redevances dépend du volume de travail que doit effectuer l'administration dans le cadre d'une recherche d'informations. Il faut ajouter à cela qu'il est prévu qu'une redevance soit perçue en cas de rejet de la demande d'information<sup>7</sup>. Le Land du Schleswig-Holstein fait cependant exception à cette clause, puisqu'il ne demande de redevance que dans le cas où il y a effectivement transmission d'informations<sup>8</sup>. La loi UIG doit être interprétée dans le sens que toute

---

<sup>1</sup> André TURIAUX, *Umweltinformationsgesetz* (UIG Kommentar) München Beck 1995, p. 518.

<sup>2</sup> Article 3, paragraphe 2, point 1.

<sup>3</sup> ERICHSEN, NVwZ 1992, 409, 412 ; SCHRÖDER, NVwZ 90, 905, 908.

<sup>4</sup> Cf. König, «zum Umweltinformationszugang» DÖV 2000, op. cit. 45, 53.

<sup>5</sup> *Umweltinformationsgebühren* VO du 7.12.1994 (BGBl. I. P. 3732).

<sup>6</sup> UIG, modifiée, article 10 paragraphe 1.

<sup>7</sup> König, «Das Umweltinformationsgesetz — ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?», *Die öffentliche Verwaltung*, janvier, 2000, p. 53.

<sup>8</sup> *Verwaltungskostengesetz des Landes Schleswig-Holstein* du 17 janvier 1974 GVOBl. Schleswig-Holstein, p. 37 Tarifstelle N° 25.5) qui prévoit que dans le cas où l'autorité administrative transmet des copies au demandeur, celles-ci sont facturées seulement à partir de la sixième copie. Cependant, selon l'arrêté du Ministre pour l'aménagement du territoire du Land du Schleswig-Holstein du 12 mai 1999-X 133, la communication de renseignements non écrits peut être facturée de 0 à 50 DM (de 0 à 25 Euros) et la communication d'informations

redevance perçue en Allemagne à l'occasion d'une action administrative doit respecter le principe de proportionnalité et être appropriée à l'objet du service rendu « Äquivalenzprinzip ». Cependant, les taux de redevances figurant dans la *Verordnung* conformément au *Gebührenverzeichnis* sont tels qu'ils ont pour effet d'exclure l'accès à l'information<sup>1</sup>. Le juge administratif allemand (tribunal administratif de Braunschweig) n'a d'ailleurs pas hésité à considérer comme « sans commune mesure la somme de 300 DM » (150 euros) demandée pour l'établissement et la communication de huit photocopies<sup>2</sup>. Dans ce cas, la redevance exigée par l'administration allemande a plus une fonction de dissuasion que de garantie de l'accès général à l'information relative à l'environnement. Pourtant, comme l'a précisé l'avocat général dans sa conclusion<sup>3</sup>, la finalité de la Directive est de conférer un droit aux particuliers, en leur assurant la liberté d'accès aux informations en matière d'environnement. Il faut donc exclure toute interprétation de la notion « montant raisonnable » de la Directive 90/313/CEE qui serait susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les personnes souhaitant obtenir des informations ou de limiter le droit d'accès. Le principe de la contrepartie et de la rémunération adéquate des services rendus, comme l'interprétation conforme à la Directive européenne de l'article 10 alinéa 1 UIG, doit être interprété, selon le juge communautaire, comme interdisant de demander une redevance déraisonnablement élevée qui aurait un effet dissuasif sur l'exercice du droit d'accès à l'information<sup>4</sup>.

La Commission a par ailleurs essayé de faire condamner l'Allemagne par le juge communautaire, parce que l'UIG ne prévoit pas de limiter la redevance à un montant raisonnable<sup>1</sup>. Selon la Commission, la réglementation allemande n'est pas conforme quant au montant de la redevance : elle est systématique et ne stipule pas que la redevance ne doit pas dépasser un montant raisonnable. Au contraire, d'après la Commission, elle devrait être exceptionnelle, couvrant les coûts prévisibles d'une recherche tout en restant d'un montant

---

écrites peut être facturée de 50 à 1000 DM (de 25 à 500 Euros) ; le refus de communication peut d'ailleurs même être facturé.

<sup>1</sup> Les dispositions allemandes figurant dans l'*Umweltinformationsgebührenverordnung* (décret sur les redevances exigibles en matière de communication de l'information relative à l'environnement) (notre traduction) adoptées sur le fondement de l'article 10, paragraphe 2 UIG, distinguent trois hypothèses : en premier lieu, les communications d'informations orales ou écrites dites simples sont gratuites ; en deuxième lieu, une communication écrite d'informations détaillées donne lieu à la perception d'une redevance qui est comprise entre 20 et 10 000 DM, en fonction de la complexité de l'opération en cause ; en troisième lieu, la mise à disposition de documents ou d'autres supports d'informations entraîne le paiement d'une redevance qui est comprise entre 20 et 1 000 DM.

<sup>2</sup> KÖNIG, op cit p. 53.

<sup>3</sup> CJCE, 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, C-217/97, précité, point 23.

<sup>4</sup> Commission contre Allemagne CJCE 9 septembre 1999, C-217/97 conclu. de l'Avocat général M. Fennelly point 25.

raisonnable. Selon la UIG<sup>2</sup>, l'autorité administrative peut demander le remboursement du temps de travail utilisé pour satisfaire la demande d'information, et cette redevance peut s'appliquer même quand l'accès est refusé. La mesure semble donc tout à fait contraire à l'esprit de la Directive et constitue surtout un moyen dissuasif pour le demandeur.

À défaut d'avoir établi que la réglementation allemande n'est pas conforme à l'objectif de l'article 5 de la Directive<sup>3</sup>, le grief de la Commission n'a pas été accueilli par la Cour de justice. Cependant, la Cour a considéré qu'une redevance perçue en cas de rejet de la demande d'information ne pouvait être raisonnable, puisque dans ce cas, aucune information n'a effectivement été communiquée au sens de l'article 5. Selon la CJCE, la Directive autorise les redevances pour la communication d'une information et non pas en raison de l'accomplissement d'opération administrative<sup>4</sup>.

Permettre une redevance dans tous les cas irait contre l'objectif de la Directive qui veut éviter toute restriction à la liberté d'accès à l'information. Enfin, une telle redevance contreviendrait au principe de proportionnalité, dans la mesure où aucune communication de l'information n'aurait effectivement eu lieu<sup>5</sup>. Suite à l'arrêt de la Cour de justice, le 31 août 2001, l'ordonnance relative aux coûts des actions accomplies dans le cadre de la mise en application de la loi relative à l'information environnementale par les autorités publiques de la fédération, l'« *Umweltinformationskostenverordnung* » (*UIGKostV*), a été modifiée: elle modifie l'ancienne ordonnance dans un sens plus conforme à la jurisprudence du juge communautaire sur la tarification de la communication d'informations. Ainsi, depuis le 1er janvier 2002, selon l'article 3, aucune redevance ne peut être exigée en cas de refus ou de retrait d'une demande d'accès à l'information. Ceci vaut aussi pour tout renseignement oral (non écrit) et pour la délivrance d'un nombre faible de copies. La redevance dans le cas de la communication d'informations a été modifiée dans un sens plus favorable aux demandeurs, tout en restant encore élevée: il n'est ainsi pas exclu qu'elle ait encore un effet dissuasif. Désormais, dans le cadre d'application de la loi UIG, la redevance ne peut pas dépasser la limite de 500 euros. Cependant, la délivrance d'un nombre important de copies – qui n'est pas par ailleurs défini : que faut-il entendre par « renseignement écrit volumineux » (*"umfassende*

---

<sup>1</sup> CJCE, 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, aff. C-217/97 points 19 et suivants.

<sup>2</sup> UIG Article 10 paragraphe 1.

<sup>3</sup> Article 5 prévoit la possibilité de «subordonner la communication de l'information au paiement d'une redevance sans toutefois que celle-ci puisse excéder un montant raisonnable».

<sup>4</sup> CJCE, 9 septembre 1999, Commission contre Allemagne, aff. C-217/97, précité, pt 20.

<sup>5</sup> F. GAZIN, "Directive relative à l'accès à l'information en matière d'environnement", *Europe*, novembre 1999, p. 22-23.

*schriftlichen Auskunft* » )?- peut toujours être facturée de 0 à 500 euros. La simple consultation sur place peut être facturée de 0 à 250 euros, dans le cas où il n'y a pas eu de renseignement écrit auparavant, et de 0 à 125 euros, dans le cas où il y a déjà eu renseignement écrit. Enfin, l'ordonnance concernant les coûts relatifs à l'information environnementale précise que toute photocopie (A 4) est facturée 10 cents.

Une personne estimant que sa demande d'information a été abusivement rejetée ou négligée, ou qu'elle n'a pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'autorité publique, doit pouvoir, conformément à la Directive 90/313/CEE, introduire un recours judiciaire ou administratif à l'encontre de la décision, conformément à l'ordre juridique national en la matière. Or, le droit allemand prévoit que lorsque l'accès à l'information est refusé, ou accordé seulement en partie, la décision écrite de refus ou d'accès partiel informe le demandeur de l'existence d'une procédure de recours. Cette procédure est régie par la loi sur les tribunaux administratifs, selon laquelle la personne qui est à la recherche d'informations peut exprimer à l'autorité concernée son opposition à une décision, dans un délai d'un mois. En l'absence de toute réaction de la part de l'autorité, le demandeur peut porter l'affaire devant le tribunal administratif dans un délai de trois mois.

L'ensemble de ces éléments démontre qu'il est encore difficile pour les autorités allemandes d'accepter la transparence administrative. Cela justifie ainsi d'une certaine façon la situation très particulière de l'Allemagne qui est le seul pays de l'Union européenne à ne pas disposer d'un droit d'accès général à l'information administrative. Cette conception ne suit pas la tendance actuelle d'une plus grande transparence de l'activité des autorités publiques. C'est seulement suite à la législation communautaire, à la jurisprudence de la CJCE et des tribunaux administratifs allemands, mais aussi à l'action internationale comme la convention d'Århus, que cette réserve se trouve de moins en moins accentuée en droit allemand. Il faut espérer que l'ensemble de ces éléments permettra l'affirmation dans un futur « proche », en droit allemand, d'un droit d'accès général à l'information administrative, applicable au niveau fédéral aux autorités administratives.

## **§2 Le renforcement du droit d'accès à l'information en droit italien garanti par les dispositions législatives nationales par la transposition de la Directive 90/313/CEE**

Dans le système juridique italien, les informations sur l'environnement sont réglementées par un ensemble de dispositions qui se trouvent dans différents textes législatifs. L'apport de la législation communautaire dans le domaine de l'accès à l'information en matière d'environnement est important, mais pose des problèmes de coordination entre les différents systèmes normatifs en matière d'accès à l'information environnementale en vigueur dans le système juridique italien. Il a fallu attendre le décret législatif du 24 février 1997 n° 39<sup>1</sup> (ci-après D.Lgs. n° 39/1997), soit sept années après l'entrée en vigueur de la Directive, pour voir la Directive communautaire effectivement transposée en droit italien. L'examen du droit d'accès à l'information garanti dans le système juridique italien doit d'abord se pencher sur les différentes dispositions normatives italiennes dans le domaine du droit d'accès à l'information environnementale (A), avant d'examiner la transposition de la Directive et l'apport du droit communautaire sur le droit italien en matière d'accès à l'information relative à l'environnement (B).

### **A Les différentes dispositions normatives dans le domaine du droit d'accès à l'information environnementale**

Le point de départ de l'analyse du droit d'accès à l'information en matière d'environnement dans le système juridique italien est la loi n° 349 du 8 juillet 1986 créée par le Ministère de l'Environnement. En particulier la loi du 8 juillet 1986<sup>2</sup> stipule que « tout citoyen a le droit d'accès aux informations disponibles sur l'état de l'environnement, en conformité avec les lois en vigueur, auprès des bureaux de l'administration publique (...) ». Cette disposition est extrêmement novatrice pour le système juridique italien. Ce système se caractérisait en effet par le secret qui était considéré comme indispensable au bon

---

<sup>1</sup> Decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39 Attuazione della direttiva 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente. *Gazzetta Ufficiale*, n.54 du 6 mars 1997, supplément ordinaire n° 48.

<sup>2</sup> Article 14 de la loi n° 349 du 8 juillet 1986.

fonctionnement de l'administration publique; au contraire, la publicité et l'accès à l'information aux documents administratifs étaient considérés comme des exceptions<sup>1</sup>.

En effet, c'est seulement en 1990, que le législateur a reconnu un droit d'accès aux actes des administrations locales et provinciales par la loi L. 142/1990, précitée ainsi qu'un droit d'accès général avec la loi L 241/1990, précité. Néanmoins, ces lois n'ont pas abrogé la discipline de l'accès à l'information édictée par la loi L 349/1986 qui est restée en vigueur en vertu de son caractère spécifique. De plus, les deux disciplines (l'une, générale et l'autre, spécifique à l'environnement) ne coïncident pas en ce qui concerne le champ d'application. En effet, le droit d'accès à l'information environnementale, à la différence du droit d'accès général aux documents administratifs réglementé par la loi L 241/1990, n'est pas réservé aux seuls participants à une procédure administrative ou aux personnes ayant un intérêt légitime à consulter des documents administratifs, mais est élargi à tout citoyen (article 14), et a donc une portée *erga omnes*<sup>2</sup>.

Mais l'article 14 a posé des problèmes d'interprétation, en particulier relativement à l'affirmation que le droit d'accès s'exerce « en conformité avec les lois en vigueur ». Le juge administratif a interprété l'article 14 comme étant un droit subjectif d'accès à l'information relative à l'environnement, qui a comme fonction de satisfaire un intérêt privé<sup>3</sup>.

La doctrine est partagée sur l'interprétation de l'article 14. Selon une première théorie, cette disposition confère à tout citoyen un droit subjectif inconditionnel à accéder aux informations relatives à l'environnement, disponibles auprès de l'administration publique. L'administration est donc dans l'obligation de fournir les informations en sa possession comme suite à une simple demande d'accès. Selon cette interprétation, l'affirmation « en conformité avec les lois en vigueur » signifie que les seules situations dans lesquelles une demande d'accès puisse être refusée sont celles prévues expressément par la loi n° 349/86<sup>4</sup>.

Une deuxième théorie considère au contraire que « en conformité avec les lois en vigueur » signifie que le droit d'accès en matière d'environnement n'est pas directement applicable, mais qu'il est réglementé selon « les lois en vigueur » et donc qu'il s'applique

---

<sup>1</sup> M. Balletta e B. Pillon, *Il danno ambientale Principi ed esperienze-Giurisprudenza- Normativa- Documenti*, Sistemi Editoriali, 2002, p. 19 ss.

<sup>2</sup> G. MORANDI, «Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi», in *Riv. Giur. Ambiente*, 1992.

<sup>3</sup> TAR Sicilia, Catania, II sez., 9/4/1991, n° 118 ; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 20/2/1992, n° 78.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens T.E. FROSINI, «Sul nuovo diritto all'informazione ambientale», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 4463 ; M. LIBERTINI, «Il diritto all'informazione in materia ambientale», in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1989, p. 640 ss. ; U. SALANITRO, «Il diritto all'informazione in materia ambientale

conformément aux dispositions de la loi n° 241/1990<sup>1</sup>. Le droit d'accès garanti par la loi n° 349/86 est donc considéré comme une manifestation particulière du droit d'accès réglementé par la loi 241/1990 et donc toutes les questions comme l'ampleur du droit d'accès ou les exceptions qui peuvent justifier un refus d'accès, c'est-à-dire celles qui ne sont pas réglementées par la loi 349/1986, sont traitées par les tribunaux administratifs conformément aux dispositions de la loi 241/1990.

## **B La transposition de la Directive 90/313/CEE par le D.Lgs. n° 39/1997**

Dans la pratique, le droit d'accès garanti par la loi 349/86<sup>2</sup> n'a pas trouvé une application constante. Il a fallu attendre la Directive communautaire 90/313/CEE et le D.Lgs. n° 39/1997 qui transpose la Directive, pour qu'un droit d'accès général à l'information soit réellement garanti en Italie, conformément aux dispositions de la Directive communautaire. Le décret D.Lgs. n° 39/1997 marque un changement par rapport à la loi 241/1990. Dans son champ d'application, il bouleverse le système commun garanti par la loi n° 241/1990 en élargissant, subjectivement(1) et objectivement(2), le champ d'application.

### **1 Un champ d'application subjectivement élargi**

Selon l'article 3 du D.Lgs. n° 39/1997, « les autorités publiques sont tenues de rendre disponibles les informations relatives à l'environnement à tous ceux qui en font la demande, sans que ceux-ci doivent faire valoir un intérêt ». C'est donc un changement important par rapport à l'article 14 de la loi 349/1986 qui limitait le droit d'accès à tout citoyen, et qui était donc lié au *status civitatis*. Ce droit d'accès est désormais un droit garanti à toute personne. Enfin, la jurisprudence administrative a spécifié que ce droit d'accès n'est pas garanti uniquement aux personnes physiques, mais aussi aux personnes morales, comme les associations pour la protection de l'environnement<sup>3</sup>, mais pas seulement<sup>1</sup>. Mais le juge est allé encore plus loin en incluant encore toute association porteuse d'un intérêt collectif.

---

alla luce della recente normativa sull'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione», in *Riv. Giur. Ambiente*, 1992, p. 411 ss.

<sup>1</sup> Dans ce sens voir : P. LANDI, *La tutela processuale dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1991, 302 p.; M. MONTINI, «Il diritto di accesso in materia ambientale : la mancata attuazione della direttiva CE 90/313», in *Riv. Giur. Ambiente*, 1997, p. 325.

<sup>2</sup> Loi du 8 juillet 1986, n° 349, article 14.

<sup>3</sup> TAR Toscana, III sect., 19/12/2000, n° 2731, où le droit d'accès a été reconnu à une association qui, comme WWF, a comme objectif institutionnel de mettre en valeur l'environnement.



Quant aux autorités administratives concernées, il n'y a pas de différences importantes entre la Directive communautaire et la législation italienne : le droit d'accès s'exerce par rapport aux administrations publiques. L'art 23 de la loi 241 a en effet une portée très large : la norme s'applique aux : « administrations publiques de l'Etat y compris les régies, les personnes morales de droit public et les concessionnaires de services publics ». Par « administration de l'Etat », il faut entendre toutes les organisations centrales et périphériques qui font partie de l'administration publique<sup>2</sup>. Selon la Directive communautaire<sup>3</sup>, « autorité publique » indique génériquement tous les titulaires d'une fonction publique, renvoyant donc à une notion très large. L'article 3 du décret législatif n° 39 reprend les termes communautaires, à savoir que le droit d'accès s'exerce par rapport aux autorités publiques dans leur ensemble (nationales, régionales, locales, régies, personnes morales et concessionnaires des services publics à l'exception des organismes agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs).

## **2 Le champ d'application objectif élargi**

En outre, du point de vue objectif, on constate une extension du droit d'accès qui ne concerne plus uniquement les documents, mais les « informations relatives à l'environnement ». Selon le décret qui reprend exactement la définition donnée par la Directive communautaire d'« information relative à l'environnement », est concernée « toute information disponible sous forme écrite, visuelle et sonore ou contenue dans des banques de données, qui concerne l'état des eaux, de l'air, du sol, de la faune, de la flore, des terres et des espaces naturelles, ainsi que les activités ou les mesures affectant ou susceptibles de les affecter et les activités ou les mesures destinées à les protéger, y compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement »<sup>4</sup> ; il s'agit donc d'une définition plus large que celle de document administratif donnée par l'article 22 de la loi 241/1990.

L'article 22 de la loi 241/1990 affirme que l'objet du droit d'accès est constitué par les « documents » ; il n'existe cependant pas une grande différence entre « documents » et

---

<sup>1</sup> TAR Lazio, III° sect. 15/01/2003, n° 9852/02 Conseil de l'ordre des ingénieurs de la Province de Teramo contre Institut national de physique nucléaire I.N.F.N.

<sup>2</sup> G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli Editori, Rimini, 1991, p.140

<sup>3</sup> Directive 90/313/CEE, article 3.

<sup>4</sup> D.Lgs.24 février 1997, n° 39, article 2, point a.

« informations », mais plutôt un rapport de complémentarité, puisque les deux sont équivalents. Même si, pour le droit d'accès, informations et documents expriment le même concept, le terme « informations » semble préférable, car ce n'est pas le support matériel qui compte dans le droit d'accès à l'information en matière d'environnement, mais les informations contenues en lui. Enfin le décret permet explicitement l'accès partiel à l'information quand la demande d'accès concerne des documents ou des données incomplètes<sup>1</sup>.

L'interprétation du terme « information environnementale » pose quelques problèmes. En effet, très récemment le juge administratif a été appelé à décider si la documentation relative à l'autorisation de construction d'œuvres publiques et privées dans un milieu environnemental protégé pouvait être qualifiée d'« information relative à l'environnement ». Le TAR (Tribunal Administratif Régional) de Ligurie<sup>2</sup> s'est prononcé pour cette reconnaissance, alors qu'en appel, le Conseil d'Etat<sup>1</sup> n'a pas considéré cette documentation comme « information relative à l'environnement ».

La solution accueillie par le Conseil d'Etat ne semble pas tenir compte de l'objet même de la Directive communautaire ni du décret législatif qui a comme fonction de garantir l'accès le plus large aux informations relatives à l'environnement. En effet, selon l'arrêt du Conseil d'Etat, il n'est pas possible de considérer la définition d'environnement donnée par l'article 2, D.Lgs. 39/1997 comme permettant d'englober tous les actes qui comportent une transformation du territoire. En effet, dans ce cas, l'ensemble de l'urbanisme et des constructions serait confondu avec l'environnement. C'est une interprétation rigide du concept d'environnement qui est en contradiction avec la Directive communautaire. De plus, cette interprétation méconnaît les principes affirmés par la Cour constitutionnelle italienne, qui, le 26 juillet 2002, déc.n.407, a affirmé que, selon le titre V de la Constitution, la protection de l'environnement n'avait pas une portée matérielle au sens technique, mais représentait plutôt une valeur constitutionnelle protégée et transversale. Il faut sans doute retenir au contraire que les documents, même s'ils ne sont pas directement liés à l'environnement, comme dans le cas de la construction et de l'urbanisme, peuvent avoir des conséquences importantes pour l'environnement.

L'interprétation du Conseil d'Etat ne trouve pas non plus sa justification dans les exceptions prévues par la Directive. L'article 4 du D.Lgs. 39/1997, exclut en effet,

---

<sup>1</sup> D.Lgs.24 février 1997, n° 39, article 4, alinéa 5.

<sup>2</sup> TAR Liguria 24 avril 2002 n. 3347, 3351, 3354, 3357, 3361, 3364, 3365, 3367 et 3370.

conformément à la Directive communautaire, la possibilité d'opposer un refus à une demande d'information, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'environnement auquel se réfère le droit d'accès. Au contraire, le Conseil d'Etat a interprété ces exceptions comme protégeant des intérêts autres que ceux de l'environnement. Cette interprétation permet de refuser l'accès également dans des cas qui n'affectent pas l'environnement. Le demandeur doit démontrer que ces informations ont une incidence actuelle et ponctuelle sur l'environnement pour pouvoir bénéficier du droit d'accès. L'interprétation donnée par le Conseil d'Etat est encore plus étonnante parce qu'elle ne tient pas compte des modifications récentes intervenues au niveau international, avec la Convention d'Århus et la nouvelle Directive 2003/4/CE. Et ce, alors que l'Italie a ratifié la Convention par la loi n° 108 du 16 mars 2001, et que celle-ci est entrée en vigueur depuis le mois d'octobre 2001. Le Conseil d'Etat aurait dû tenir compte dans ce cas précis du dixième considérant de la nouvelle Directive qui affirme que « la définition des informations environnementales devrait être précisée de manière à inclure les informations, quelle que soit leur forme, se rapportant à l'état de l'environnement, aux facteurs, mesures ou activités affectant ou susceptibles d'affecter l'environnement ou visant à protéger les conditions de vie (de l'homme), aux sites culturels et aux structures bâties dans la mesure où ils sont affectés ou pourraient être affectés par l'un de ces éléments ».

Enfin, le législateur délégué a repris l'ensemble des exceptions prévues par la Directive 90/313/CEE, alors que s'il avait choisi d'appliquer les exceptions prévues par la loi du 7 août 1990, ces dernières auraient été plus favorables au droit d'accès<sup>2</sup> Le D.Lgs. n° 39/1997<sup>3</sup> prévoit un délai de 30 jours pour que les autorités publiques répondent aux demandes des citoyens. En l'absence de réponse dans les délais, la demande est à considérer comme rejetée. Une personne dont la demande a été refusée peut introduire un recours auprès du Tribunal Administratif Régional (TAR) compétent (article 4). Le recours doit être introduit dans les 30 jours après le refus, et le TAR doit statuer dans les 30 jours après l'introduction du recours. Le demandeur peut ensuite, dans les 30 jours à compter de l'arrêt du TAR, faire appel devant le Conseil d'État, qui tranche définitivement.

---

<sup>1</sup> Voir B.GAGLIARD , Il diritto di accesso alle informazioni ambientali e la nozione di "ambiente" ai sensi dell'art. 2 del d.lg. n. 39 del 1997 ,Cons. Stato sez. V 14 febbraio 2003, n. 816 *Il foro amministrativo* C.d.S. , 2003, fasc. 3 (marzo), pag. 1032-1037.

<sup>2</sup> R.Caranta , «L'accesso alle informazioni in materia ambientale», Cons. Stato sez. V 22 febbraio 2000, n. 939, *Giurisprudenza italiana* , 2001, fasc. 2 février p. 406-408.

<sup>3</sup> D .Lgs.24 février 1997, n° 39, article 3, alinéa 4.

Enfin le D.Lgs. n° 39/1997 prévoit qu'aucune redevance ne soit perçue en cas de consultation sur place, mais que la reproduction et les copies de documents sont payantes. Par ailleurs, les autres modalités de mise à disposition effective de l'information prévues par le D.Lgs. n° 39/1997 sont analogues à celles fixées en relation avec la loi n° 241/1990.

Concernant la politique active d'information visée à l'article 7 de la Directive, le D.Lgs. n° 39/1997 fait obligation aux autorités publiques d'envoyer un rapport annuel au Ministère de l'Environnement concernant sa mise en œuvre. En plus, la législation italienne se limite à appliquer la loi de 1986 (n° 349/86), qui impose depuis 1986 au Ministre de l'Environnement de publier un rapport biennal sur l'état de l'environnement accessible au public. Cette mesure est tout à fait insuffisante surtout au vu des nouvelles dispositions de la Directive 4/2003/CE qui impose une information active et systématique auprès du public, au moyen des technologies de télécommunications informatiques et des technologies électroniques<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 7, paragraphe 1 Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003.



## DEUXIÈME PARTIE

### Le droit d'accès personnel à l'information

L'étude du droit d'accès personnel à l'information détenue par les autorités administratives en droit communautaire et en droit national a comme objectif, premièrement de démontrer qu'il existe déjà un degré élevé d'harmonisation du droit d'accès à l'information dans le cas de la procédure administrative, deuxièmement d'étudier l'harmonisation du droit d'accès à l'information dans l'Union européenne dans le cas de la protection des données à caractère personnel. Ainsi, l'étude du droit d'accès personnel à l'information suppose que soit d'abord précisé *le droit d'accès à l'information garanti dans les procédures administratives* (Titre I), avant d'examiner *le droit d'accès aux données à caractère personnel détenues par les autorités publiques* (Titre II).



# TITRE I

## Le droit d'accès à l'information garanti dans les procédures administratives

Participer à la procédure administrative, par le fait d'être, directement ou indirectement concerné par la décision finale, doit être accompagné par un ensemble de droits parmi lesquels le droit d'accès aux dossiers et le droit d'être informé des motifs et des décisions administratifs. Ces droits font partie des éléments fondamentaux d'une démocratie administrative, « une administration de concertation et de dialogue, qui préfère la persuasion à la contrainte »<sup>1</sup>. Le secret doit faire place à la connaissance et le droit d'être informé doit dissiper le mystère administratif<sup>2</sup>. Une société libérale, démocratique et avancée se caractérise par le dialogue social, l'information et la fin du secret. C'est dans cette conception de la société démocratique qu'il faut appréhender la résolution n° 77 (31) approuvée par le comité ministériel du Conseil de l'Europe en 1977<sup>1</sup>. La résolution affirmait la nécessité de garantir dans les États membres « un standard minimum de niveau relatif à la procédure administrative ». Six principes relatifs au droit à la procédure administrative furent considérés comme fondamentaux pour garantir la sécurité juridique du citoyen. Premièrement le droit du citoyen d'être entendu, deuxièmement le droit prendre connaissance des dossiers, troisièmement le droit d'être conseillé, quatrièmement le droit d'être représenté, cinquièmement l'obligation de l'autorité administrative de motiver les actes administratifs et

---

<sup>1</sup> J.RIVERO, *Démocratie et administration*, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 828.

<sup>2</sup> Jeanne LEMASURIER, «Vers une Démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé», *Revue du droit public*, 1980, Paris, p. 1239-1269.



sixièmement l'obligation de spécifier les voies de recours. Ces principes sont généralement définis selon la tradition française comme « les droits de la défense ». Ainsi la résolution n° 77 (31) ne fait que transférer les garanties de participation, de publicité et de transparence propre aux procédures devant les juridictions judiciaires<sup>2</sup>, aux procédures administratives, afin d'éliminer une situation inadmissible de privilège de l'administration publique<sup>3</sup>. L'ensemble de ces droits constitue les garanties dont l'individu doit disposer dans un État de droit afin de faire valoir ses droits par rapport aux autorités administratives pendant la procédure administrative. Le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit de la défense. L'examen des droits d'accès à l'information dans la procédure administrative conduit donc dans un premier temps à s'interroger sur la place des droits de la défense et en particulier du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit communautaire (Chapitre I), puis à examiner la garantie du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit français, allemand et italien (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> Résolution Nr.77 (31), «On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities», adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, Council of Europe. Information Bulletin on legal activities, June 1978, S.48.

<sup>2</sup> Les procédures devant les juridictions judiciaires doivent respecter le principe du « droit à un procès équitable ». Cette expression est souvent utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme pour désigner l'ensemble des garanties offertes au justiciable par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour en effet s'est prononcée le 21 fév. 1975 suite à l'affaire *Golder c/ Royaume—Uni* en reprenant cet art. et dit qu'il faut l'interpréter par le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge et que les autres garanties prévues pour l'art 6 sont notamment l'exigence de publicité et d'équité du procès qui sont les garanties procédurales auraient peu d'intérêt et ne pourraient être mises en application s'il n'y avait pas de procès. Pour un commentaire voir. F.SUDRE, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

<sup>3</sup> P.MERIGHI, *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti*, op. cit. p. 50 et s.

## **CHAPITRE I: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit communautaire**

Les principes affirmés par le Conseil de l'Europe dans sa résolution n° 77/(31) doivent influencer aussi le droit de la Communauté européenne. Le droit communautaire est principalement appliqué par les États membres. Mais les institutions communautaires elles-mêmes appliquent le droit communautaire dans le cadre d'une procédure administrative. Ce sont les procédures relatives aux infractions des personnes privées aux règles de concurrence, d'antidumping et on peut également évoquer la procédure disciplinaire de la fonction publique européenne. C'est dans ces domaines qu'existent des règles de procédure, définies comme « droits de défense », et qui ont comme fonction d'assurer « l'efficacité de l'action administrative »<sup>1</sup>. Or, ces règles de procédure ont été profondément marquées par la jurisprudence du juge communautaire qui a érigé le respect des droits de la défense au rang de principe général du droit<sup>2</sup> (Section I), avant d'être reconnu par le droit communautaire dans des domaines spécifiques (Section II).

---

<sup>1</sup> TPI ord. 19 juin 1996, aff. T-134/94 e.a., NMH Stahlwerke GmbH e.a., Rec. p. II-2293, pt. 74.

<sup>2</sup> Dans l'arrêt CJCE 22 mars 1961, aff. jtes 42 et 49/59, SNUPAT c. Haute Autorité, le juge a reconnu les droits de la défense aux seules procédures se déroulant devant des instances juridictionnelles. La jurisprudence ultérieure a étendu son application aux procédures administratives, voir dans ce sens (CJCE 23 octobre 1974, aff. 17/74, Transocean Marine Paint Association, pt. 15 ; et: CJCE 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann Laroche, pt. 9 : « Attendu que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif ».

## **SECTION I La reconnaissance des droits de la défense à travers la jurisprudence du juge communautaire**

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a de façon graduelle formulé un catalogue de principes relatifs à l'activité administrative et des aspects procéduraux principaux, joue un rôle fondamental dans l'affirmation des principes de procédure administrative. La consécration par le juge communautaire des principes généraux du droit participe à l'élaboration d'une Communauté de droit (§1). Cette consécration se caractérise par le parachèvement prétorien du droit de la défense (§2).

### **§1 La consécration par le juge communautaire des principes généraux du droit participe à l'élaboration d'une Communauté de droit**

Le Traité constitutif de la Communauté européenne n'affronte pas la thématique de la procédure administrative, mais contient des principes d'une certaine importance procédurale, comme l'obligation de motiver et de publier les actes communautaires art 253-254 (ex art 190-191). L'article 255 (inséré par le Traité d'Amsterdam dans le Traité CE) garantit le droit : « tout citoyen européen et toute personne physique ou morale résident ou ayant siège dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission »<sup>1</sup>. S'y ajoutent les règlements intérieurs relatifs au fonctionnement de chaque institution communautaire qui règlementent l'accès aux documents<sup>2</sup>. Dans les rapports entre institutions et États membres, le Traité CE et le droit dérivé se sont limités à prescrire des règles de procédures et de formes, destinées à assurer la coopération la plus efficace entre institutions communautaires et administrations nationales, afin de garantir l'application uniforme du droit communautaire<sup>3</sup>. Par le vide laissé par le Traité et par le droit dérivé, la Cour de justice s'est vu conférer un pouvoir d'abstraction équivalant à une fonction

---

<sup>1</sup> Traité d'Amsterdam, office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, p. 46, article 191 A, 1997.

<sup>2</sup> Voir le I du titre I de la partie I.

<sup>3</sup> LAFAY (Frédérique), «L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire», in *RTDeur*.33 (1), jan-mars 1997.

quasi normative<sup>1</sup>. Ainsi la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance a introduit la protection des personnes vis-à-vis de l'administration communautaire. La Cour s'est largement inspirée des droits internes des États membres ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme, pour imposer des règles jugées fondamentales aux autorités communautaires, en procédant toujours par une réception sélective visant à concilier les droits des particuliers en matière de protection juridique, et les exigences d'une administration efficace et efficiente de la Communauté (droit au juge et principe de la sécurité juridique, droits de la défense).

Le droit au juge est un droit fondamental reconnu aux particuliers pour la protection des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire.<sup>2</sup> Ainsi parmi les compétences afférentes au contentieux administratif, il existe la possibilité d'engager une action devant une juridiction contre un organe administratif, action qui est généralement soumise à des règles. Le requérant doit justifier d'un intérêt par rapport à l'objet de sa plainte. Dans l'affaire *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*<sup>3</sup>, la Cour souligne « qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membre et qui a trouvé sa consécration dans les art. 6 et 13 de la Conv.EDH ».

La contestation en justice d'une décision administrative communautaire n'est alors possible que si le requérant justifie personnellement d'un intérêt pour agir. Par exemple, pour le recours en annulation contre des sanctions (art 229 du Traité CE), les personnes privées peuvent attaquer les décisions du Conseil et de la Commission qui ont été prises à leur égard ainsi que les décisions prises sous forme d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, mais la concernant directement et individuellement. Les particuliers peuvent exciper d'un droit par la voie d'une action en justice devant le juge communautaire dès lors qu'ils y ont porté atteinte par un État membre ou par une institution. Dans le droit dérivé, l'article 17 du Règlement n° 17/62 du Conseil affirme que la Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours intentés contre des décisions par laquelle la

---

<sup>1</sup> J. SCHWARZE, *Die Befugnis zur Abstraction im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden Baden 1976, pp. 182 et ss.

<sup>2</sup> «Il y a lieu de répondre en soulignant que tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un État membre contraires au droit communautaire doit avoir la possibilité de rechercher la protection d'un juge », CJCE 16 nov.1981, *Foglia c/Novello*, aff. 244/80, Rec. p. 3045. pt. 26.

<sup>3</sup> CJCE, 15 mai 1986, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* aff.22/84, Rec.1986, , Rec. p. 1651.

Commission fixe une amende ou une astreinte dans les procédures en matière d'entente. Cela dit, le droit au juge ne constitue pas directement une garantie pour l'accès à l'information.

En effet, le droit au juge n'implique pas la garantie d'un recours effectif en vue d'obtenir la communication de documents et des dossiers détenus par les autorités publiques. La Cour, au contraire, rattache au principe du droit au juge, l'obligation de motivation garantie par l'article 253 CE. La motivation constitue l'un des développements essentiels de la jurisprudence de la Cour sur la violation des formes substantielle dans le cadre du recours en annulation, en soulignant que «la motivation d'une part, permet aux intéressés de comprendre la portée de la décision prise à leur égard et d'assurer la défense de leurs intérêts et, d'autre part, mettre le juge en mesure d'exercer le contrôle de la légalité dans le cadre de l'article 173 en faveur des justiciables auxquels ce recours est ouvert»<sup>1</sup>. La violation de la motivation entraîne l'illégalité de l'acte<sup>2</sup>. L'exigence du juge communautaire quant au niveau de motivation varie en fonction des actes. La motivation doit être adaptée à la décision<sup>3</sup>; elle doit être en principe communiquée à l'intéressé en même temps que la décision faisant grief. L'absence de motivation ne peut être régularisée par le fait que l'intéressé apprend les motifs de la décision au cours de la procédure devant la Cour<sup>4</sup>. Sur ce point, le droit communautaire a joué un rôle de précurseur dans l'évolution du droit administratif de la plupart des États membres.

L'action du juge communautaire dans la sauvegarde des droits de la défense est beaucoup plus incisive sur l'accès à l'information. L'action de la Cour a veillé à la sauvegarde et au respect des droits de la défense et du principe de sécurité juridique, qui ont été déduits à travers une série de principes dérivés, en matière de publicité des actes, de motivation, de bonne foi, et à certains égards de confiance légitime, qui sont autant de sources d'obligations à charge des institutions communautaires, dont dépend l'efficacité et l'approfondissement du contrôle de la légalité de leur action<sup>5</sup>.

L'interprétation des Traités par la Cour de justice et la consécration par celle-ci de certains principes généraux du droit ont fait que l'exigence de respect des droits de la défense participe à l'élaboration d'une Communauté de droit. telle que la Cour l'a définie par

---

<sup>1</sup> CJCE 8 févr.1969, Mandellic/Commission, aff.3/67, Rec. p.35.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> CJCE arrêts du 30 septembre 1982, Amylum/Conseil, aff. 108/81, rec. p. 3107,3134 et s. Roquette frères /Conseil, aff.110/81, Rec. p. 3159,3183 et s. Tunnel Refineries/Conseil, aff. 114/81, Rec. p. 3189, P. 3210 et s.

<sup>4</sup> CJCE, arrêt du 26 novembre 1981, Michel/Parlement , aff. 195/80, Rec . p. 2861, 2876 et s.

<sup>5</sup> LAFAY (Frédérique), «L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire», op. cit.

référence à l'État de droit, dans le souci de garantir un fonctionnement du système juridique communautaire fondé sur le respect du droit. Cela dit, l'interprétation de ces principes et leur validité ne font pas l'unanimité. En effet, « la proclamation constante et régulière, par la Cour de justice, du caractère fondamental des droits de la défense ne suffit pas, à elle seule, à concrétiser le principe en question. Elle ne constitue qu'un point de départ lui permettant de délimiter son contenu et sa portée »<sup>1</sup>. La question se pose de savoir si les principes du droit possèdent une validité directe en tant que source autonome du droit communautaire ou s'ils ne peuvent prétendre qu'à une validité dérivée. Nous pouvons constater que généralement, comme c'est le cas en Allemagne, une large partie des juristes (de la doctrine) considèrent que la Cour de justice a le pouvoir de sanctionner le cas échéant la violation de ces principes de la même manière qu'une infraction à des règles écrites<sup>2</sup>. Ces principes ont une nature et une valeur juridique différentes. En effet, les principes affirmés par les normes secondaires ont une valeur restreinte, dans le sens où elles peuvent être appliquées uniquement pour le secteur spécifique réglementé. Au contraire, les principes élaborés par la Cour se montrent comme des principes généraux de droit communautaire. Ainsi, il est nécessaire de d'examiner le parachèvement du droit de la défense.

## §2 Le parachèvement prétorien des droits de la défense

La garantie des droits de la défense a été solidement établie au fil de la jurisprudence de la CJCE et du TPI. La Cour de justice a formulé le plus grand nombre de normes jurisprudentielles qui s'appliquent à l'administration. Comme le droit communautaire écrit ne contient pas toutes les règles nécessaires à la résolution des litiges, la Cour de justice les a créées elle-même par voie de parachèvement prétorien du droit<sup>3</sup>.

« Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> PAPAPOULOU R-E, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origine et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 174.

<sup>2</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 1994, op.cit. p. 78.

<sup>3</sup> Cf. Jürgen Schwarze, "Tendance vers un droit administratif commun en Europe" *RTD eur.* 29 (2) avr-juin 1993 p. 237.

<sup>4</sup> CJCE 13 février 1979, aff.85/76, Hoffmann-La Roche/ Commission, Rec. p. 461, 511 (concl. Reischl, p. 562).

Le juge communautaire s'inspire principalement du droit administratif des États membres (ce que révèle le recours fréquent, au cours de la procédure, à des recherches de droit comparé sur le régime des actes dans les différents États membres), notamment du droit administratif français, comme par exemple concernant la question du droit d'audition des intéressés au cours de la procédure administrative non contentieuse<sup>1</sup>. La CJCE met l'accent sur la portée générale de la protection des droits de la défense. Ainsi la Cour a su imposer le respect du caractère contradictoire de la procédure devant les organes administratifs juridictionnels<sup>2</sup>, mais aussi dans toutes les hypothèses où les institutions communautaires mettent en œuvre une procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci et même en l'absence de réglementation concernant la procédure en cause<sup>3</sup>. Or, la Cour souligne que les règles relatives aux droits de la défense sont l'expression d'un principe général applicable à toute procédure en précisant que « en tant que principe de caractère fondamental, [le droit de la défense] doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable, telles les demandes de renseignements visées à l'article 11 du Règlement n° 17 »<sup>4</sup>; il s'applique donc « à toute procédure susceptible d'aboutir à une décision d'une institution communautaire affectant de manière sensible les intérêts d'une personne »<sup>5</sup>. Les institutions communautaires sont ainsi obligées de respecter le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue<sup>6</sup>, ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante<sup>7</sup>. La portée de l'obligation de motiver, consacrée par l'article 253 TCE, dépend de la nature de l'acte en cause. Lorsqu'il s'agit d'un règlement, la motivation peut se

---

<sup>1</sup> Edmond Honorat, « L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 20 juin 1996 spécial . p. 76 sp 82.

<sup>2</sup> CJCE, 22 mars 1961, *Breedband / société des Aciéries du temple S.N.U.P.A.T/ Haute Cour*, aff. 42 et 49/ 59 Rec. 156.

<sup>3</sup> Ainsi la Cour a précisé le principe du contradictoire devant le conseil de discipline instauré par le Statut des fonctionnaires :

" Parmi les principes fondamentaux du droit de la procédure que le conseil de discipline, bien qu' il ne constitue qu' un organe consultatif, doit respecter, figure le principe du caractère contradictoire de la procédure, rappelé par l'article 6 de l' annexe IX au statut, qui prévoit la possibilité pour ce conseil d'ordonner une enquête contradictoire '. Cette dernière expression doit être interprétée, compte tenu de la règle prévalant dans la plupart des ordres juridiques des États membres », CJCE, Arrêt De Compte c/ Parlement européen du 20 juin 1985, aff. 141/84. Rec. 1985, p. 1951.

<sup>4</sup> CJCE, 18 octobre 1989, *Solvay et Cie c/ Commission*, aff. 27/88, rec. 1989, p. 3355.

<sup>5</sup> CJCE, 10 juillet 2001, *Ismeri Europa Srl c/ Cour des comptes*, , aff. C-315/99 P Rec. 2001, p. I-5281.

<sup>6</sup> Voir dans ce sens : CJCE, 4 juillet 1963., *M. Maurice Alvis / Conseil de la Communauté économique européenne*. Affaire 32-62 Rec 1963 p. 101 ; Arrêt *Van Eick c/ Commission* du 11 juillet 1968, aff. 35/67. Rec.1968, p. 481.

<sup>7</sup> CJCE, du 21 novembre 1991 Arrêt *TU München Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.

borner à indiquer, d'une part, la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption, d'autre part, les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre. Lorsque la Commission prend une décision dans le cadre d'une procédure administrative, dans le cadre des règles de concurrence par exemple, la Commission doit mentionner «les éléments de fait dont dépend la justification de la décision et les considérations juridiques qui l'ont amenée à prendre celle-ci»<sup>1</sup>. La motivation d'une décision faisant grief doit être de nature à permettre «au juge communautaire d'exercer son contrôle de légalité et à l'intéressé de connaître les justifications de la mesure prise, afin de pouvoir défendre ses droits et de vérifier si la décision est ou non bien fondée»<sup>2</sup>. La motivation constitue donc une source d'informations pour la personne intéressée. Or, c'est le droit d'accès au dossier qui constitue la principale source d'informations pour la personne intéressée, en vue d'apprécier la valeur probante des documents pour la défense.

La Cour précise que le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne fait partie des droits de la défense, mais que ce droit d'accès s'exerce dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires<sup>3</sup>. Les droits de la défense sont entendus au sens de la notion française, c'est-à-dire la participation et l'information durant la procédure administrative, sous réserve de la confidentialité de certains documents qui doit être respectée, lorsque plusieurs parties sont associées à la procédure<sup>4</sup>. En particulier, dans l'affaire *Kish Glass & Co. Ltd c/ Commission*, le juge a précisé que «les tiers ne sauraient prétendre disposer d'un droit d'accès au dossier détenu par la Commission dans des conditions identiques à celles auxquelles peuvent prétendre les entreprises poursuivies dans le cas d'une procédure administrative d'application des règles de concurrence»<sup>5</sup>. C'est dans ces limites que la Cour reconnaît un droit d'accès à l'information,

---

1 TPI 10 juillet 1991, aff. T-76/89. *ITP Ltd c/ Commission* 1991, p. II-575.

2 TPI 24 janvier 1992, aff. T-44/90, *La Cinq SA c/ Commission* Rec.1992, p. 1.

3 La Cour s'est exprimée dans ce sens en affirmant : « L'obligation de garder le secret professionnel, imposée à la Commission par l'article 20, paragraphe 2, du Règlement n°17, doit se concilier avec le respect des droits de la défense. En donnant aux entreprises, auprès desquelles des informations sont recueillies, l'assurance que leurs intérêts, liés au respect du secret des affaires, ne seront pas mis en danger, la disposition citée permet à la Commission de recueillir de la façon la plus large les données nécessaires à l'accomplissement de sa mission de contrôle, sans que les entreprises puissent lui opposer un refus. La commission ne saurait toutefois retenir à la charge de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure en constatation d'infraction aux règles de concurrence des faits ou documents qu'elle estime ne pas pouvoir divulguer, si ce refus de divulgation affecte la possibilité, pour cette entreprise, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces faits ou documents ou encore sur les conclusions que la Commission en tire». CJCE, *Hoffman-La Roche & Co. AG c/ Commission*, 13 février 1979, aff. 85/76. Rec. 1979, p. 461. pt 2. Voir aussi TPI, du 29 juin 1995, aff. T-30/91, *Solvay SA c/ Commission*, Rec.

<sup>4</sup> Lafay Frédérique, «*L'accès aux documents du Conseil de l'Union : Contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire*» revue trimestrielle de droit européen, n°1 janvier-mars 1997 éditions Sirey, pt. 40.

<sup>5</sup> TPI, 30 mars 2000, *Kish Glass & Co. Ltd c/ Commission* aff. T-65/96. pt 34.



en tant qu'il est un aspect des droits de la défense<sup>1</sup>. Les règles de procédure administrative sont ainsi directement concernées par cette jurisprudence, étant donné que ces règles se trouvent encore dans une phase de « statut nascendi » au niveau des Traités et du droit dérivé. La consécration textuelle des droits de la défense dans la procédure administrative communautaire s'est concrétisée dans des secteurs spécifiques de la normative secondaire avant qu'ils ne soient considérés comme droits fondamentaux par Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

## **SECTION II La consécration textuelle du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative communautaire**

Le nouveau Règlement CE 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence<sup>2</sup> a consacré textuellement la garantie des droits de la défense des entreprises poursuivies par la Commission. Il constitue un changement profond par rapport au Règlement n° 17/62<sup>3</sup>. Ce dernier ne les mentionnait pas, et se limitait à reconnaître le droit des entreprises à être entendues. Le nouveau Règlement constitue une avance principalement pour les personnes morales, à commencer par les entreprises, qui peuvent être touchées dans leurs droits et leurs intérêts par l'activité administrative des institutions et organes communautaires. Cela dit, les particuliers, les citoyens, sont également directement touchés ou concernés par l'administration communautaire, même si les institutions ne sont pas des fournisseurs directs des services typiques de l'État démocratique (éducation, sécurité sociale, logement, etc.). La personne physique ou morale a en effet la possibilité d'engager une action devant une juridiction contre un organe administratif. Cette action est soumise à des règles précises : elles doivent d'abord déterminer la qualité d'agir, l'intérêt à agir et la nature de l'acte d'être contesté. C'est d'abord avec le droit de la fonction publique (comme dans les États membres) que se sont affirmées traditionnellement des garanties relatives à la protection juridique des

---

<sup>1</sup> CJCE 29 juin 1994, *TransMarine Paint Association c/Commission*, préc. *Fiskano ABC/Commission*, aff. C-135/92, rec 1994-6. p. I-2885.

<sup>2</sup> CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOUE n° L. 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

<sup>3</sup> Règlement CEE N° 17 du Conseil du 6 février 1962 (JOCEdu 21 février 1962, p. 204).

fonctionnaires dans la procédure administrative<sup>1</sup>. Cela dit, c'est dans le cadre des procédures administratives d'application des règles de concurrence que les droits de la défense ont trouvé une consécration effective. Il convient à présent d'analyser le droit d'accès à l'information garanti par les droits de la défense (§1) et ses limites (§2).

## **§1 Les droits d'accès à l'information garantis par les droits de la défense dans la procédure administrative dans le domaine de la concurrence**

La modernisation des règles d'application 81 et 82 du Traité vient d'être réalisée avec l'adoption du Règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82<sup>2</sup>. L'importance de ce nouveau texte ne fait aucun doute, vu surtout qu'il a déjà fait l'objet de plusieurs études<sup>3</sup>. Mais surtout le nouveau Règlement a une signification toute particulière, car il reconnaît aux droits de la défense la valeur de « *droits fondamentaux*

---

1 L'article 87 du statut des fonctionnaires prévoit que l'intéressé doit être préalablement entendu avant que l'autorité investie de nomination puisse prononcer la sanction d'avertissement et de blâme. Dans le cadre disciplinaire, le fonctionnaire peut toujours consulter intégralement son dossier personnel.

Le statut des fonctionnaires, «Statut des fonctionnaires du 18/12/1961, Règlement CEE n°33/61 et CEEA n° 11/61; JOCE 1962, p. 1385; modifié par le règlement CEE Euratom, CECA n° 259/68 du 29/2/68, JOCE/ L 56 du 4/3/68, p. 1 ainsi que d'autres modifications», garantit au fonctionnaire d'accéder à son dossier personnel. Le droit des agents publics à la communication de leur dossier est prévu par l'article 26 du Statut; il affirme le droit de tout fonctionnaire, même après cessation de ses fonctions, de prendre connaissance des pièces figurant à son dossier. Le dossier individuel a un caractère confidentiel et ne peut être consulté que dans les bureaux de l'administration. En cas de recours contentieux de la fonction publique et qui devra être formé devant le Tribunal de Première Instance, le dossier individuel est transmis au tribunal. Le citoyen ne dispose que de possibilités limitées d'action juridictionnelle dans le cas où une institution ou un organe communautaire n'a pas respecté les normes de bonne administration. Si un manquement s'est vérifié dans le domaine d'activités communautaires, le citoyen peut s'adresser au Médiateur en alléguant un cas de mauvaise administration ou peut engager une procédure devant le Tribunal de Première Instance. Le recours des fonctionnaires, prévu par l'art 236 CE art fait l'objet des dispositions des articles 90 et 91 du statut unique des fonctionnaires. Le recours doit être précédé par un recours administratif préalable. Le conseil de discipline, même s'il est seulement un organe consultatif, doit respecter le principe du caractère contradictoire de la procédure, affirmé par l'art 6 de l'annexe IX du Statut. Cet article prévoit la possibilité pour le Conseil d'ordonner une enquête contradictoire. Dans le même sens, lorsque le conseil de discipline décide de procéder à l'audition de témoins, le fonctionnaire incriminé ou son défenseur doit être mis en mesure d'assister à ces auditions et de poser des questions aux témoins. La possibilité offerte au fonctionnaire de prendre connaissance de la transcription écrite des auditions et de présenter des observations à leur sujet ne suffit pas pour assurer le respect du caractère contradictoire de la procédure, a été précisé par la Cour dans CJCE, arrêt du 20 juin 1985, De Compte/Parlement, aff 141/84, Rec; p. 1951.

<sup>2</sup> JOCE. L 1, 4 janvier 2003 qui remplace depuis le 1er mai 2004 le Règlement 17/62.

<sup>3</sup> V. not. J-B. BLAISE, L. IDOT, Concurrence ( 1er janvier 2003-31 mars 2003 Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, RTD eur. 39( 2) avr-juin 2003; L. IDOT, Premières vues sur le nouveau Règlement d'application des articles 81 et 82 CE, Europe. fevr. 2003, chron. 2; R. KOVAR, Le Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, D. 2003.478; S. REIFERGERSTE, «L'articulation du droit communautaire et du droit national de concurrence. Le Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 (...) », JCP 2003. ed. G.I.657.B. CHEYNEL, *Les droits de la défense des entreprises poursuivies et Règlement 1/2003*, mémoire DESS, Lyon III, 2003.

de la défense »<sup>1</sup>, comme le fait par ailleurs la Charte des droits fondamentaux avec son l'article 41 en affirmant :

«1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment: le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre; le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. »

Cela dit, le législateur communautaire se contente de consacrer, de manière incomplète, une construction jurisprudentielle solidement établie par la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des droits de la défense. En effet dans le domaine de la procédure administrative concernant la concurrence, la Cour a développé un ensemble de règles de procédure, car la consécration textuelle du respect des droits de la défense des entreprises poursuivies fut tardive. Le Règlement n ° 17/62 ne les mentionne pas, « se bornant à viser le droit des entreprises d'être entendues »<sup>2</sup>. Le Règlement n° 99/63 y fait une brève référence « mais en limitant ce principe au « droit de présenter des observations à l'issue des instructions ». La consécration textuelle des droits de la défense s'est esquissée avec l'adoption du Règlement<sup>3</sup> relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE, mais ce n'est qu'avec l'adoption du Règlement n° 1/2003 qu'elle a pris réellement corps<sup>1</sup>, en consacrant la jurisprudence de la Cour en matière d'accès aux dossiers. Le Règlement CE 1/2003 a le mérite d'avoir codifié les droits de la défense tout en maintenant dans les grandes lignes le système du Règlement 17/62. L'analyse tiendra donc compte des droits de la défense garantis initialement par le Règlement 17/62 et des modifications apportées par le nouveau Règlement 1/200. L'examen des droits de défense se limitera aux dispositions ayant une importance concrète sur les droits à l'information des entreprises concernées, qui sont : le droit d'être entendu (A), le droit d'accès aux dossiers (B) et l'obligation de motivation (C).

---

<sup>1</sup> CONSEIL, Règlement (CE) n° 1/2003, précité, Exposé des motifs pt. 5 ou 32, art. 12-3 ou 27.

<sup>2</sup> SAINT-ESTEBEN R., «Les droits de la défense dans l'application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence», in *RAE*, 1994, n°4, p. 49-65, respectivement p. 49 et 50.

<sup>3</sup> Règlement n° 2842/983 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE

## A Le droit d'être entendu

Le droit d'être entendu par l'administration est un corrélat nécessaire du droit d'être entendu en justice. C'est dans le droit d'être entendu, prévu explicitement par le Règlement 17/62 que la notion de droit de la défense a trouvé initialement son application principale. L'administré constatant un acte faisant grief peut réellement exercer le droit d'être entendu uniquement s'il a connaissance des moyens de preuve (pièces justificatives) et des faits à sa charge en possession des autorités administratives communautaires. La connaissance des actes à sa charge permet à la personne concernée de contrôler les griefs à sa charge et par la suite d'organiser une défense adéquate<sup>2</sup>. L'accès permet au requérant d'évaluer si son recours a une possibilité de réussite. En même temps, elle garantit la participation des personnes indirectement concernées. La simple allusion à la communication des griefs dans le Règlement 1/2003 n'a pas été approfondie dans le Règlement d'application n° 773/2004<sup>3</sup>. Aux termes de celui-ci, il apparaît que les garanties textuelles l'entourant seront calquées sur celles reconnues par le Règlement précédent<sup>4</sup>. Pourtant, il aurait été souhaitable que le projet de modernisation insistât avec plus de précision sur le contenu même de cette communication des griefs. Le Règlement n° 1/2003, pas plus que le Règlement n° 773/2004, ne consacrent les éléments minimaux à faire apparaître dans la communication des griefs<sup>5</sup>. La procédure d'instruction suivie par la Commission obéit à des règles: ce respect est contrôlé par la Cour de justice à laquelle s'est substitué depuis sa mise en place en 1989 le Tribunal de Première Instance<sup>6</sup>.

Le juge a développé une relation entre le pouvoir d'appréciation attribué à l'administration et le respect des garanties procédurales avant que l'autorité administrative ne

---

1 Cf. B. CHEYNEL, *Les droits de la défense des entreprises poursuivies et Règlement 1/2003*, Mémoire, 2002/2003, op. Cit. p. 9 et 10.

2 Dr. Ulrich M. Gassener, «Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts», DVBl. 1 janvier 1995, p.20.

3 Dans son article 10-1, la Commission se contente d'imposer l'écrit pour la communication des griefs (COMMISSION, Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE n° L. 123 du 27 avril 2004, p. 18-24, sp. p. 21).

4 COMMISSION, Règlement (CE) n° 2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE, JOCE n° L. 354 du 30 décembre 1998, p. 18-21.

5 B. CHEYNEL, *Les droits de la défense des entreprises poursuivies et Règlement 1/2003*, mémoire DESS, op.cit.

6 *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989 sous la direction du Doyen Charles DEBBASCH, éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1990, p. 262.

prenne sa décision. Le juge a reconnu aux personnes contre lesquelles la Commission dirige une enquête susceptible d'aboutir à un acte leur faisant grief un droit d'être entendu comparable à celui admis par la législation des États membres. Les garanties procédurales accordées aux parties par la réglementation communautaire ont été considérablement renforcées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de Première Instance. C'est le pouvoir juridictionnel communautaire, associé aux juridictions nationales, qui est seul en mesure de garantir l'exercice des droits reconnus. L'existence d'un droit de recours garantit le respect du droit dans le cadre de l'ordre juridique communautaire. C'est par sa mise en oeuvre que passera en particulier la possibilité pour les sujets de droit communautaire de se prévaloir des garanties des droits reconnus en matière de transparence en cas de violation de ces droits par les institutions <sup>1</sup>. Dans l'arrêt de la Cour du Hoffmann-La Roche & Co.Ag<sup>2</sup>, la Cour affirme l'obligation du respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, les droits de la défense constituant un principe général du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif. Le respect des droits exige que l'entreprise ait été mise en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur tout document retenu par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction.<sup>3</sup> Dans l'affaire Technische Universität München, elle a reconnu à toute partie intéressée le droit d'être entendue, même sans qu'un texte ne le prescrive, c'est-à-dire, le droit d'être mis en mesure, au cours même de la procédure qui se déroule devant une institution communautaire, de prendre position et de faire connaître utilement son point de vue sur la pertinence des faits ainsi que, le cas échéant, sur les documents retenus par l'institution communautaire<sup>4</sup>. La Cour de justice affirmait déjà dans l'affaire Transocean Marine Paint Association, relative au droit de la concurrence, la nécessité de reconnaître en droit communautaire un principe général selon lequel :

---

<sup>1</sup> Idem. p. 280.

<sup>2</sup> CJCE, 13.2.1979 affaire 85/76 Hoffmann-La Roche&Co.Ag,

<sup>3</sup> CJCE aff. 85/76 Hoffmann-La Roche & Co.AG c/Commission des Communautés européennes, Rec 19.79., p. 461 ( sp 512 et sv).

<sup>4</sup> CJCE 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 25.

« les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue »<sup>1</sup>.

L'avocat général WARNER en faisant la comparaison avec les droits administratifs des États membres, a reconnu comme principe général *audi alteram partem* aussi à l'égard de l'administration<sup>2</sup>. À côté de ces principes généraux la jurisprudence a renforcé les droits procéduraux garantis sur le plan normatif comme dans le cas de l'obligation de motiver garantie par l'article 190 CE :

«Ainsi, il ne suffit pas que les États membres, en tant que destinataires de la décision, soient avertis des raisons de celle-ci du fait de leur participation à la procédure préparatoire et que la requérante, en tant que personne directement et individuellement concernée, soit en mesure de les déduire en rapprochant la décision en cause des décisions antérieurement similaires. Encore faut-il que la requérante soit effectivement mise en mesure de défendre ses droits et que la Cour puisse exercer un contrôle efficace sur la base de la motivation »<sup>3</sup>.

Mais ces garanties procédurales ne sont pas illimitées, au contraire, elles rencontrent des limites dans la nécessité de garantir la réalisation d'un projet administratif poursuivi par la loi<sup>4</sup>. Par exemple, dans le cas de l'affaire National Panasonic c/Commission, la Cour de justice a considéré qu'il n'était pas contraire au droit de la défense que la Commission en tant qu'autorité compétente en matière de concurrence procède pour la découverte d'infractions au droit en matière d'entente à des vérifications auprès des entreprises concernées, même sans information préalable<sup>5</sup>. Nous pouvons constater que l'évolution de l'aménagement de la procédure administrative en droit communautaire a été marquée par le respect des principes généraux inhérents à l'État de droit, et en particulier celui de la protection juridique. Le droit d'être entendu était déjà garanti par l'article 19 paragraphes 1 et 2 du Règlement n° 17 du Conseil qui impose à la Commission de donner aux entreprises (et associations d'entreprises), contre lesquelles elle dirige son enquête, l'occasion de faire connaître leur point de vue sur les

---

<sup>1</sup> CJCE Aff. 17/74 *Transocean Marine Paint Association c/ Commission*), Recueil 1974, pp. 1063. (1081°, également CJCE aff. 85/76 *Hoffmann La Roche c/ Commission*), Recueil 1979, pp. 461 (561).

<sup>2</sup> Avocat général WARNER «*Transocean Marine Paint Association c/ Commission*»*ibid* (note 42), Recueil 1974, pp. 1063 (1090-1092).

<sup>3</sup> Aff. 294/81 *Control Data Belgen c/Commission* Recueil 1983, pp. 911 (928 n° 14 et s.).

<sup>4</sup> Cf. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen* 1994, op.cit. p. 1256.

<sup>5</sup> Aff. 136/79 *National Panasonic c/ Commission* , Recueil 1980, pp. 2033 (2053 et ss.).

griefs retenus par la Commission<sup>1</sup>. Selon le paragraphe 2, d'autres personnes physiques ou morales peuvent obtenir le droit d'être entendues si elles le demandent et justifient d'un intérêt suffisant.

Néanmoins, la Commission refuse aux entreprises d'obtenir l'audition d'un témoin à décharge<sup>2</sup>, pas plus qu'elle ne permet le « contre-interrogatoire » des entreprises ayant fourni des témoignages à charge<sup>3</sup>. Cette situation est susceptible de contrevenir à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>.

Par conséquent, étant donné que la Commission peut infliger des amendes considérables aux entreprises ayant violé les règles communautaires, l'importance d'être entendu en résulte automatiquement comme fondamentale afin de pouvoir se défendre contre la décision de sanction de la Commission<sup>5</sup>.

L'organisation de la procédure doit garantir la sécurité juridique des entreprises soumises à vérification: c'est surtout à travers les garanties d'objectivité, tendant notamment à améliorer l'information des entreprises, ainsi que l'accès aux dossiers. Un conseiller auditeur a, pour cela, été chargé de veiller au respect du contradictoire pendant la procédure : il doit assurer « le bon déroulement de l'audition et contribuer au caractère objectif de l'audition comme de la décision ultérieure éventuelle »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> J.O.C.E. n° 13 du 21.2.1962, p. 204/62.

<sup>2</sup> Le Tribunal dispose en effet que « le fait que les dispositions du droit communautaire de la concurrence ne prévoient pas l'obligation pesant sur la Commission de convoquer les témoins à décharge dont le témoignage est demandé n'est pas contraire aux principes généraux du droit communautaire » TPI 20 mars 2002, aff. T-9/99, HFB Holding e. a. pt. 391-392.

<sup>3</sup> CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00 P. e. a. Aalborg Portland e.a. non encore publié, pt. 200-201.

<sup>4</sup> En effet, comme l'affirme le Professeur F. SUDRE, la jurisprudence de la Cour EDH ne reconnaît pas un droit absolu à l'obtention de l'audition d'un témoin à charge comme à décharge. Cependant la Cour précise que « la recevabilité des preuves relève au premier chef du droit interne et il revient au juge national de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoin, sous la réserve majeure, toutefois, que la procédure litigieuse « dans son ensemble » revête un caractère équitable ( Cour EDH 22 avril 1992, Vidal c Belgique, req. 12351/86) in F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 6<sup>e</sup> édition 2003, p. 356.

<sup>5</sup> Ole DUE «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire» *Cahier de droit communautaire* 1991 p. 386.

<sup>6</sup> Le conseiller-auditeur est un fonctionnaire de la Commission rattaché à la direction générale de la concurrence mais doté d'une indépendance fonctionnelle.

## **B L'accès au dossier dans la procédure communautaire de la concurrence**

Afin d'élaborer sa défense, l'entreprise plaignante doit bénéficier du droit d'accès au dossier de la Commission. L'accès au dossier est une phase importante de la procédure. Or, le Règlement 17/62 ne le prévoyait pas expressément: c'est avec le Règlement 1/2003 que le droit d'accès aux dossiers a été consacré explicitement parmi les droits de la défense<sup>1</sup>. Mais le droit d'accès ne saurait être absolu: la Commission doit en effet concilier le respect des droits de la défense et l'obligation de protéger des informations confidentielles des entreprises. Ainsi, il faut examiner dans un premier temps la portée du droit d'accès au dossier (1) et analyser ensuite quels sont les documents concernés (2).

### **1 La portée du droit d'accès au dossier**

La communication des griefs est un document de procédure contenant l'objet de la procédure administrative engagée. Elle doit indiquer les principaux éléments de fait<sup>2</sup> et de droit susceptibles de conduire à infliger une amende aux entreprises concernées<sup>3</sup>. Le nouveau Règlement impose à la Commission dans la rédaction des demandes de renseignements<sup>4</sup> et des mandats de vérification<sup>5</sup>, de préciser non seulement la base juridique et le but de la demande, mais également les renseignements demandés. Pour la phase d'enquête, le Règlement s'est limité à ces quelques éléments déjà requis par les articles 11 et 14 du Règlement n° 17/62. Or, la CJCE a insisté dans sa jurisprudence entre autres sur l'identification claire des présomptions que la Commission entend vérifier et du lien qui doit unir le document réclamé à l'infraction alléguée<sup>6</sup>. En effet, selon la Cour, l'identification claire de l'objet « constitue une exigence fondamentale en vue de faire apparaître le caractère

---

<sup>1</sup> CONSEIL, Règlement (CE) n° 1/2003, précité, article 27-2.

<sup>2</sup> CJCE, Arrêt du 7.6.1983, Pioneer c/Commission, aff. 100 a 103/80 Rec p. 1825.

<sup>3</sup> Ole DUE «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», *Cahier de droit communautaire* 1991 p. 388-389.

<sup>4</sup> CONSEIL, Règlement (CE) n° 1/2003, précité, article 18.

<sup>5</sup> CONSEIL, Règlement (CE) n° 1/2003, précité, articles 20 et 21.

<sup>6</sup> Le juge communautaire a mis à la charge de la Commission l'obligation « d'indiquer (...) avec autant de précision que possible ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter la vérification » (CJCE 26 juin 1980, aff. 136/79, National Panasonic, Rec. p. 2033, pt. 26 ; CJCE 22 octobre 2002, aff. C-94/00, Roquettes Frères SA, Rec. p. I-9011, pt. 48).



justifié de l'intervention envisagée.»<sup>1</sup>. Ceci a une conséquence directe sur le droit d'être entendu.

Le droit d'être entendu comporte alors le droit de consulter les documents sur lesquels la Commission entend fonder une décision défavorable à l'entreprise<sup>2</sup>. Cette interprétation fut confirmée dans l'affaire Hüls c/Commission<sup>3</sup>: le tribunal rappelle que seuls les documents mentionnés dans la communication générale ou spécifique des griefs et ceux annexés à celle-ci peuvent être opposés, dans la décision, comme élément de preuve à l'encontre de la requérante<sup>4</sup>. Mais les documents doivent être divulgués dans leur totalité et non pas par extraits. La Cour de justice en effet, dans l'affaire AEG c/Commission, affirmait que le respect des droits de la défense exige que tout acte d'une autorité dirigé contre une personne ou une entreprise puisse être vérifié au moyen d'une consultation complète du dossier par l'intéressé<sup>5</sup>. Si une entreprise a des raisons objectives de soupçonner l'existence, dans le dossier de la Commission, de documents pertinents, mais non divulgués, elle peut, dans le cadre d'un recours en annulation, demander à la Cour d'ordonner à la Commission de produire son dossier en vue d'un examen par la Cour<sup>6</sup>.

Il est à noter que la Commission, en établissant une procédure d'accès au dossier dans les affaires de concurrence, s'est imposée à elle-même des règles formulées dans le douzième rapport sur la politique de concurrence:

« La Commission accorde aux entreprises impliquées dans une procédure la faculté de prendre connaissance du dossier les concernant. Les entreprises sont informées du contenu du dossier de la Commission par l'adjonction, à la communication des griefs ou à la lettre de rejet de la plainte, d'une liste de tous les documents composant le dossier, avec l'indication des documents ou parties de ceux-ci qui leur sont accessibles. Les entreprises sont invitées à examiner sur place les documents accessibles. Si une entreprise souhaite n'en examiner que quelques-uns, la Commission peut lui faire parvenir des copies. La Commission considère comme confidentiels et, par conséquent, inaccessibles pour une entreprise déterminée les documents suivants : les documents internes de la Commission, tels que les notes, projets ou

---

1 CJCE Roquette Frères, précité, pt. 47.

2 CJCE aff. 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG c/Commission des Communautés européennes. Rec 19.79., p. 512, pt. 14.

3 TPI, 10 mars 1992, Hüls c/Commission l'affaire T-9/89 (point 53).

4 TPI 10 mars 1992, Hüls c/ Commission aff. T-9/89, recueil 1992 II-1 p. 529 point 53.

5 CJCE, 25/10/1983 AEGc / Commission aff. 107/82 rec. p. 3151.

6 Ole DUE «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», *Cahier de droit communautaire* 1991 p. 393.

autres documents de travail ; toute autre information confidentielle, telle que celles permettant d'identifier les plaignants qui ne souhaitent pas voir relever leur identité, ainsi que les renseignements communiqués à la Commission sous réserve d'en respecter le caractère confidentiel.»<sup>1</sup>

La Commission lors de sa communication du 23 janvier 1997 (97/C23/03) a précisé sa position en ce qui concerne le traitement des demandes d'accès au dossier<sup>2</sup>. L'objectif de cette communication est : « d'assurer la compatibilité de la pratique administrative courante en matière d'accès au dossier avec la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes »<sup>3</sup>. La Commission a ressenti la nécessité de préciser ses pratiques concernant l'accès aux dossiers pendant les procédures administratives en matière de concurrence à la suite de la jurisprudence dite carbonate de soude<sup>4</sup>. Dans deux des arrêts concernant l'affaire du carbonate de soude, le tribunal apporte une nouvelle contribution décisive au renforcement des droits de la défense en précisant quels sont les documents communicables.

## 2 Les documents communicables

Concernant les documents communicables, il est à relever que la Commission considère comme telles toutes pièces du dossier qui ne sont pas considérées comme non communicables. Ainsi, l'accès au dossier n'est pas limité aux documents, qui seraient considérés seulement par la Commission comme utiles pour l'exercice des droits de la défense des entreprises<sup>5</sup>. Au contraire, le communiqué de la Commission du 23 janvier 1997 fait suite à la jurisprudence du TPI, dans deux des arrêts concernant l'affaire du carbonate de soude<sup>6</sup>. Le Tribunal a contribué à renforcer les droits de la défense. Ces principes n'ayant pas été respectés dans la Décision 91/297/CEE de la Commission<sup>7</sup> relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CEE (IV/33.133-A ; Carbonate de soude — Solavy), le Tribunal les a annulés. Dans les deux affaires, le Tribunal a confirmé les principes qui

---

<sup>1</sup> TPI, 10 mars 1992, Hüls c/ Commission aff. T-9/89, point 48, recueil 1992 II- 1. p; 527-528,

<sup>2</sup> Communication 97/C2/03 JOCE C 23, 1997, p 3

<sup>3</sup> Idem 55, p. 3.

<sup>4</sup> Cf. TPI 29 juin 1995, aff T-30/91 ; p. II-1901 Rec ; p. II 1775, aff ; T-36/91, Rec. p. II 1851, aff. T-37/91 Rec p. II 1901)

<sup>5</sup> JO n° C 23/5 du 23.1.1997, p. 5.

<sup>6</sup> aff. T-30/91 Solovay SA et T-36/91 ICI).

<sup>7</sup> Décision 91/297/CEE de la Commission du 19 décembre 1990

gouvernent l'accès aux dossiers, principes qui protègent les droits de la défense et constituent un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé en toute circonstance<sup>1</sup>. Le Tribunal s'est retranché derrière l'autorité de l'arrêt Hoffmann- Laroche<sup>2</sup> et a ajouté que la Commission ne pouvait procéder à une dissociation des moyens de preuve quant à l'infraction reprochée au titre de l'article 81 TCE et examinée au titre de l'article 82 TCE. Le tribunal affirme :

« qu'il ne saurait appartenir à la seule Commission de décider quels sont les documents utiles à la défense »<sup>3</sup>, et que :

« cela est particulièrement vrai en matière de parallélisme de comportement, caractérisé par un ensemble d'agissements a priori neutres, où des documents sont susceptibles d'être interprétés dans un sens aussi bien favorable que défavorable aux entreprises concernées.»<sup>4</sup>

De plus : « compte tenu du principe général de l'égalité des armes, qui présuppose dans une affaire de concurrence que l'entreprise concernée ait une connaissance du dossier utilisé dans une procédure égale à celle dont dispose la Commission, la thèse de la Commission ne saurait être retenue. Le tribunal ne peut pas admettre que la Commission, en statuant sur l'infraction, ait disposé seule des documents portant la cote V et ait donc pu décider seule de les utiliser.»<sup>5</sup> Et pour conclure, le Tribunal ajoute que : « il ne méconnaît pas que la préparation des listes et l'éventuelle protection des secrets d'affaires précèdent « l'accès au dossier » et entraînent une charge administrative considérable pour les services de la Commission, comme celle-ci l'a fait valoir à l'audience. Cependant, le respect des droits de la défense ne saurait se heurter à des difficultés techniques et juridiques qu'une administration efficiente peut et doit surmonter (pts 102, aff. T-30/91 et 112, aff. T-36/91).

### **C L'obligation de motivation**

Les décisions prises par la Commission doivent respecter les garanties essentielles découlant anciennement du Règlement 17/62 désormais du Règlement 1/2003/CE, ces décisions doivent être prises sous une forme telle qu'elles soient susceptibles de recours

---

1 Pt. 59, aff. T30/91 et pt 69, aff. T-36/91 précités.

2 CJCE 13 févr.1979, aff. 85/76: Recueil, II, p. 461.

3 Pts. 81, aff T-30/91 et 91, aff. T-36/91.

4 Pts 82, aff. T-30/91 et 92 aff. T-36/91;

5 Pts 83 aff. T- 30/91, et 93, aff. T-36/91.

devant la Cour de justice d'une partie qui se considérerait comme lésée. Les décisions finales prises par la Commission devront être motivées, elles seront notifiées et publiées<sup>1</sup>. L'obligation de motivation est une conséquence immédiate de la soumission au droit des institutions communautaires<sup>2</sup>. L'article 235TCE y contribue d'autant plus qu'il prescrit également une obligation de motiver les actes normatifs, en assurant ainsi une protection plus large que celle accordée dans les droits internes des États membres. Elle s'impose, au-delà du champ des activités administratives, au législateur communautaire qui doit motiver les règlements, directives et décisions générales. La motivation constitue donc un vecteur d'information important et non négligeable.

Concernant la motivation, la Cour peut être amenée à examiner soigneusement la motivation de la décision pour trouver ceux des éléments retenus qui justifient les conclusions tirées par la Commission dans le dispositif de sa décision. L'interprétation des motifs joue aussi un rôle fondamental accru dans les arrêts du TPI et CJCE dans les affaires concernant le refus prévu par les décisions « accès du public aux documents » du Conseil et de la Commission<sup>3</sup>, et plus particulièrement l'obligation de motivation et la mise en balance des intérêts en présence (intérêt du citoyen à obtenir un accès aux documents d'une part, et l'intérêt de l'institution à préserver un éventuel secret d'autre part), ce qui sera vu plus spécifiquement dans la partie concernant l'accès général à l'information. Il faut noter aussi que la jurisprudence de la Cour a étendu l'exigence du respect des droits de la défense également aux enquêtes qui n'aboutissent pas à des décisions infligeant une amende. S'agissant du principe du droit d'accès au dossier, la Commission établit une distinction entre documents non communicables et documents communicables.

## **§2 Les limites au droit d'accès au dossier**

L'appréciation des limites au droit d'accès à l'information doit dans un premier temps amener à vérifier quels sont les documents exclus du droit d'accès (A) et quelles sont les autres limites au droit de la défense ayant une conséquence directe sur l'accès à l'information (B).

---

<sup>1</sup> *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989 sous la direction du Doyen Charles DEBBASCH, éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1990, p. 264.

<sup>2</sup> V. con. Av. gén. reischl. F. Bonu c/Conseil, aff. 89/79, Roc 1980, p. 553 et sv.

<sup>3</sup> TPI du 19 oct. 1995 John Carvel et Guardian Newspapers Ltd c/ Conseil aff. T-194/94, Recueil 1995 II 9/10 p. 2765, et aff. T 105/95 WWF UK c/Commission, 5 mars 1997 Recueil II p. 313.

## A Les documents non communicables

La Commission, dans son communiqué sur l'accès au dossier<sup>1</sup>, donne une série d'indications concernant l'étendue du droit d'accès. Le droit d'être entendu ne permet pas d'obtenir des informations concernant les secrets d'affaires des entreprises étrangères à la violation alléguée. La Commission distingue principalement trois types de documents non communicables : ceux couverts par les secrets d'affaires, les documents confidentiels et les documents internes. Cette classification est déjà consacrée par la jurisprudence (TPI dec 1991, aff. T-7/89, Hercules, Recueil p. II-1711). Le critère d'appréciation de la Commission, pour ce qui relève du secret d'affaires, n'a pas été défini de manière exhaustive. C'est plutôt la jurisprudence avec les arrêts Akzo et Bat Reynolds<sup>2</sup> qui a consacré l'identification de ces catégories de documents. Dans l'affaire Akzo chimie c/ Commission la Cour rappelle que l'article 214 du Traité fait obligation aux fonctionnaires et agents des institutions de ne pas divulguer les informations en leur possession qui sont couvertes par le secret professionnel (point 26). L'obligation de garder le secret professionnel est imposée à la Commission par l'art 20 §2 du Règlement n° 17, et doit se concilier avec le respect des droits de la défense. Le dit article 20, en donnant aux entreprises auprès desquelles des informations sont recueillies l'assurance que leurs intérêts, liés au respect du secret des affaires, ne seront pas mis en danger, permet à la Commission de recueillir de la façon la plus large les données nécessaires à l'exercice de la mission que lui confient les articles 85 et 86 du Traité, sans que les entreprises puissent lui opposer un refus, mais ne l'autorise pas, pour autant, à retenir à charge de l'entreprise concernée, par une procédure visée au Règlement n° 17, des faits, circonstances et documents qu'elle estime ne pouvoir divulguer<sup>3</sup> si ce refus de divulgation affecte la possibilité de cette entreprise de faire connaître utilement son point de vue sur la portée de ces circonstances, sur ces documents ou encore sur les conclusions que la Commission en tire. Confirmé par la jurisprudence de la Cour dans l'affaire Akzo point 28 : «L'article 19 paragraphe 3 et article 21, qui prévoit la publication de certaines décisions,

---

<sup>1</sup> Communiqué, sur l'accès aux dossier 23 janvier 1997, JOCE C 23.

<sup>2</sup> Arrêt du 24 juin 1986 Akzo affaire 53/85, Recueil 1986, p. 1965, points 24-2! des motifs Arrêt du 17 novembre 1987 BAT-Relolds: affaires 142/84 et 156/84, Recueil 1987, p. 4487, point 21 des motifs.

<sup>3</sup> CJCE, arrêt du 25 octobre 1985, AEG Telefunken A.G./Commission, aff.107/82, Rec., p. 3151. «si , dans le cadre d'une procédure de concurrence, la Commission estime ne pas pouvoir communiquer un document dans sa totalité à l'entreprise concernée pour des raisons de confidentialité et de protection du secret commercial, elle doit renoncer à l'utilisation de ces documents en tant que moyen de preuve».

impose l'un et l'autre à la Commission l'obligation de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Une protection toute spéciale est ainsi assurée aux secrets d'affaires. Ces dispositions, bien qu'ayant trait à des hypothèses particulières, doivent être considérées comme l'expression d'un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative ». L'importance de l'arrêt Akzo réside aussi dans le fait d'avoir affirmé que les décisions du Conseiller auditeur sur la qualification des secrets d'affaires sont susceptibles de recours (p. 1965), mais tel n'est pas le cas des autres mesures qui continue à être classifiées d'actes préparatoires qui ne sont pas susceptibles de recours en annulation en application de la jurisprudence IBM (CJCE, 11 nov. 1981, aff. 60/81, Rec. p. 2639)<sup>1</sup>.

La Commission, de son côté, dans son communiqué du 23 janvier 1997, indique, sans donner une définition de secret d'affaires, que la notion de secret d'affaires doit être entendue de manière large, mais que si l'information couverte par le secret d'affaires est déterminante dans l'établissement de l'infraction (à charge ou décharge), il faut procéder à une balance des intérêts en présence<sup>2</sup>. Ce qui veut dire que le secret d'affaires peut fléchir devant la nécessité d'établir l'infraction, et il faut alors tenir compte de la pertinence des informations pour l'existence de l'infraction, de leur force probante, de leur caractère indispensable, du niveau de sensibilité et de la gravité de l'infraction<sup>1</sup>.

Concernant la divulgation des informations confidentielles, la Commission insiste sur le fait qu'elle doit protéger ses sources. Les secrets militaires font également partie des documents confidentiels, et la Commission considère que :

« le caractère confidentiel des documents n'empêche pas leur divulgation lorsque les informations en question sont nécessaires pour prouver une infraction alléguée (documents à charge) ou s'il s'agit de pièces infirmant ou contredisant la thèse exposée par la Commission dans sa communication de grief (document à décharge) ».

Troisième catégorie : la Commission fait simplement allusion aux règles sur l'accès au public des documents et en déclarant que les documents internes ne sont pas des preuves sur lesquelles la Commission peut s'appuyer dans son évaluation de circonstances de l'affaire. Leur accès, comme nous le verrons dans le titre II de l'étude, est réglementé par le code de conduite concernant l'accès du public aux documents de la Commission et du Conseil

---

<sup>1</sup> Jean Bernard BLAISE et Laurence IDOT, concurrence, VI «La mise en oeuvre des articles 85-86 par la Commission», p. 500, in *Revue trimestrielle de droit européen* 1997.

<sup>2</sup> *Europe*, Mars 1997 p. 19 n° 82 Procédure, accès au dossier.

figurant dans la décision 94/90/CECA, CE, Euratom de la Commission<sup>2</sup> modifiée par la décision 96/587/Euratom, CECA, CE<sup>3</sup>.

## **B Les limites aux droits de la défense ayant une conséquence directe sur les droits à l'information**

Il existe des situations qui permettent à l'administration communautaire de faire abstraction, en tout cas provisoirement, du droit à l'audition préalable<sup>4</sup>. Par exemple, la mise en péril du but de la décision est permise pour le cas où une information préalable de l'intéressé ferait échec au but poursuivi par la décision. En droit communautaire, cette limite du droit à l'audition est prévue dans le cas des pouvoirs d'investigation de la Commission dans les procédures d'ententes (concurrences). En effet, l'article 14 Règlement n° 17 autorise la commission de procédure à des vérifications également dans les locaux des entreprises. Dans l'affaire *National Panasonic c/Commission*<sup>1</sup>, l'avocat général WARNER justifie cette façon d'agir :

« Un droit d'être entendu peut toutefois exister même lorsqu'aucun texte législatif ne le confère expressément ; voir par exemple l'affaire *Transocean Marine Paint Association*. Néanmoins, la règle selon laquelle une personne dont les droits sont susceptibles d'être affectés par une décision administrative, a le droit de faire connaître son point de vue à l'autorité en question est seulement une règle générale. Elle est sujette à des exceptions ; personne n'a jamais réussi à classer les exceptions en catégories ni à définir les circonstances dans lesquelles elles existent. Mais une des exceptions doit être, à notre avis, le cas où le but de la décision serait ou pourrait être mise en échec si le droit était accordé. On en revient ainsi bien sûr ainsi à l'argument de la Commission selon lequel le but de l'exécution d'une vérification sans avertissement est de prévenir la destruction ou la dissimulation possible de documents pertinents. D'un autre côté, la situation n'est pas telle qu'une entreprise affectée par une pareille vérification serait laissée sans possibilité de recours. Son droit de soumettre la décision de la Commission au contrôle de la Cour est expressément préservé par l'article 14.

---

<sup>1</sup> Jean Bernard BLAISE et Laurence IDOT, concurrence, VI «La mise en oeuvre des articles 85-86 par la Commission» p. 500, in *Revue trimestrielle de droit européen* 1997.

<sup>2</sup> JO n° L 46 du 18 . 2. 1994, p. 58.

<sup>3</sup> JO n° L247, du 28.9.1996, p. 45.

<sup>4</sup> Cf. SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruylant , Volume II 1994, op.cit. p. 1398.

Certes, ce remède peut seulement être utilisé si la Commission a raison, après que la vérification a eu lieu, mais cela n'en fait pas un remède inefficace. Ainsi que la Commission l'a concédé, la Cour peut, si elle juge que la décision a été illégale, enjoindre à la Commission de renvoyer à l'entreprise toute copie de document qu'elle a obtenu à la suite de la vérification et lui ordonner de s'abstenir d'utiliser tout renseignement obtenu de cette façon»<sup>2</sup>. Les autres situations qui peuvent porter à une limitation des droits de défense sont les atteintes insignifiantes.

Dans l'affaire *Kuhner c/Commission*<sup>3</sup>, la Cour admet la possibilité qu'une mesure qui n'affecte les droits du particulier que de façon insignifiante puisse être arrêtée sans audition: « . sauf motif grave, une administration qui est amenée à prendre, même légalement, des mesures lésant gravement les intérêts, doit permettre à ceux-ci de faire connaître leur point de vue. La décision attaquée, qui maintient au requérant tous les avantages de son grade et son emploi type, n'est pas d'une nature telle qu'elle pourrait rendre nécessaire le respect d'autres formalités que celles que l'article 90 du statut prévoit pour la protection des intérêts des fonctionnaires et agents... » et comme dans les États membres, l'audition préalable est exclue dans le cas où des décisions doivent être prises immédiatement pour détourner un danger concret. Par exemple, dans le droit antidumping, la situation de préjudice est telle que des mesures doivent être prises encore avant que les intéressés ne soient informés<sup>4</sup>. Mais le Règlement 2176/84 ( Règlement antidumping) art 7 a et la décision 2177/84 prévoient expressément que les garanties procédurales doivent être garanties également en cas de mesures provisoires.

En guise de conclusion, il est à noter que la jurisprudence du Tribunal de Première Instance va au-delà du champ d'application du droit de la concurrence. En effet dans l'affaire *Eyckeler & Malt Ag*<sup>1</sup>, le Tribunal juge que :« , pour que son exercice soit efficace, le droit d'être entendu implique le droit pour l'importateur d'accéder sur sa demande à l'ensemble du dossier administratif non confidentiel concernant la décision attaquée de la Commission. Dès lors, si la Commission était en mesure d'exclure unilatéralement de la procédure administrative des documents qui lui sont éventuellement préjudiciables, cela pourrait constituer une grave violation des droits de la défense du demandeur d'une remise des droits à l'importation.» L'apport de cet arrêt est de transposer la jurisprudence en vigueur dans le

---

1 CJCE, national *Panasonic c/Commission*, l'aff.139/79 Recueil 1980, pp. 2068.

2 CJCE, *Transocean Marine Paint Association c/ Commission*, Aff. 17/74 Recueil 1974, pp. 1063.

3 CJCE, l'aff. 33 et 75/79 (*Kuhner c/Commission*), Recueil 1980 pp. 1698 point 25.

4 Cf. SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, op.cit. 1402.



domaine des règles de concurrence applicables aux entreprises<sup>2</sup> à toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief même en absence de toute réglementation concernant la procédure. S'inspirant du Règlement 17/62<sup>3</sup>, le nouveau Règlement 1/2003 est aussi bref quant au déroulement de l'instruction, étant donné que ces questions devront être traitées dans le futur Règlement d'application<sup>4</sup>. Cependant, ce nouveau Règlement précise qu'il respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus en particulier par la Charte des droits fondamentaux de l'Union et que par conséquent il doit être interprété dans le respect de ces droits et principes<sup>5</sup>. Mais surtout, et ce qui est tout à fait nouveau, c'est qu'il est désormais fait expressément référence aux « droits de la défense » (art. 20 §2), expression absente du Règlement 17/62 et qui n'avait été introduite qu'ultérieurement par la Cour<sup>6</sup>. Par exemple, le respect des droits de la défense se trouve consacré dans l'article 27§1, qui par ailleurs consacre aussi la jurisprudence communautaire, en précisant que la Commission ne peut pas fonder ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Enfin, le droit d'accès au dossier est désormais formellement mentionné dans le Règlement n° 1/2003 et plus seulement dans une communication reprenant la jurisprudence<sup>7</sup>. De plus, l'article 3-1 du nouveau Règlement impose une application parallèle des droits nationaux et communautaire chaque fois qu'un État membre entend appliquer le droit national à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. En d'autres termes, l'article 3-1 impose l'application du droit communautaire, mais il admet aussi celle du droit national. Ainsi, depuis le 1er mai 2004, la Commission ne sera plus la seule responsable de procédure de contrôle et la seule comptable du respect des droits de la défense. Il faut se demander si cette décentralisation de la compétence n'aura pas pour conséquence de compliquer l'analyse des comportements anticoncurrentiels.

---

1 TPI, 19 févr.1998, Eyckeler & Malt Ag (droits à l'importation), aff. T-42/96, point 81.

2 (V. TPI 18 décembre 1992, Cimenteries COR, aff. T-10 à 12 et 15/ 92 : Roc. II p. 2267, Europe ; 29 juin 1995, ICI, aff. T-36/91 : Roc II p. 1874).

<sup>3</sup> On trouve par exemple dans le chapitre VII intitulé « auditions et secret professionnel » ( art. 27 et 28) des dispositions largement inspirées des articles 19 et 20 du Règlement 17/62.

<sup>4</sup> Cf. J-B BLAISE; L. IDOT «Concurrence..», op. cit. p. 306.

<sup>5</sup> Considérant 37 Règlement n° 1/2003 précité.

<sup>6</sup> V. not. Le respect des droits de la défense , *in* , F. SUDRE (dir) , Réalités et perspectives des droits communautaires fondamentaux, Bruylant, 2000, p. 213-251.

<sup>7</sup> V. par exemple communication du 23 janvier 1997 sur l'accès au dossier, RTD eur. 1997. 459, n° 121.

## **CHAPITRE II: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit français, allemand et italien**

L'étude du droit d'accès à l'information pendant la procédure administrative tiendra compte premièrement de la procédure administrative allemande (Section I) puis du modèle français (Section II), et enfin de celui italien (Section III).

### **SECTION I Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative allemande**

Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative trouve ses origines dans le droit d'être entendu (*Recht auf Anhörung*), garanti dans la procédures judiciaire<sup>1</sup> par la Loi fondamentale<sup>2</sup>, avant d'être reconnu par la loi sur les procédures administratives non contentieuses<sup>1</sup> « *Verwaltungsverfahrensgesetz* (ci après VwVfG). Il est nécessaire dans un premier moment d'examiner quelle est la portée du droit d'être entendu lors des procédures judiciaires (§1) avant d'examiner le droit à l'information des parties pendant la procédure administrative (§2).

#### **§1 La portée du droit d'être entendu lors des procédures judiciaires**

Après la seconde guerre mondiale, le droit d'être entendu a été inscrit dans la Loi fondamentale (article 103 alinéa 1) en tant que droit fondamental dans le cadre des procédures judiciaires et constitue ainsi le premier des principes d'accès à l'information (A). Or, le droit

---

<sup>1</sup> K.LEONHARDT, in P. Stelkens, H.J. Bonk, K. Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz- Kommentar*, 7<sup>o</sup> édition, Berlin,-New york 1986 § 36 II ( PP. 336 ss.).

<sup>2</sup> Loi fondamentale, article 103 alinéa 1.

d'être entendu ne peut se traduire dans les faits qu'à travers l'accès au dossier devant le tribunal(B).

### **A L'article 103 de la loi fondamentale comme principe d'accès à l'information**

Le droit d'être entendu est reconnu comme un des principe de l'État de droit par l'article 103 alinéa 1 de la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne. « Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu »<sup>2</sup>. L'exercice effectif du droit d'être entendu nécessite que la personne qui a la qualité de partie à la procédure<sup>3</sup>, obtienne des informations sur la procédure<sup>4</sup> et sur son contenu principal<sup>5</sup>. En effet, le non respect serait contraire à la dignité humaine<sup>6</sup>, en réduisant la personne à un simple objet ou à un instrument de l'autorité publique dans l'État<sup>7</sup>. La loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs (ci après VwGO) précise que «le jugement ne peut être fondé que sur des faits et des preuves à propos desquels les parties ont pu exprimer leur point de vue»<sup>8</sup>. La violation du droit d'être entendu constitue selon le VwGO<sup>9</sup> un vice de procédure rendant recevable un recours en révision et constituant un moyen de révision absolu<sup>10</sup>. Ainsi, le droit d'être entendu en justice garanti par l'art 103 al.1 Loi fondamentale est aussi une garantie afin d'éviter une décision de surprise «*Überraschungsentscheidung*»<sup>11</sup>. Par ailleurs, une limitation du droit d'être entendu

---

1 Verwaltungsverfahrgesetz, 25 mai 1976, BGBl 1976, 1253, modifié par loi 23janvier 2001, I, 102 et par l'article 4 alinéa 8 de al loi 5 mai 2004, I. 718.

2 Article 103 [Droit à être entendu, interdiction des lois pénales rétroactives et du cumul des peines]

(1) Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu.

3 Selon la Cour constitutionnelle, doit être considéré comme ayant le droit de participer à la procédure, selon art 103 al.1 Loi fondamentale, uniquement le citoyen concerné juridiquement par une procédure en cours (voir BVerfGE 65,227 (233)). Le Code de procédure pénale prévoit des dispositions autorisant la participation de tiers au contentieux juridique (§395 StPO). Néanmoins la participation de tiers au contentieux judiciaire nécessite une décision du tribunal permettant à un tiers dont les intérêts ont été ou pourraient être lésés à participer à la procédure (*Einbeziehungsakt*).

4 RÜPING, *NVwZ* 1985, 304, parle d'information sur l'objet de la procédure.

5 Voir dans ce sens STEIN, *Staatsrecht*, §18 ch. V 3c.

6 Article 1 [Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique]

(1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

<sup>7</sup> BVerfGE 86, 133 (144), et Rüping, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs*, p. 24 sv.

8 Loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs, article 108, alinéa 2.

9 VwGO article, 132 II n°3, et 138, n°3 VwGO.

10 Rüping, Heinrich: *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Stafverfahren*, Berlin 1976, art103 I Rn. 40FF, et BVerfGE 86,133 (144) voir aussi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, in recueil officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale (ci-après BverfGG), 86, 133 (144) de l'arrêt.

11 Voir dans ce sens H.W. LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess / von Hans-Willi LAUMEN*. Köln : Heymann, 1984. - LVI., 295 S.; (dt.) *Rechtsgespräch*, p. 260.

n'est possible et ne se justifie que par la nécessité de protéger des droits fondamentaux d'une autre personne<sup>1</sup>.

Or, un exercice effectif du droit d'être entendu signifie, conformément à la VwGO<sup>2</sup> que la personne concernée obtienne des informations sur la procédure, qu'elle puisse consulter les dossiers qui sont utilisés par le tribunal pour la procédure, et s'en faire délivrer une copie à ses frais<sup>3</sup>. Mais l'accès à l'information concernant la procédure judiciaire est lié à une multitude de conditions. Premièrement, c'est uniquement la personne directement concernée par la procédure qui peut être informée. De plus, les informations qui doivent être considérées comme faisant partie de la procédure doivent être spécifiées. Autre problème, la participation de tiers à la procédure peut directement influencer le droit d'accès à l'information et naturellement les obligations judiciaires d'informer, qui sont directement liées au principe de la légalité de la procédure.

## **B Le droit d'accès au dossier devant le tribunal**

En dehors des principes affirmés par la loi fondamentale, les règles de procédure sont définies par les différentes lois de procédure, mettant en œuvre les principes constitutionnels<sup>4</sup>. Les règles énoncées par ces lois ont également une influence sur l'accès à l'information car elles prévoient un ensemble de principes et de règles qui permettent l'information de la partie à la procédure, comme par exemple, la citation en justice, l'accès au dossier jusqu'à la communication et motivation de la décision en justice<sup>5</sup>.

Néanmoins, selon la Cour constitutionnelle, l'accès aux documents est l'élément essentiel pour réaliser le droit d'être entendu<sup>6</sup>. En effet, les documents sont l'élément central

---

<sup>1</sup> BVerfGE 28,(243-261) par exemple la protection d'intérêts privés et publics ( secrets d'État).

<sup>2</sup> VwGO, article 100.

<sup>3</sup> Rüping, NVwZ 1985, 304 (306), Redeker Konrad, Oertzen Hans Joachim, Redeker Martin, *Verwaltungsgerichtsordnung : Kommentar* 1997, Stuttgart; Berlin; Köln; Kohlhammer (1040)p. sp. 661.

<sup>4</sup> Comme la loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*), le Code allemand de procédure civile (*ZPO Zivilprozessrecht*), ou le Code de la procédure pénale (*StPO Strafprozessordnung*).

<sup>5</sup> Voir Code allemand de procédure civile article 299 alinéa 1 Code de la procédure pénale , article 147, Loi relative à l'organisation des tribunaux de finances (ci-après FGO) article 78; Loi sur les affaires de la juridiction gracieuse (ci après FGG) article 34; Loi relative à l'organisation des tribunaux administratifs,( VwGO) article 100.

<sup>6</sup> BVerfGE 18,399 (405 f. ).

et la source principale de la procédure car ils permettent à la personne concernée d'être informée sur la procédure judiciaire en cours. Par exemple, le Code allemand de procédure civile (ZPO) affirme que les participants à une procédure judiciaire peuvent «avoir accès aux dossiers à travers une copie conforme établie par le greffe»<sup>1</sup>. Sont considérées comme partie dans le procès du contentieux civil les personnes envers lesquelles et contre lesquelles la protection juridique est demandée. Les tiers peuvent accéder aux documents uniquement s'ils ont été autorisés après décision du tribunal et seulement si ses intérêts ont été ou pourraient être lésés<sup>2</sup>.

Dans le cas de l'accès au dossier concernant une infraction régie par le Code de la procédure pénale (StPO), le défenseur a le droit de prendre connaissance du dossier en possession du tribunal<sup>3</sup>. Font l'objet de l'accès les documents en possession du tribunal concernant la saisie de la juridiction, les documents présentés par le parquet, avec l'acte d'accusation<sup>4</sup>: le parquet a l'obligation de rendre accessible au tribunal tout document sur lequel il base ses preuves. L'accès au document par le défenseur a une fonction double. Elle garantit d'un côté le droit d'être entendu et de l'autre une procédure correcte et respectueuse des règles. La Cour constitutionnelle fédérale l'a déduit du principe de légalité inscrit dans la Loi fondamentale et en liaison avec le principe du droit fondamental de l'art 2 al. 1 de la Loi fondamentale<sup>5</sup>, en complément des principes généraux de la procédure de l'art 103 al. 1, 104 al. 3<sup>6</sup> de la Loi fondamentale<sup>7</sup>. L'inculpé ne peut pas directement accéder aux documents, même s'il est le titulaire du droit d'accès aux documents selon le Code de procédure pénale<sup>8</sup>. En effet, c'est l'avocat qui exerce ce droit pour l'accusé. Cette limitation du droit d'être entendu est justifiée par la nécessité de garantir l'intégralité et le caractère complet du dossier. Le problème qui peut se poser est si l'inculpé ne dispose pas d'un défenseur même si le Code

---

1 Code allemand de procédure civile, article 299.

2 ZPO, article 299 al. 2.

3 Code de procédure pénale, article 147 al.1 StPO.

4 Code de procédure pénale, article 199 al.2 s. 2 StPO.

5 Article 2 [Liberté d'agir, liberté de la personne]

(1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale.

6 Loi Fondamentale, article 104,alinéa 3,« (3) Toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et provisoirement détenue pour cette raison doit être conduite, au plus tard le lendemain de son arrestation, devant un juge qui doit lui notifier les motifs de l'arrestation, l'interroger et lui donner la possibilité de formuler ses objections. Le juge doit sans délai, soit délivrer un mandat d'arrêt écrit et motivé, soit ordonner la mise en liberté.

7 BVerfGE 63,45 (61); BVerfGE 57, 250 (274); BVerfGE 46 202 (210).

8 Code de procédure pénale, article 147 al. 1, précité.

de procédure pénale impose un défenseur désigné d'office<sup>1</sup>. L'avocat est obligé de communiquer le contenu des actes à l'inculpé<sup>2</sup>. La doctrine considère que l'inculpé (*Beschuldigter*) doit avoir le droit d'accéder directement au dossier des documents de la procédure judiciaire et pas uniquement à travers leur défenseur<sup>3</sup>.

L'ampleur de l'accès aux documents dépend du Parquet qui produit en justice les documents. Un problème peut survenir lorsqu'il ne communique pas l'intégralité des informations en sa possession. Dans ce cas, les documents inconnus à la procédure judiciaire ne seront pas pris en considération et ne pourront pas faire partie du droit d'accès de l'inculpé<sup>4</sup>. L'avocat peut demander une communication ultérieure des preuves au juge qui doit décider s'il ordonne un complément des documents (procédure d'enquête)<sup>5</sup>. Si cette décision apporte de nouveaux documents, ceux-ci seront soumis au droit d'accès conformément au Code de procédure pénale<sup>6</sup>.

Enfin, comme dernier exemple, le cas de la procédure d'enquête sera analysé. Dans ce cas, l'accès au dossier est un moyen de preuve conservé par l'autorité: l'accès peut être refusé conformément au Code de procédure pénale s'il met en danger l'enquête et la clôture de celle-ci<sup>7</sup>. Toute mesure de l'inculpé qui pourrait mettre en danger la poursuite de l'enquête est considérée comme un danger. Conformément au Code de procédure pénale, les procès verbaux de l'inculpé et les enquêtes auxquelles était présent le défenseur ou auxquelles il aurait dû être présent normalement sont exclus de cette procédure<sup>8</sup>. Le droit d'être entendu garanti par l'art 103 de la Loi fondamentale n'est pas directement transposable au droit de la procédure administrative. Or, il existe une controverse doctrinale sur l'existence d'un fondement constitutionnel qui garantit l'accès à l'information au citoyen pendant la procédure administrative non contentieuse. Avant l'entrée en vigueur de la loi VwVfG, une partie de la doctrine allemande considérait que l'accès à l'information n'était pas garanti en dehors de certaines procédures administratives spécifiques réglementées par la loi<sup>9</sup>. Cette doctrine

---

1 Code de procédure pénale, article 141.

2 BGH Cour fédérale de justice (cour de cassation allemande) St 29,99 (102).

3 K. LÜDERSSSEN, *Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang*, 1985, cité par S.W.H.LODDE, *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, ed. Carl Heymanns, 1996, p. 232.

4 BGHStV 1981, 500 (502).

5 BVerfG NStZ 1983, 273 (274).

6 Code de procédure pénale, article 147 al. 1.

7 Code de procédure pénale, article 147, al.2.

8 Code de procédure pénale, article 147. al.3. 147.al 6 S.2.

9 Loi relative à l'assistance aux victimes de la guerre (*Kriegsopferversorgung*) du 2 mai 1955 (BDBI I 453 ; loi relative aux réparations (*Wiedergutmachung*) du 14 septembre 1965 (BDBI, I 1375.) loi relative à restitution

considérerait que l'administration décide conformément à son pouvoir discrétionnaire (*Verwaltungsermessensausübung*)<sup>1</sup> et en considération des intérêts de l'intéressé si elle doit autoriser la consultation du dossier<sup>2</sup>.

Cela dit, une autre partie de la doctrine allemande pose au contraire le principe que le droit d'accès et le droit d'être entendu étaient déjà garantis avant la loi sur la procédure administrative VwVfg<sup>3</sup>. Leurs théories s'appuient en effet sur le fait que les autorités publiques sont obligées d'entendre les principes de procédure reconnus par la Loi fondamentale à la procédure administrative. Néanmoins, il semble difficile de considérer l'article 103, alinéa 1 de la loi fondamentale comme fondement constitutionnel pour justifier les droits d'accès à l'information pendant les procédures administratives, car l'art 103 s'impose avant tout dans le cadre des procédures judiciaires. Selon certains auteurs, le droit d'être entendu était déjà garanti dans la phase de la procédure administrative et doit être considéré comme véritable droit subjectif, garanti par les droits fondamentaux. Ce sont les principes constitutionnels de l'État de droit<sup>4</sup> et du respect de la dignité humaine<sup>5</sup> garantis par art 1 al.1 Loi fondamentale qui obligeraient l'autorité publique à donner aux citoyens les

---

(*Rückerstattung*) du 19 juillet 1957( BDBI I 734) ; loi relative à la procédure de contrôle de la régularité du scrutin (*Wahlprüfungsverfahrens*) du 12 mars 1951( BDBI I 166).

1 La discrétionnarité de l'action administrative existe lorsque l'action administrative n'est, dans un domaine particulier, aucunement réglée par la loi ou lorsque la loi accorde elle-même un pouvoir discrétionnaire à l'administration. La discrétionnarité exige que l'action de l'administration soit suffisamment définie et limitée dans son contenu, son objet, sa finalité et son intensité, et donc qu'elle soit prévisible et calculable pour le citoyen. Ainsi, lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, cela ne signifie pas que l'administration puisse se déterminer à son gré sur des considérations subjectives ou de manière arbitraire. Par exemple, l'article 40 de la loi sur les procédures administratives non contentieuses fixe les conditions d'exercice de la discrétionnarité, en précisant que : « Si l'autorité administrative est autorisée à agir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle doit en faire usage conformément à la finalité de l'autorisation, et respecter les limites légales de la discrétionnarité.» (Notre traduction) Le pouvoir discrétionnaire doit donc être exercé conformément au devoir. En conséquence, «la discrétionnarité suppose d'une part que les conditions légales de fait soient bien réunies et que la conséquence de droit qui est retenue rentre bien dans le champ de la discrétionnarité ouverte par la norme ; d'autre part, la conséquence retenue doit permettre d'atteindre l'objectif fixé par le législateur, tel que l'interprétation de la norme permet de préciser celui-ci, et correspondre à un équilibre équitable entre intérêts de la collectivité et intérêts individuels». V. C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Paris, 1997, 335 p. sp. p. 225. V. aussi S.W.H.LODDE, *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, op. cit p. 28 et s.

2 Cf. DR. Fritz HAUEISEN, «Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren» in *NJW* 1967 Heft 49 p. 2291.

3 Peter DÜWEL, *Das Amtstgeheimnis*, Berlin 1965; et Carl Hermann ULE, «Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DVBl*, 1957, p. 587. Feuchthofen, JÖRG: «Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren», *DVBl* 1984, 170 ff., RÜPING, Heinrich: *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Stafverfahren*, Berlin 1976, art103 I Rn. 83FF. Contraire A. MÜTIUS, : «Akteneinsicht im Atom-und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Massenbeteiligung im Umweltschutzrecht», *DVBl* 1978, 664 ff.

4 F. KOPP, Ferdinand: *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*, München, 1971S.30, Wimmer,Raimund: Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, *DVBl* 1985, 775, (775).

5 Kopp, Ferdinand: *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*, München, 1971S.30, Wimmer, Raimund: Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, *DVBl* 1985, 775, (775).

moyens pour réaliser leur défense pendant une procédure administrative. L'art 20 alinéa.3 Loi fondamentale oblige l'administration à respecter la loi et le droit: ainsi les décisions rendues par l'autorité administrative doivent donner les informations nécessaires pour élucider une application concrète du droit. Selon cette théorie, l'administration ne peut pas prendre de décisions sans la participation du citoyen à la procédure, car l'art 1al.1 Loi fondamentale interdit de réduire le citoyen à un simple objet de la décision publique: le citoyen concerné par une décision administrative a le droit de participer à la procédure en Cours<sup>1</sup>. Ainsi, le principe de l'État de droit devrait garantir lors de la procédure administrative les mêmes droits de participation et d'accès, comme ceux qui peuvent être déduits pour l'art 103 al. 1 Loi fondamentale pour les procédures judiciaires. Aujourd'hui le problème ne se pose plus depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la procédure administrative non contentieuse qui énonce un ensemble de droits garantis aux parties lors de la procédure.

## **§2 L'accès à l'information pendant la procédure administrative**

L'Allemagne a connu une transformation profonde des rapports entre l'administration et le citoyen avec la Loi fédérale du 25 mai 1976 sur la procédure administrative qui est entrée en vigueur le 1<sup>o</sup> janvier 1977. Cette loi a pour objet la codification des procédures administratives non contentieuses (Verwaltungsverfahrensgesetz). Du fait de la compétence législative parallèle, les *Länder* ont adopté des lois sur les procédures administratives de contenu identique afin d'assurer l'unité du droit allemand en ce domaine. Les lois appliquées par les *Länder* ont en effet une structure très proche de la loi fédérale<sup>2</sup>. Actuellement se trouvent d'une part le Code fédéral des procédures administratives qui est applicable à l'administration fédérale, et d'autre part les lois des *Länder* qui sont applicables aux administrations des *Länder*. L'analyse du champ d'application personnel et matériel de la loi VwVfG (A), de la mise en œuvre de l'accès à l'information (B) et en particulier du droit d'accès au dossier (C) permettra d'apprécier la portée effective du droit d'accès à l'information garanti par la loi VwVfG. Etant donné que la loi sur la procédure administrative non contentieuse fait une distinction entre procédure normale et procédure particulière sans pour autant créer deux procédures complètement distinctes, cela nous conduit à vérifier les différences existant dans le domaine du droit d'accès lors des procédures particulières (D).

---

<sup>1</sup> Dans ce sens, P. STELKENS, H.J. BONK, §13 Rn 1, München 1993.

<sup>2</sup> L'analyse se limitera à la loi loi fédérale du 25 mai 1976.



## **A Le champ d'application personnel et matériel de la loi VwVfG**

L'analyse du champ d'application de la loi VwVfG nous conduit dans un premier temps à examiner quelles sont les autorités administratives obligées d'appliquer la loi VwVfG(1), qui peut être considéré personne partie de la procédure administrative (2) avant l'examen des critères permettant de définir un dossier(3).

### **1 Les autorités administratives obligées d'appliquer la loi VwVfG**

La loi VwVG s'applique à l'ensemble des administrations d'État (Fédération et Länder, arrondissements, communes et autres personnes morales de droit public) et uniquement à l'activité administrative à caractère de droit public, mais non à l'exercice de cette activité dans les formes du droit privé<sup>1</sup>. En sont au contraire exclus conformément à la loi VwVfG: les administrations financières agissant en vertu du Code des impôts, les poursuites pénales, même en matière de contraventions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*), l'office allemand des brevets, les décisions de l'administration sociale relatives aux bourses d'études, aux mutilés, à l'allocation-logement, aux aides sociales, à l'aide à la jeunesse, le droit applicable à la péréquation des charges issues de la guerre (article 2 alinéa 2, pt. 5), à la réparation des dommages de guerre, le droit applicable aux réparations dues aux victimes du nazisme, les représentations diplomatiques de la République Fédérale d'Allemagne à l'étranger et la poste fédérale pour ses activités postales et de communication.

### **2 Les critères permettant de définir une personne partie de la procédure administrative**

Déterminer le cercle de personnes admises à participer à la procédure administrative est fondamental pour pouvoir déterminer les ayants droit d'accès à l'information. En effet conformément à loi VwVfG<sup>1</sup>, l'autorité administrative a le devoir de donner uniquement aux participants d'une procédure administrative pour la défense et l'application de leurs intérêts

---

<sup>1</sup> VwVfG, article 1 alinéa 1 points 1 et 2.

légaux, l'accès aux actes et aux dossiers faisant partie de la procédure.<sup>2</sup> En principe donc, seule une personne qui est partie à la procédure a le droit de consulter le dossier.

La définition formelle de personne «partie à la procédure» (*Beteiligtenbegriff*), donnée par la loi VwVfG se caractérise par sa clarté<sup>3</sup>. La personne partie à la procédure est celle qui a le droit d'être entendue si l'acte administratif porte atteinte à ses droits. En Allemagne, toutes les règles de la procédure administrative sont interprétées dans le sens qu'elles accordent des droits subjectifs aux administrés. Ainsi, le droit d'être entendu est octroyé à:

la personne qui a donné lieu à l'ouverture de la procédure administrative et à tous les autres participants (*Beteiligte*)<sup>4</sup>,

aux personnes qui sont destinataires d'un acte administratif ou avec lesquelles l'administration a l'intention de conclure un contrat<sup>5</sup>, ainsi qu'aux demandeurs ou adversaires, aux personnes à qui l'administration entend adresser l'acte administratif et aux personnes qui peuvent démontrer un intérêt légitime<sup>6</sup>. Lorsque les intérêts légitimes d'une personne peuvent être atteints ou modifiés, l'administration doit l'inviter d'office, ou sur sa demande, à participer à la procédure administrative. Dans tous les cas, il faut que leurs droits ou intérêts juridiquement protégés soient susceptibles d'être affectés par le résultat de la procédure<sup>7</sup>. La conséquence en est que l'obligation d'audition ne concerne que les décisions administratives qui créent une obligation ou limitent un droit et non les décisions administratives favorables. Ces dernières, en effet, ne touchent pas aux droits subjectifs de l'individu.

Le changement de la situation juridique (*Rechtslage*) ne garantit pas automatiquement l'acquisition du rôle de participant. Quiconque ne fait pas encore partie d'une procédure mais considère que la conclusion de la procédure administrative peut toucher directement ses intérêts légaux doit, avant de pouvoir prendre connaissance des actes, faire une demande d'autorisation d'entrée à participer à la procédure<sup>8</sup>.

---

1 VwVfG, article 29 alinéa 1 .

2 P.Häberle, Verfassungsprinzipien "in" Verwaltungsverfahrensgesetz, ed. Boorberg verlag, Hrsg. Stuttgart, 1977, p. 477.

3 Cf. P. STELKENS Bonk, Heinz J.

*Verwaltungsverfahrensgesetz* : Kommentar 6. éd. München : Beck, 2001. p. 2739.

4 VwVfG, article 13, alinéa 1, n° 1.

5 VwVfG, article 13, alinéa 1, n° 3.

6 VwVfG, article 13 alinéa 2 .

7 Jürgen SCHWARZE, Droit Administratif Européen, Volume II, office des publications officielles des communautés européennes Bruylant 1994, p. 1324.

8 VwVfG, article 13 al. 2 VwVfG.

### 3 La définition de dossier

La loi VwVfG a manqué de clarté dans la définition de dossier. En effet, en 1976, le dossier était principalement de type sur papier. Aujourd'hui, au contraire, l'évolution technologique a permis de plus en plus l'utilisation du traitement électronique des données. Cela dit, la loi VwVfG a été modifiée en 2003: un nouvel article 3 relatif à la «communication électronique» a été ajouté pour justement permettre l'application de la loi VwVfG aux documents issus du traitement électronique<sup>1</sup>.

Jusqu'en 2003, ce type de document été réglementé uniquement par la loi BDSG<sup>2</sup> et la loi StUG<sup>3</sup>. Le manque de définition d'actes dans la loi VwVfG ne pouvait être repris par la loi BDSG<sup>4</sup> ou StUG car chacun définit le champ d'application de façon concrète. La loi VwVfG<sup>5</sup> considérait comme actes l'ensemble des dossiers écrits sur papier (*papiergebundenen schriftlichen Vorgänge*) concernant une question administrative sur laquelle se base la procédure administrative. Au contraire, les données qui ne sont pas conservées sur le support papier, et qui se trouvent dans des traitements électroniques ou toute autre forme de traitement, étaient exclues de la loi VwVfG. C'est la jurisprudence du juge administratif<sup>6</sup> concernant la reprise film des données médicales des patients qui a affirmé que l'article 29 de la loi VwVfG s'applique aussi aux données stockées sur microfiche, microfilm ou autre moyen technique concernant une procédure administrative<sup>7</sup>. Cette jurisprudence doit être vue comme conforme au sens de l'article 29 de la loi VwVfG qui oblige l'autorité à tenir les documents du dossier complets et respectant la vérité (*Führung vollständiger und wahrheitsgetreuer Akten*): elle est nécessaire pour «la tenue d'une procédure conforme au droit et fait partie du principe de l'État de droit»<sup>8</sup>.

---

1 VwVfG, article 3 a introduit par Bek.v. du 23 janvier 2003 I. 102.

2 Bundesdatenschutzgesetz, 20 décembre 1990 BGBl. I S. 2954.

3 StUG, article 6.

4 BDSG, article 3, version de 1990.

5 Article 29 VwVfG.

6 Voir, BVerw GE ,NJW 1991, 2952.

7 STELKENS, BONK, SACHS; *Verwaltungsverfahrensgesetz*; CH' BECK'SCHE Verlagsbuchhandlung München 1993, 1813 pp.

8 BVerfG NJW 1983, 2135; BVerwG NVwZ 1988, 624.

## **B La mise en œuvre du droit d'accès à l'information lors de la procédure administrative**

La mise en œuvre du droit d'accès à l'information se concrétise par l'exercice de l'ensemble des droits garantis par la loi VwVfG permettant l'information de la personne partie à la procédure. Ainsi, le droit d'accès à l'information ne peut être limité au seul droit d'accès au dossier de la procédure, mais concerne aussi le droit d'être entendu (1), le droit d'être renseigné et conseillé (2), l'obligation de publier les actes administratifs (3) et le droit à la motivation des décisions administratives.

### **1 Le droit d'être entendu «*Recht auf Anhörung*»**

Le droit d'être entendu défini comme principe de l'État de droit<sup>1</sup> fait également partie de la procédure administrative non contentieuse depuis l'entrée en vigueur de la VwVfG. L'article 28 de la VwVfG oblige l'administration à donner à la personne partie à la procédure administrative la possibilité de s'expliquer<sup>2</sup>

La finalité de l'article 28 VwVfG est donc de protéger l'administré /citoyen contre des décisions inattendues. Mais, en même temps, il apporte des limites à ce droit. Le droit à être

---

1 H. Meyer, H. Borgos -Maciejewski, §28 chiffre en marge 1; *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2° éd Francfort 1982.

2Par ailleurs, le droit d'être entendu est garanti par l'article 108 alinéa 2 VwGO (Code de procédure devant les juridictions administratives) du 21 janvier 1960 dans sa rédaction actuelle, issue de la loi du 19 mars 1991 (BGBl. I 586) VwGO qui affirme:

« Le jugement peut s'appuyer seulement sur des faits et résultats d'enquêtes sur lesquels les parties avaient la possibilité de s'expliquer. »

L'article 28 de la loi VwVfG définit le droit de la façon suivante:

«28.1-Avant d'arrêter un acte administratif qui affecte certains droits d'un intéressé, il faut donner à celui-ci l'occasion de s'exprimer relativement aux éléments de faits essentiels pour la décision

28.2- il peut être fait abstraction de l'audition si elle ne s'impose pas au vu des circonstances du cas d'espèce, en particulier si

28.2.1. une décision immédiate paraît nécessaire parce qu'il y a péril en la demeure , ou dans l'intérêt public

28.2.2. à cause de l'audition, le respect d'un délai essentiel pour l'adoption de la décision était mis en question

28.2.3. on ne s'écarte pas, au détriment de l'intéressé, de déclarations effectives qu'il a faites dans une demande ou une déclaration

28.2.4. l'administration veut arrêter une décision collective ou un grand nombre d'actes administratives identiques, ou encore arrêter des actes administratifs à l'aide de dispositifs automatiques

28.2.5. des mesures d'exécution doivent être prises par voie administrative

§28.3- Il n'est procédé à aucune audition si un intérêt public impératif s'y oppose».

entendu n'existe que dans les cas où l'acte administratif porte atteinte aux droits de l'intéressé<sup>1</sup>, et que la protection de l'intérêt public le justifie<sup>2</sup>. Enfin, l'administration a la liberté d'apprécier la nécessité d'entendre les personnes qui ont la qualité pour participer à la procédure<sup>3</sup> par exemple dans les cas d'urgence, ou quand il y a nécessité de respecter des délais imposés par la loi<sup>4</sup>. Dans ces hypothèses, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire de faire abstraction de l'audition préalable à l'adoption de la décision, mais doit procéder dès que possible à une audition *a posteriori*<sup>5</sup>. L'audition est également exclue dans le cas d'une décision collective: l'administration se trouverait dans l'impossibilité matérielle d'entendre toutes les personnes concernées. En outre, l'audition est inadmissible<sup>6</sup> si elle est en contradiction avec des intérêts publics impératifs (qui doivent être particulièrement importants)<sup>7</sup>. La jurisprudence a donné l'interprétation la plus restrictive possible des limitations imposées par le législateur, en garantissant un champ d'application très vaste. Le contenu de la loi précise qu'il doit être donné à l'intéressé la possibilité de s'expliquer sur les faits susceptibles d'influencer la décision<sup>8</sup>. Cela implique que l'intéressé ait été prévenu des données de l'affaire, qu'il puisse faire valoir son point de vue sur l'ensemble des faits et qu'il soit informé sur les faits de la procédure. L'administration ne peut en principe prendre en considération dans sa décision aucune information à l'égard de laquelle l'intéressé n'a pu prendre position. L'importance de définir le titulaire du droit en résulte automatiquement.

## 2 Le droit d'être renseigné et conseillé

Le droit d'être renseigné pendant la procédure n'est autre que de garantir au citoyen le respect de ses droits. Ce droit peut être considéré comme l'expression du principe de l'État social. L'idée principale était que le fonctionnaire doit être l'aide du citoyen dès lors que les intéressés commettent des erreurs<sup>9</sup>. Le renseignement est limité aux circonstances d'une

---

1 Article 28 alinéa.1.

2 Article 28 alinéa. 3.

3 Article 28 alinéa.2.

4 Cf. S.T.W. LODDE, op. cit, p. 24 et s.

5 W.CLAUSEN, in H.J. KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar Köln* e.d. 19.. ,p. §28, note 4.

6 Article 28 alinéa.3 de la *VwVfG*.

7 F.O.KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen*, 4<sup>e</sup> München 1986, §28 chiffre en marge 56.

8 Michel Fromont: "République Fédérale d'Allemagne: La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976" in *Revue du droit Public*, T. XCIII, N°6 p. 1295.

9 BGH *NJW* 1956, 1234 (obligations de renseignement des autorités douanières).

procédure effectivement en cours<sup>1</sup>. En dehors de la procédure administrative, l'obligation de renseignement de l'autorité administrative reste de la compétence du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Cette théorie a été définie par Zeidler<sup>2</sup>: «chaque autorité en dehors de Directives spécifiques a le droit de donner des renseignements...». Il n'existe donc pas d'obligation générale de droit ou de renseignement en dehors d'une procédure administrative<sup>3</sup>. Ainsi, l'obligation de renseignement prévue par la loi VwVfG reste limitée à la procédure administrative et donc dans le temps et, comme dans le cas du droit d'accès aux dossier<sup>4</sup>, le renseignement est également limité matériellement (uniquement concernant la procédure). Le §25 de la VwVfG dispose:

«l'administration doit susciter les déclarations et la formation de demandes ou la rectification de déclaration ou de demandes, s'il est manifeste que c'est uniquement par négligence ou par ignorance qu'elles ont été omises ou encore faites ou formées incorrectement. Pour autant que de besoin, elle fournit des renseignements relativement aux droits dont les intéressés disposent dans le cadre de la procédure administrative, et aux obligations qu'ils doivent respecter ».

Ce droit est considéré comme l'expression du principe de l'État social<sup>5</sup>. L'administration est tenue à l'égard de l'intéressé de fournir des renseignements concernant les droits et les obligations relatifs à la procédure administrative, uniquement à la demande de l'intéressé<sup>6</sup>.

### **3 L'obligation de publication des documents administratifs**

Elle concerne à la fois les règlements administratifs et les actes administratifs individuels ou concrets. Bien qu'elle découle du principe constitutionnel de l'État de droit, elle fait l'objet de dispositions législatives spécifiques. La publication des règlements administratifs est prévue par des lois spéciales, telle que, pour la Fédération, la loi fédérale du 30 janvier 1950 sur la promulgation des règlements. La publication des actes administratifs individuels ou concrets est prévue par les différentes lois de la Fédération et des *Länder*

---

<sup>1</sup> P.O. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen*, 4<sup>o</sup> éd. München 1986, §28 chiffre en marge 5.

<sup>2</sup> 44<sup>er</sup> Deutscher Juristentag 1962, Gutachten I, Teil 2, S. 89.

<sup>3</sup> W.CLAUSEN, in H.J. Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 2<sup>o</sup> édition Köln e.a. 1982, §25 note 4.2.

<sup>4</sup> VwVfG, article 29.

<sup>5</sup> STELKENS/BONK, *op. cit.*, p. article 25.

<sup>6</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen, Volume II*, office des publications officielles des communautés européennes Bruylant 1994, p. 1330.

relatives à la procédure administrative. Un acte administratif doit être communiqué à la personne qui en est le destinataire ou qui est affectée par lui. La publication est effectuée par la notification, ou par l'affichage, la parution dans le Journal officiel ou un quotidien, lorsque les textes le prévoient expressément (par exemple, dans le cas d'une centaine de personnes participant à la procédure). Ne sont pas concernés par la publication les actes internes de l'administration, y compris les circulaires administratives.

#### **4 L'obligation de motivation (*Begründigungspflicht*)**

L'obligation de motivation contribue à garantir la transparence de la prise de décision de l'activité administrative et constitue une source d'informations pour les citoyens. La loi VwVfG oblige l'administration publique à motiver les actes administratifs<sup>1</sup>. L'obligation de motivation s'appliquait déjà conformément au VwGO<sup>2</sup> aux décisions de l'autorité administrative compétente statuant sur un recours (*Widerspruchsbescheid*). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale<sup>3</sup> a joué un rôle important en affirmant que l'obligation de motivation découle du principe de l'État de droit et que donc le citoyen/administré concerné par une décision de l'administration doit savoir pour quelle raison la décision a été prise<sup>1</sup>. Comme pour le droit d'être entendu, l'obligation de motivation ne concerne donc que les décisions administratives qui créent une obligation ou limitent un droit et non les décisions administratives favorables. Ainsi, il est nécessaire dans un premier temps de vérifier quelle est la finalité de l'obligation de motivation (a), ensuite quelles sont les exceptions à l'obligation de motivation (b) et enfin quelles sont les conséquences de la non motivation (c).

##### **a La finalité de l'obligation de motivation**

La fonction et l'utilité de l'obligation de motivation consistent en l'information pour la personne à laquelle est destiné l'acte, mais aussi en un instrument de contrôle de l'activité administrative. D'une façon générale, elle oblige l'autorité administrative à contrôler sa

---

1 Selon la conception allemande, il n'y a d'acte administratif que lorsque l'administration, par le biais de cet acte, établit, supprime ou modifie des droits subjectifs. Au contraire, en droit français, il suffit que l'acte modifie l'ordre juridique objectif.

2 VwGO, article 73, alinéa 3.

3 BVerfGE 6,32 (44), ainsi que la Cour fédérale administrative BVerwGE 10,37 (43).

propre activité. L'obligation de dire pourquoi elle agit est le meilleur moyen pour réfléchir sur la portée de l'acte <sup>2</sup>. Pour le destinataire, connaître le motif est la meilleure façon de comprendre la décision administrative et sa nécessité <sup>3</sup>.

Les différentes lois de la Fédération et des *Länder* sur la procédure administrative imposent la motivation des actes administratifs: «l'exposé des raisons de droit et de fait ont conduit l'autorité administrative à prendre sa décision» ( article 39).Mais l'obligation de motiver peut être encore satisfaite lors du recours administratif, préalable obligatoire à la saisie du juge administratif. L'obligation de motiver est encore plus importante lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire: la motivation des décisions discrétionnaires permet alors de faire connaître les motifs qui ont amené l'administration à prendre une certaine décision <sup>4</sup>. La fin des droits processuels de l'accès à l'information des procédures administratives est caractérisée par la communication, la notification et la motivation de la décision. La motivation, la notification et la communication des actes administratifs<sup>5</sup> sont les conditions fondamentales pour la validité de l'acte administratif<sup>6</sup>. La loi VwVfG exige que l'acte administratif soit notifié à la partie lors de la procédure<sup>7</sup>, mais pour les procédures préalables à la déclaration d'intérêt public (*Planfestellungsverfahren*), l'acte doit être notifié aux personnes concernées et à toute personne qui a fait une objection et sur laquelle a été statué.

## **b Les exceptions à l'obligation de motivation**

La VwVfG<sup>8</sup> admet des possibilités qui n'imposent pas la motivation. Cette dernière n'est pas nécessaire si l'acte est pris à la demande de son destinataire et n'affecte pas les droits d'un tiers, si le destinataire de l'acte connaît déjà les raisons de la décision de l'administration, si l'administration prend des mesures en grande quantité ou selon des

---

<sup>1</sup> Scheffler " Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten" in Die öffentliche Verwaltung, Novembre 1977 Nr. 21, p. 768.

<sup>2</sup> Henri Buch, Einführung zum Belgischen Verwaltungsverfahrensgesetzdes Auslandes , Berlin 1967, p. 99.

<sup>3</sup> Herbert Krüger, Staatslehre 1964, p. 746, in Scheffler « Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten» in Die öffentliche Verwaltung, Novembre 1977 Nr. 21, p. 768.

<sup>4</sup> Scheffler, «Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten», *Die Öffentlichche Verwaltung* November 1977 n°21 p. 770.

<sup>5</sup> Conformément aux articles administratifs 43 al.1.1 39, 41, 74 al.4 et al.5 VwVfG.

<sup>6</sup> Stelkens, Paul/Bonk heinz Joachim /Leonard klaus/Sachs, Michael: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4° édition München 1993; p. §39 Rn 2,3 , §43 Rn; 7ff.

<sup>7</sup> VwVfG, article 41al.1.1.

<sup>8</sup> VwVfG, article 39 al. 2.



procédés automatiques, si la motivation n'est pas nécessaire en l'espèce et enfin, quand une disposition légale ou réglementaire le prévoit comme par exemple, l'article 23 alinéa 2, de la loi sur les étrangers (refus d'autorisation d'entrée) <sup>1</sup>.

### **c Les conséquences de la non motivation**

L'absence de motivation porte à l'illégalité de l'acte même, mais quel effet juridique peut-elle avoir? Car la portée de la motivation est relativisée par la loi elle-même qui admet que l'omission de l'audition et de la motivation puisse être régularisée ultérieurement (*Heilung*)<sup>2</sup>, c'est-à-dire ne pas entraîner l'irrégularité de l'acte administratif- lorsque la motivation nécessaire est donnée ultérieurement, ou lorsque l'audition nécessaire d'une partie est organisée après coup. En effet, la régularisation des vices de motivation est possible selon le §45 II VwVfG jusqu'à l'issue d'un recours contentieux. Cette possibilité de retarder la motivation peut représenter pour le citoyen un obstacle à l'introduction d'un recours. Sans la connaissance des motifs, il ne possède pas tous les éléments pour évaluer ou estimer ses possibilités de réussir son recours. En conclusion, si le maintien d'un acte administratif individuel (*Heilung*) en l'absence de motivation de l'acte, dans le sens où la motivation n'est pas intervenue ultérieurement, pas même pendant le recours judiciaire, est possible, il existe toujours la possibilité que l'acte administratif ne soit pas annulé, car la VwVfG<sup>3</sup> l'autorise, si dans certaines cas (*Sache*), il n'y avait pas d'autre possibilité de décision.

### **C Le droit d'accès au dossier**

Le droit d'accès existe dès l'ouverture de la procédure<sup>4</sup> mais pas dans la phase préparatoire, et se termine avec la conclusion de la procédure correspondant à l'édition d'une décision unilatérale administrative<sup>5</sup>. Le droit d'accès au dossier garanti par la VwVfG<sup>6</sup> n'est

---

<sup>1</sup> H.J.Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar, Carl Heymanns Verlag Köln, Berlin Bonn München, 1993,p 1329 §39.

<sup>2</sup> VwVfG, article 45 al.1.

<sup>3</sup> VwVfG, article 46.

<sup>4</sup> VwVfG article 22 « Ouverture de la procédure».

<sup>5</sup> BVerwGE 67,304= NVwZ 1984, 445.

<sup>6</sup> VwVfG, article 29.

plus applicable après la conclusion de la procédure, mais existe au contraire de nouveau dans le cas du contredit<sup>1</sup> et dans la procédure contentieuse devant les tribunaux administratifs<sup>2</sup>. L'examen du droit d'accès au dossier conduit dans un premier temps à l'analyse de son champ d'application(1) avant d'en examiner les limites (2).

## **1 Le champ d'application du droit d'accès au dossier**

Le citoyen/administré qui participe à une procédure administrative a le droit de prendre connaissance du dossier de la procédure que l'administration veut utiliser. Cette information doit permettre à l'intéressé de préparer ses observations. Un tel droit est reconnu par l'article 29 de la loi VwVfG, qui peut être considéré comme partie intégrante du droit d'être entendu. La consultation du dossier par des intéressés précise que:

«(1) 1 L'autorité administrative doit permettre aux parties de consulter les dossiers concernant la procédure en cause dans la mesure où leur connaissance est nécessaire pour faire valoir ou défendre leurs intérêts juridiques. 2 Jusqu'à la conclusion de la procédure administrative, la première phrase ne s'applique ni aux projets de décision, ni aux travaux préparatoires s'y rapportant directement. 3 Dans la mesure où il y a représentation selon les articles 17 et 18, seuls les représentants ont droit à consulter les dossiers.»

Ainsi, les différents participants à la procédure ont droit, en particulier, à prendre connaissance des actes relatifs à la procédure qui sont nécessaires à la défense de leurs intérêts juridiques, à l'exception toutefois des projets de décision et des notes qui ont servi directement à leur préparation. Mais une fois incorporés dans le dossier administratif, ils y restent et sont soumis à publicité. Le droit d'accès a donc comme finalité, selon le juge administratif, d'empêcher l'administration de prendre des décisions qui sont impossibles à vérifier<sup>3</sup>. Cela dit, le droit d'accès est applicable uniquement pendant l'activité publique de l'administration, dans la limite où il n'existe aucune autre réglementation spécifique concernant l'accès au dossier<sup>4</sup> et uniquement pour les procédures administratives concernant

---

1 VwVfG, article 79.

2 VwGO, article 100.

3 BVerwGE87,152 jugement du 9.4.1991, Buchholz 402.25§2 AsyIVfg Nr.15

4 Par exemple, le droit d'accès garanti par l'article 29 est exclu aussi dans le cas du droit au renseignement, ainsi que le droit d'accès aux dossiers concernant le champ d'application de la loi relative aux documents des services

la promulgation d'une décision unilatérale administrative, ou la conclusion d'un contrat public<sup>1</sup>. Mais, même dans ce cas, le droit d'accès n'est pas absolu et peut être limité.

La loi précise en effet que le droit d'accès doit être garanti au participant uniquement dans la mesure où l'accès est nécessaire pour «affirmer et défendre des intérêts juridiques»<sup>2</sup> (c'est-à-dire l'exercice ou la défense de leurs droits) et qu'il n'existe aucun motif de refus à cet égard<sup>3</sup>. Le droit d'accès est garanti pour les participants dès le début d'une procédure administrative jusqu'à sa conclusion<sup>4</sup> et il apporte une évolution de la transparence dans l'activité administrative allemande des *Länder* et de la Fédération. En effet, en dehors des exceptions prévues par la loi<sup>5</sup> pour refuser l'accès au dossier, toute décision discrétionnaire de l'administration relative à l'accès au dossier pendant la procédure administrative doit être considérée comme contraire au droit d'accès garanti par la loi pendant la procédure<sup>6</sup>.

Enfin l'article 29 de la VwVfG doit être interprété de façon à obliger les autorités administratives de permettre un accès partiel au dossier, dans la mesure où il est possible, à travers la communication partielle des actes, de protéger des données sensibles ou des données personnelles qui doivent rester secrètes pour protéger par exemple la vie privée, conformément à la «Loi fédérale de protection des données à caractère personnel» BDSG<sup>7</sup>. L'importance du droit d'accès est considérable: non seulement il garantit l'accès, mais en plus, il n'autorise plus la tenue d'actes secrets de la part de l'autorité publique pour la prise de décision pendant la procédure, de façon à ce que la prise de décision soit transparente et contrôlable. L'accès aux dossiers pour les participants à la procédure est devenu la règle, et le

---

de sécurité de l'ex RDA *Stasi-Unterlagen Gesetz* (ci après *StUG*), étant donné que *StUG* prévaut sur §29 de *VwVfG* et ne concerne pas la promulgation d'une décision unilatérale administrative. Voir aussi les demandes d'accès aux nouvelles archives de la Fédération «*Stiftung Archiv der Parteien und Massenorganisationen der DD*» article 2 a. selon *Bundesarchivgesetzes* du 13.3. 1992 (BGBl I 506).

1 V. *VwVfG* article 9 «notion de procédure administrative».

2 *VwVfG*, article 29 alinéa .

<sup>3</sup> Stelkens, Paul/Bonk Heinz Joachim /Leonard Klaus/Sachs, Michael: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4<sup>o</sup> édition München 1993; p. §29 Rn 25.

4 Dans ce sens, voir la jurisprudence du tribunal BVerwGE 67,304.

5 Article 29 aliéa 1 p. 3 et alinéa 2 *VwVfG* précisent . Dans la mesure où il y a représentation selon les §§ 17 et 18, seuls les représentants ont droit à consulter les dossiers.

Alinéa (2) L'autorité administrative n'est pas tenue de permettre la consultation des dossiers lorsque celle-ci trouble l'exécution régulière des tâches de l'autorité administrative ou que la révélation du contenu des dossiers pourrait porter préjudice au bien de la Fédération ou d'un Land, ou lorsque les faits doivent être tenus secrets en vertu d'une loi ou en raison de leur nature, eu égard notamment aux intérêts légitimes des parties ou de tierces personnes.

<sup>6</sup> Stelkens/Bonk/Sachs; *Verwaltungsverfahrensgesetz*; CH' BECK'SCHE Verlagsbuchhandlung München 1993, pages: 1813

<sup>7</sup> Voir dans ce sens S.W.H.LODDE, op.cit., p. 23 et s.

refus -qui signifie conserver le secret-, l'exception, marquée en plus par l'obligation de motiver le refus.

Dans le cas où des actes sont joints à la procédure mais qui n'ont pas une portée juridique de fait sur la procédure administrative, la réglementation «dans la mesure où» *soweit* s'applique: l'autorité peut refuser l'accès ou donner l'accès complet ou en partie des nouveaux actes<sup>1</sup>. Un accès partiel peut consister dans la communication d'une partie des actes ou même en noircissant des noms ou pages s'ils ne concernent pas directement la procédure ou si des intérêts de tiers doivent être protégés conformément à l'article 30 de la loi VwVfG.

Ainsi, dans le droit allemand, même en cas d'absence du droit d'exiger l'accès aux actes, il faut que l'autorité, en respectant le principe de la procédure conforme au principe de l'État<sup>2</sup>, garantisse au participant un minimum d'informations pour permettre la défense de ses droits individuels<sup>3</sup>. Contourner le droit d'accès en enlevant des actes avant d'avoir donné la possibilité de les consulter est irrégulier et non autorisé par la loi<sup>4</sup>. Quiconque est partie d'une procédure administrative peut, une fois la procédure close, obtenir l'accès au dossier de la procédure s'il peut démontrer l'existence d'un intérêt juridique, ou si l'administration décide discrétionnairement (en due discrétionnarité) et en considération des intérêts légitimes de l'intéressé d'en autoriser l'accès<sup>5</sup>.

Le législateur a inséré dans le Code de procédure administrative une disposition concernant le pouvoir discrétionnaire<sup>6</sup>, ou plus exactement le pouvoir d'appréciation (*Ermessen*), quand la loi subordonne l'intervention de l'administration à un ensemble de conditions précises, mais laisse à l'autorité administrative le choix entre plusieurs solutions possibles comme dans le cas de la procédure préalable à la déclaration d'utilité publique «*Planfestellungsverfahren*»<sup>7</sup>. Ce pouvoir discrétionnaire<sup>8</sup> trouve son application dans les

---

<sup>1</sup> Dr. Wolfgang CLAUSEN «Akteneinsicht durch Beteiligte §29 VwVfG» p.370 in *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar 5 edition von Hans Joachim KNACK, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 1996, p 1329.

<sup>2</sup> Loi fondamentale, article 1alinéa 3 : «Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable»

<sup>3</sup> Le juge administratif s'est exprimé dans ce sens, voir : BVerwGE 55,186 (192)BVerwGE *DVB*. 1984,54-55.

<sup>4</sup> BVerfG, *NJW* 1983, 2135.

<sup>5</sup> BVerwGE *NJW* 1979, 177 et *NJW* 1982, 120.

<sup>6</sup> VwVfG, article 40.

<sup>7</sup> Voir VwVfG article 72 alinéa 1.

<sup>8</sup> Il n'existe pas de définition légale de la notion de discrétionnarité. C'est seulement la Cour fédérale qui a affirmé que « L'usage de la discrétionnarité est caractérisé par le fait que l'autorité administrative compétente aurait pu tout aussi bien prendre une autre décision, dans le respect du droit» BVerwGE 62, 230, (241).

procédures d'établissement des plans et, pour ce qui intéresse plus précisément cette étude, concernant l'accès à l'information, le législateur a refusé d'accorder un droit général d'accès au dossier dans les procédures préalables à la déclaration d'utilité publique, à cause de l'impossibilité de l'administration de faire face à des centaines ou milliers de demandes d'accès au dossier. Il laissé à l'administration conformément à son pouvoir discrétionnaire la possibilité d'autoriser ou de refuser l'accès<sup>1</sup>.

Mais d'autre part, l'article 25 de la VwVfG impose à l'autorité administrative en cas de décision discrétionnaire de fournir à l'intéressé des informations relatives à l'état et au contenu de Directives administratives générales qui déterminent avec plus de détails le pouvoir discrétionnaire . La jurisprudence du BVerwG a déclaré à cet égard:

«En vertu d'un principe général du droit, qui n'a pas été affecté par la rédaction plus étroite de l'article 25 de la loi du 25 mai 1976 régissant la procédure administrative VwVfG-, reprise à son compte par le Land Berlin, quiconque est dans l'ignorance relativement à l'existence et à l'étendue du droit dont il dispose, et dépend à cet égard de l'information fournie par l'obligé, est en droit d'exiger de ce dernier les renseignements nécessaires. En vertu de ce principe, l'administration est tenue, lorsque la demande lui est faite dans le cas d'espèce, de fournir également des informations à propos des lignes directrices en matière d'appréciation discrétionnaire, car la connaissance de ces lignes directrices est nécessaire pour un exercice efficace des droits, dans la mesure où elles révèlent en général la pratique en matière d'appréciation discrétionnaire, laquelle procure de son côté un droit à l'égalité de traitement»<sup>2</sup>

Si, d'un côté, l'accès à l'information est moins garanti que par l'article 29 à cause du pouvoir discrétionnaire de l'administration, de l'autre, elle peut en permettre l'accès à un plus grand nombre de personnes. Le législateur considère que les renseignements donnés pendant la procédure de consultation satisfont les demandes d'accès , mais elles ne comprennent pas les prises de position ni les rapports d'expertise<sup>3</sup>. Pendant les procédures de masse, conformément à la loi VwVfG<sup>4</sup>, un représentant est nommé, qui a l'accès aux actes si les personnes qui soulèvent une exception sont plus de 50. L'administration a la possibilité de

---

<sup>1</sup> VwVfG article 72 al. 1 2, et. AtVfV, article 6 al 3 et BImSchV. Article 110 al.4 1.

<sup>2</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, Volume II, office des publications officielles des communautés européennes Bruylant 1994, p. 1331.

<sup>3</sup> Hans-Werner LAUBINGER, : «Grungrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahren», *VerwArch* 73 (1982), p 33.

<sup>4</sup> Article 29 al. 1 S.3 VwVfG et §18 VwVfG.

refuser l'accès aux actes de la part du représentant si le numéro très élevé de demandes d'accès au dossier empêche le déroulement normal de l'activité administrative. Mais d'après le principe constitutionnel du droit d'être entendu, il faut que le droit à l'information sur la procédure<sup>1</sup> doit être garanti à toute personne qui voit sa situation juridique modifiée par une décision administrative.

## 2 Limites au droit d'accès au dossier

Tout fonctionnaire est tenu par le secret professionnel, dit secret de service (*Amtsgeheimnis*) et seuls les agents capables d'engager l'autorité administrative concernée peuvent décider de la communication d'informations.

La volonté de conserver à la démocratie allemande son caractère de démocratie purement représentative et l'hostilité à toutes les formes de démocratie directe ont fait en sorte que la communication du dossier peut être exclue dans le cas où elle nuirait au bon fonctionnement de l'administration, ou dans le cas où la communication nuirait aux intérêts de la Fédération ou des *Länder*, et enfin dans le cas où certaines pièces doivent être tenues secrètes, soit en vertu de la loi, soit en raison de leur nature même, en vue de protéger les intérêts des participants ou de tiers<sup>2</sup>. S'opposent au droit d'accès se trouvent les différentes possibilités de refus d'accès. Ce refus peut être justifié lorsque le déroulement correct de l'activité administrative peut être empêché par l'autorisation d'accès aux actes, ou lorsque un intérêt public majeur ou un intérêt privé digne d'être protégé seront lésés. Ainsi, il faut distinguer les limites tenant à l'existence de secrets légitimes (a) des limites dues au type de document (b). Enfin, sera pris en considération le cas particulier des documents rassemblés par les services de sécurité de l'ex-RDA réglementés par la loi relative à la documentation des services de sécurité *StUG* et leur rapport avec la *VwVfG*(c).

---

1 H.C. ULE, Hans Werner: «Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht?», Gutachten B für den 52. Deutschen Juristentag München 1978, p. 38.

2 Voir, *VwVfG* article 30.

## **a Limites tenant à l'existence de secrets légitimes**

Tous les textes imposant des obligations de transparence prévoient en même temps de protéger certaines catégories de secrets. Mais ils définissent ce secret de façon plus ou moins précise.<sup>1</sup>.

Parmi les dispositions légales visées par la loi VwVfG, figurent, en particulier, le secret militaire et diplomatique, le secret de la vie privée<sup>2</sup>, le secret du délibéré<sup>3</sup>, le secret fiscal<sup>4</sup>, le secret de la vie privée, et le secret des affaires<sup>5</sup>. La jurisprudence relative à ce texte est peu abondante. On relèvera toutefois le jugement rendu le 14 juillet 1980 par le tribunal civil régional de Hamm qui condamne le refus du Ministère public de communiquer des informations sur des dons illicites faits à des partis politiques, refus fondé sur la nécessité de respecter le secret fiscal<sup>6</sup>.

## **b Limites dues au type de document**

L'application du droit d'accès est exclu dans les cas des procédures qui ne concernent pas la promulgation d'une décision unilatérale administrative, et se limitent uniquement à un comportement administratif réel qui ne produit pas des faits juridiques<sup>7</sup>. Ainsi, les projets de décisions et les autres travaux nécessaires pour la prise de décision sont exclus du droit d'accès jusqu'à la conclusion de la procédure<sup>8</sup>. Les projets de décision ou notices qui sont partie intégrante de la procédure ne font pas partie du dossier de la procédure. Cela ne signifie

---

1 Ainsi par exemple, les lois des *Länder* sur la presse reconnaissent aux représentants de la presse un droit d'accès aux informations avec les réserves suivantes. Selon le §4, alinéa 2, de ces lois, les informations peuvent être refusées:

n°1 - lorsque le déroulement correct d'une procédure en cours se trouverait, de ce fait, entravé, rendu plus difficile, retardé ou menacé, ou

n°2- lorsque des dispositions légales relatives à certains secrets s'y opposent, ou

n°3- lorsqu'un intérêt public majeur ou un intérêt privé digne d'être protégé serait lésé, ou

n°4- lorsque leur ampleur dépasse ce qui est raisonnable. Le n°4 ne figure que dans les lois de Baden Württemberg, Basse-Saxe, Rhénanie du nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat et Schleswig-Holstein.

2 Articles 93 et 203 du Code pénal.

3 Article 43 de la loi sur la magistrature.

4 Article 30 du Code des impôts.

5 Article 30 VwVfG.

6 Cf. *NJW* 1981, p.356.

7 *Idem.*

8 Voir VwVfG, article 29 alinéa 2.

pas pour autant qu'il est interdit de donner accès au dossier: au contraire, s'il existe un intérêt légal<sup>1</sup>, l'administration peut autoriser l'accès, conformément à son pouvoir discrétionnaire<sup>2</sup>. Enfin, le droit d'accès ne s'applique pas à l'activité de droit privé de l'administration, ni à l'activité normative de l'administration, ni à sa fonction fiscale, ni à la disposition interne de l'administration (*Verwaltungsinterne*). Mais il n'est pas exclu que, même dans le cas de l'activité de droit privé ou fiscal, il peut exister une nécessité d'accès aux dossiers de la part du citoyen, si par exemple il n'est pas possible de contrôler l'activité de l'administration sans prendre connaissance de ses actes<sup>3</sup>. Enfin, l'accès aux dossiers selon la loi VwVfG<sup>4</sup> ne s'applique ni aux brouillons de décision, ni aux travaux préparatoires s'y rapportant directement.

L'accès peut être toujours refusé lorsque celui-ci trouble l'exécution régulière des tâches de l'autorité administrative ou que la révélation du contenu des dossiers pourrait porter préjudice au bien de la Fédération ou d'un *Land*, ou lorsque les faits doivent être tenus secrets en vertu d'une loi ou en raison de leur nature, notamment concernant les intérêts légitimes des parties ou de tierces personnes. En résumé, la consultation est interdite dans la mesure où les dossiers doivent, en vertu d'une loi de par leur nature, rester secrets<sup>5</sup>. En particulier, la vie privée est protégée par la loi (BDSG) et oblige l'État à n'y porter aucune atteinte, même par la communication d'informations à des tiers. L'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* relatif au recensement de la population<sup>6</sup> met en évidence le droit et l'obligation de l'administré de protéger les données personnelles: l'arrêt garantit ce droit en tant que droit fondamental de rang constitutionnel<sup>7</sup>.

La nécessité de démontrer un intérêt juridiquement important constitue une limite particulière. Conformément à la loi VwVfG<sup>8</sup>, l'accès au dossier est garanti à la personne concernée pour défendre des intérêts juridiques. Les intérêts juridiques sont différents des intérêts légitimes (*berechtigte Interessen*) qui concernent tout intérêt public, privé, et économique concernant la procédure. L'existence d'un tel intérêt légitime est nécessaire afin

---

1 Kopp, op. cit. Rn. N° 10.

2 Stelkens/Bonk/Sachs; *Verwaltungsverfahrensgesetz*; CH' BECK'SCHE Verlagsbuchhandlung München 1993, pages: p. 579.

3 Cf. P. STELKENS Bonk, Heinz J. *Verwaltungsverfahrensgesetz : Kommentar* 4. éd. München : Beck, 1994.

4 VwVfG, article 29, alinéas 1 et 2.

5 Jürgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, Volume II, office des publications officielles des communautés européennes Bruylant 1994, p. 1333.

6 BVerfG E 65, pp. 1 et ss (Arrêt du 15 décembre 1983, I BvR 209/83 e.a.) in *EuGRZ*, 1983, pp. 577 et ss.

7 BVerfG E 65, pp. 45 et ss.

8 VwVfG article 29.



d'obtenir l'accès aux documents à travers une décision de l'administration selon son pouvoir discrétionnaire et donc aussi en dehors d'une procédure administrative, avant le début de la procédure, ou après la conclusion de la procédure<sup>1</sup>. Au contraire, l'intérêt juridique (protégé) (*rechtliches Interesse*) existe quand l'accès est nécessaire pour clarifier un rapport ou une situation juridique (insécurité), régler ou décider un comportement juridique après le résultat de l'examen du dossier. L'intérêt juridique doit être démontré par le requérant de façon à permettre à l'autorité administrative d'évaluer si l'intérêt juridique existe. Au contraire, l'administration ne peut contrôler si l'intérêt juridique que le requérant fait valoir a une probabilité de succès dans l'exercice d'un droit ou dans l'exercice de la défense d'un droit (*Erfolgsaussichten*)<sup>2</sup>.

### **c L'accès à l'information selon la loi relative à la documentation des services de sécurité de l'ex RDA (*Stasi-Unterlagen-Gesetz*)**

Une autre réglementation concerne la documentation rassemblée par les services de sécurité de l'ex RDA. La loi StUG du 20.12.1991 (BGBl.IS.2272) concerne la documentation qui était en possession des services de sécurité de l'ex RDA. La loi réglemente l'accès à cette documentation, son utilisation et sa conservation. Dans cette partie, c'est l'aspect procédural de l'accès qui intéresse cette étude. L'accès n'est autorisé qu'à travers la formulation d'une demande. Selon la StUG<sup>3</sup>, chacun peut demander au délégué du Gouvernement fédéral, chargé de l'administration de la documentation des services secrets de l'ex RDA, des renseignements ainsi que l'accès aux documents, si des informations le concernant se trouvent dans la documentation en sa possession. Mais ces renseignements ne sont pas considérés comme des actes administratifs, car ils n'en ont pas le caractère réglementaire (*Regelungscharakter*). Au contraire, les refus de renseignement, de l'accès ou de la consigne d'un document Stasi, selon StUG<sup>4</sup>, sont considérés comme des actes administratifs selon la loi VwVfG<sup>5</sup>. C'est pour cette raison que les procédures selon le StUG qui amènent à une décision de refus sont des procédures administratives, ce signifie que la VwVfG trouve une

---

<sup>1</sup> BVerwG décision 5.6. 1984, Buchholz 316 §29 VwVfG NR. 6.

<sup>2</sup> VGH Mannheim *NJW* 1984;1911.

<sup>3</sup> StUG, article 3 alinéa 1.

<sup>4</sup> StUG, article 3 et 12.

<sup>5</sup> VwVfG, articles 9, et 35.

application subsidiaire pour remplir les vides laissés par la StUG. Sont alors applicables de façon subsidiaire ou directe les articles 9-34 et 35-53 VwVfG dans les procédures concernant la documentation StUG<sup>1</sup>. Cela dit la loi StUG<sup>2</sup> règle le type et la façon de l'accès. Il en résulte qu'une application additionnelle complémentaire des règles prévues par la loi VwVfG est exclue, étant donné que la réglementation StUG contient une réglementation complète en matière d'accès. Cela vaut aussi pour le renseignement<sup>3</sup> et la protection des données concernant les tiers. Cette dernière est réglementée par l'article 14 à travers l'anonymisation (*anonymisierung*) et l'effacement des noms des tiers<sup>4</sup>.

## **D L'accès à l'information pendant des procédures spécifiques**

Il existe différents types de procédure spécifique. Cette étude en a retenu deux, la procédure d'établissement d'un plan (1) et la procédure relative à la protection contre les nuisances (2).

### **1 La procédure d'établissement d'un plan**

La procédure d'établissement d'un plan est une variété particulière de procédure formalisée réglementée par §74 VwVfG de façon assez détaillée. Elle établit les règles de procédure relatives à la décision d'adoption du plan. Elle concerne généralement un projet important (par exemple l'installation de tramways, de routes fédérales à longue distance). Cette procédure est proche de l'enquête publique du droit français. Elle comporte quatre phases. Première phase: l'envoi du projet à l'autorité chargée d'organiser l'audition; deuxième phase: faire connaître le plan; troisième phase: l'examen des objections, qui est oral et contradictoire, mais qui n'est pas public; et quatrième phase: l'autorité chargée de l'audition prend position et recense les objections à travers un rapport qui est rendu public.

---

1 L'article 31StUG affirme la compétence primaire du tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) de Berlin dans le cas où la demande d'accès a été faite par des autorités de contrôle en justice, concernant les décisions de refus d'autoriser l'accès aux documents de la part du délégué du gouvernement fédéral chargé de l'administration de la documentation des services secrets en ex-RDA, de façon à exclure le recours administratif et hiérarchique ou gracieux. En dehors des mesures spéciales prévues par §31 StUG, VwGO s'applique.

2 StUG, article 12, al. 4.

3 StUG, article 13.

<sup>4</sup> Pour un approfondissement voir: J. Weberling, *Stasi-Unterlagen Gesetz Kommentar* Carl Heymann Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München. p. 58-61.

Toute personne peut soulever une exception aux projets si ses intérêts sont touchés directement par le projet<sup>1</sup>. Au contraire, le critère pour être appelé à participer à la procédure conformément à la loi VwVfG demande que la personne soit touchée directement par la décision de la procédure dans ses droits ou situations juridiques. Les seuls intérêts idéaux, sociaux ou économiques ne sont pas suffisants<sup>2</sup> pour faire valoir ses intérêts de façon qu'ils soient pris en considération par la décision prise par l'autorité administrative compétente.

Pour les procédures préalables à la déclaration d'utilité publique, le droit d'accès prévu par l'article 72 al. 1 VwVfG dépend uniquement du pouvoir discrétionnaire de l'administration qui a la possibilité d'autoriser ou de refuser l'accès. Ainsi, l'article 29 ne s'applique pas aux procédures du plan à cause du nombre de personnes qui peuvent être concernées (plusieurs milliers de personnes peuvent participer, comme dans le cas de la construction des aéroports, ou des centrales nucléaires): il rendrait impossible l'égalité des droits de tous les participants<sup>3</sup>.

## **2 La procédure relative à la protection contre les nuisances (*atomrechtlichen bzw. immissionsschutzrechtlichen Genemigungsverfahren*)**

Un deuxième type de procédure particulière est la procédure relative à la protection contre les nuisances (*atomrechtlichen bzw. immissionsschutzrechtlichen Genemigungsverfahren*) et la procédure appliquant la loi relative à la protection contre les pollutions et les effluents dommageables, BimSchG.

Le législateur a exclu explicitement dans ces cas l'application de l'article 29 VwVfG. Il faut donc considérer ici que le cercle de personnes pouvant participer à la procédure est plus important que le cercle de personnes qui peuvent accéder au dossier<sup>4</sup>. Les personnes ayant un droit d'accès sont indéfinies: c'est seulement l'autorité administrative qui peut, avec une décision administrative conformément au pouvoir discrétionnaire, décider qui a le droit d'accès. Ce résultat est légitime, étant donné que la décision administrative, dans le secteur atomique et celui des nuisances, peut porter atteinte au droit de santé garanti par l'art 2 al. 2. Loi fondamentale.

---

<sup>1</sup> Voir VwVfG, article 73 al.4. 1.

<sup>2</sup> Hans Werner LAUBINGER, / Carl Hermann ULE, : *Verwaltungsverfahrenrecht*, 2<sup>e</sup> édition Köln 1978, §40IV 1.

<sup>3</sup> Hermann, Carl Ute, *Verwaltungsverfahrenrecht: ein Lehrbuch für Studium und Praxis*" 4 edition Heymann 1995 p. (874) - 244.

<sup>4</sup>Cf. Albert MÜTIUS, : «Akteneinsicht im Atom-und immissionsschutzrechtlichen Gehenemigungsverfahren. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Massenbeteiligung im Umweltschutzrecht», *DVBL* 1978, 665 (669 sv).

Le législateur a considéré, vue l'impossibilité de garantir l'accès dans le cas de centaines ou de milliers de participants à une procédure préalable à la déclaration d'utilité publique, ou pour les procédures concernant les travaux ou les constructions des chantiers nucléaires, de refuser un droit général d'accès et a laissé à l'autorité administrative le pouvoir de décider l'autorisation ou le refus à l'accès au dossier, conformément à son pouvoir discrétionnaire. De plus, la limitation du droit d'accès est justifiée par l'obligation de l'autorité administrative d'effectuer une enquête publique (*Anhörungsverfahren*)<sup>1</sup> au cours de laquelle les personnes intéressées par la procédure ont la possibilité d'obtenir des informations concernant la procédure. En effet, dans le cadre de l'audition, l'autorité est obligée de garantir l'examen des plans concernant les travaux programmés à toute personne pendant une période variable d'un mois à deux mois pour les projets atomiques<sup>2</sup>. Si, d'un côté, le droit d'accès selon l'article 29 al.1 VwVfG se trouve limité pour le participant à la procédure car l'autorité administrative peut, selon son pouvoir discrétionnaire, donner ou refuser l'accès au dossier, d'un autre côté, il élargit le nombre de personnes potentielles pouvant accéder aux documents. Même si ce règlement spécial existe, on peut pas oublier que, par ailleurs, le droit allemand et la Loi fondamentale accordent, en principe, un droit à être entendu à tous ceux qui sont directement concernés par le projet ou plan, dès lors que la décision à prendre peut leur être défavorable: il s'agit bien du droit à être renseigné sur la procédure en cours.

Pour conclure, le droit d'accès au dossier garanti par la loi VwVfG a été aussi influencé directement par le droit communautaire relatif à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. L'accès à l'information relative à l'environnement a été réglementée en Allemagne par la transposition de la Directive communautaire 90/313/CE et a trouvé son application en Allemagne avec la loi UIG<sup>3</sup>. (Dans cette phase de recherche, l'influence sur le droit d'accès à l'information concernant la procédure administrative intéresse cette étude). La loi UIG a un champ d'application plus stricte dans la mesure où elle concerne uniquement l'information relative à l'environnement, mais par rapport à la loi VwVfG, la loi UIG n'est pas liée à l'existence d'une participation à d'une procédure administrative, ni à la nécessité de protéger des intérêts juridiques. Autrement dit, la loi UIG est plus ouverte que les dispositions concernant l'accès à l'information du Code de procédure

---

<sup>1</sup> VwVfG 73a3., BimSchG article 10 alinéa 3 , et AtVfV article 6 alinéa 1.

<sup>2</sup> Ferdinand KOPP,; *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5 Auflage, München 1991.p §73 Rn;19, BverwGE 61, 256 (272).

<sup>3</sup> Voir Partie I, Titre II.

VwVfG. Cela dit, les deux lois existent parallèlement. Pendant une procédure administrative, seule la réglementation du droit d'accès selon le Code de procédure administrative s'applique, au sens de la loi UIG<sup>1</sup>.

L'analyse du droit d'accès à l'information pendant les procédures administratives allemandes montre l'autonomie du système allemand par rapport au système communautaire, mais également certaines similitudes avec le droit administratif communautaire, principalement dans le domaine des droits de la défense. L'analyse du système français permettra de montrer qu'à l'intérieur de l'Union, les pays membres ont fait des choix différents dans le domaine de la procédure administrative non contentieuse. Ainsi, il est possible de constater des différences dans les droits d'accès personnel garanti à l'intéressé.

## **SECTION II L'accès à l'information pendant les procédures administratives non contentieuses en droit français**

La procédure administrative française est longtemps restée limitée au cadre juridictionnel. C'est seulement après une prise de conscience lente, mais progressive que la notion a cessé d'être encadrée uniquement au sein de juridictions et que le terme de «procédure administrative non contentieuse» est apparu<sup>2</sup>. Or, au terme de «procédure» est rattaché le terme d'acte juridique, car la finalité de la procédure est la création d'un acte juridique qui crée des droits ou des obligations au profit ou à la charge de sujets de droit<sup>3</sup>. Ainsi, l'acte juridique implique l'édiction d'une prescription<sup>4</sup>.

C'est dans ce sens que le terme de procédure a été également utilisé dans le domaine administratif. Les administrations ont le pouvoir d'agir, de prendre des actes unilatéraux qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux administrés. C'est donc l'ensemble des règles qui sont définies comme «les droits de la défense» qui doivent être respectées dans

---

<sup>1</sup> UIG, article 7 alinéa 2 exclut la liberté d'accès à l'information pour la durée d'une procédure administrative.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens, M.G.ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, bibliothèque de droit public, tome LXXIX, L.G.D.J, 1968.

<sup>3</sup> G.ISAAC, op. cit., p. 151.

<sup>4</sup> Comme le précise le Professeur ISAAC, «Tout acte juridique doit être édicté, c'est-à-dire introduit dans l'ordre juridique puis appliqué», G.ISAAC, op. cit., p. 151.

l'intérêt de l'administration, mais aussi de l'administré afin de pouvoir adopter et appliquer l'acte. Pour l'administration, les règles de procédures constituent la garantie que les décisions soient prises dans l'intérêt général. Concernant l'intérêt des administrés, la procédure non contentieuse a un rôle fondamental, car elle donne aux administrés des garanties lors de l'élaboration d'une décision administrative. Ainsi, la procédure (administrative ou judiciaire, législative...) a comme finalité de garantir la transparence de la prise de décision et, dans le cas de la procédure administrative non contentieuse, de permettre et d'accroître la participation des administrés à l'édition des actes administratifs, et donc la démocratie. Étant donné que les droits de la défense ont trouvé une reconnaissance initiale dans la procédure judiciaire, il est nécessaire d'abord de s'interroger sur la place des droits de la défense dans le système juridique français (§1), puis d'analyser leur garantie progressive dans la procédure administrative non contentieuse (§2) avant d'examiner la mise en œuvre en droit français (§3).

## **§ 1 La place des droits de la défense dans le système juridique français**

Les normes constitutionnelles qui sont au sommet de l'ordre juridique français s'imposent à l'organisation et au fonctionnement de l'administration. Elle concerne particulièrement les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ...». Dans cette perspective, les lois votées dans les années soixante-dix relatives au droit d'accès aux documents et aux obligations d'information et de motivation sont importantes<sup>1</sup>.

La Constitution fixe les limites matérielles au pouvoir d'intervention de l'administration dans la vie des citoyens en faisant référence, dans son préambule, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946<sup>2</sup>. L'importance du préambule est manifeste par sa valeur juridique reconnue et son intégration au bloc de constitutionnalité. C'est le Conseil d'État qui a manifesté rapidement sa volonté de considérer le préambule associé au reste de

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-17 du 6/1/78; loi n°78-753 du 17/7/1978; loi n°79-18 du 3/1/79 et loi n° 79-587 du 11/7/1979.

<sup>2</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, vol 1, 1994, édition office des publications officielles des communautés européennes Bruylant, Bruxelles, p 116.

la Constitution: il a été suivi dans cette interprétation par le Conseil constitutionnel<sup>1</sup>. Les décisions du Conseil d'État<sup>2</sup>, et la décision du Conseil constitutionnel « liberté d'association »<sup>3</sup> affirment que le préambule a force de loi constitutionnelle dans la totalité de ses dispositions. Le Conseil constitutionnel a reconnu que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, selon la formule utilisée par la Constitution de 1946, ont valeur constitutionnelle<sup>4</sup>. Ainsi, le « respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » a une valeur constitutionnelle<sup>5</sup>. Le respect des droits de la défense revêt une importance fondamentale, car c'est à travers celui-ci que le droit d'accès à l'information a été reconnu comme essentiel lors de la procédure judiciaire. Le point de départ est le droit aux recours juridictionnels consacré par le Conseil constitutionnel (A), et la reconnaissance du droit d'accès à l'information pendant la procédure judiciaire (B).

#### **A Le droit aux recours juridictionnels consacré par le Conseil constitutionnel**

En affirmant le fondement constitutionnel du droit d'agir en justice, le Conseil constitutionnel a rattaché à l'article 16 de la Déclaration de 1789 « la garantie des droits » pour tous les intéressés, c'est-à-dire la possibilité effective de constater devant les juridictions (notamment administratives) les mesures d'application des lois soumises à son contrôle. Il garantit le pouvoir de participer à la procédure et de ne pas être seulement objet de la décision administrative, afin de pouvoir influencer la décision. Ce droit trouve ses racines dans le

---

<sup>1</sup> V. d'une part CE Sect. 12 février 1960, Soc. Eky, p. 101, D 1960, p. 263 note J. L' Huillier, JCP 1960, n° 11629 bis note G. Vedel, S. 1960, p. 131 concl. J. Kahn: examen de fond d'un moyen tiré de la violation par un décret de l'article 8 de la Déclaration de 1789, consacrant le principe de la non-rétroactivité des lois pénales. Et d'autre part, CC 16 juillet 1971, Liberté d'association, p. 29, AJ 1971, p. 537, note J. Rivero, RDP. 1971, p. 1171, note J. Robert: appréciation de la conformité d'une loi aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et en l'espèce au principe de la liberté d'association.

<sup>2</sup> C.E. Sect 12 fév. 1960.

<sup>3</sup> C. Const. 16 juillet 1971, Liberté d'association.

<sup>4</sup> La référence faite par le Constituant de 1946 aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" a eu pour objet de rendre hommage à l'oeuvre législative de la III<sup>e</sup> République en matière de libertés publiques et de lois sociales. Le Conseil constitutionnel a fait figurer au nombre de ces principes, outre la liberté d'association (n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29), notamment le principe des droits de la défense (n° 76-70 DC du 2 déc. 1976, Rec. p. 39) suivi par : la liberté de l'enseignement (n° 77-87 DC du 23 nov. 1977, Rec. p. 42); l'indépendance de la juridiction administrative (n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Rec. p. 46) ainsi que sa compétence dans le contrôle de légalité des actes administratifs (n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, Rec. p. 8), l'indépendance des enseignants du supérieur (n° 83-163 DC du 20 janv. 1984, Rec. p. 30).

<sup>5</sup> C. Const. 17 janvier 1989, Liberté de communication, p. 18 (29° consid.), Rev adm. 1989, p. 223, note J.L. Autin, RDP 1989, p. 464, obs. L. Favoreau RFDA 1989, p. 215, note B. Genevois).

respect de la personne humaine. En effet, le non respect serait contraire à la dignité humaine, en réduisant la personne à un simple objet ou à un instrument dans l'État. Le Conseil constitutionnel a consacré en 1994 le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>1</sup>. Le Conseil, en invoquant un passage du préambule constitutionnel opposant aux «régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine» les droits inaliénables et sacrés» appartenant «à tout être humain», le Conseil juge «qu'il en ressort» que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation» est un principe constitutionnel.

## **B La reconnaissance du droit d'accès à l'information pendant la procédure judiciaire**

La doctrine française qualifie de recours contentieux uniquement le recours porté devant le juge. C'est cette activité des juridictions et son caractère contradictoire qui garantissent pendant le déroulement de la procédure judiciaire l'accès à l'information de l'inculpé. Le principe du caractère contradictoire de la procédure est affirmé par les articles 16 du Code de procédure civile et 116 du Code de procédure pénale, qui garantissent le droit pour l'inculpé d'être renseigné avec exactitude sur chacun des faits qui lui sont imputés et de prendre connaissance, avant chaque interrogatoire, de son dossier par l'intermédiaire de son conseil. Les plaideurs ne peuvent pas retenir des documents ou informations en relation avec le litige en cours d'examen<sup>2</sup>, et le juge peut ordonner la production des documents. Ce principe s'impose également au juge administratif: en effet la demande à l'administration de produire certains documents est l'un des points importants où le caractère inquisitoire de la procédure est mis au service du contentieux. Pendant longtemps, le CE n'a pas demandé à l'administration de produire au dossier de l'instance les documents dont le refus de communication faisait l'objet de litige. Cette orientation a été abandonnée : désormais le juge administratif peut requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi. L'inculpé voit son droit d'accès au dossier garanti à travers le droit d'être entendu afin de pouvoir s'exprimer sur le litige avant la décision en justice.

---

1 C.Const. « CC 27 juillet 1994, Lois sur la bioéthique, p. 100, D 1995, p. 237, note B. Mathieu, *JCP* 1995, I, n° 3837, chron. E. Picard, *RDP* 1995, p. 54 note D. Rousseau. »

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Rapport Public* 1995, Études et documents N° 47 P. 30, La Documentation française.



## **§2 La reconnaissance progressive des droits de la défense dans la procédure administrative non contentieuse**

En France, l'administration n'est généralement pas obligée de donner à la procédure non contentieuse un caractère contradictoire. Le Conseil d'État dans l'arrêt «Gauthier» du 12 mars 1954 a jugé que l'administration n'était pas tenue de fournir aux administrés les documents ayant servi de base à ses décisions<sup>1</sup> ni de motiver celles-ci<sup>2</sup>, sauf si un texte le prévoyait. C'est dans le domaine de la fonction publique que les droits de la défense ont trouvé leur première application (A) avant d'être transposés par le législateur dans le domaine de l'administration générale (B).

### **A La reconnaissance des droits de la défense dans la fonction publique**

Le droit disciplinaire applicable aux fonctionnaires constitue le point de départ de l'élaboration d'un principe général des droits de la défense. C'est la loi du 22 avril de 1905 (précitée) qui intègre l'information dans une procédure formelle. Elle n'intervient que lorsqu'un fonctionnaire se voit soumis à une procédure disciplinaire. Avant la prise de toute sanction disciplinaire, la communication personnelle et confidentielle à tous les fonctionnaires civils et militaires employés et ouvriers des administrations publiques, de toutes les notes, feuilles signalétiques et de tous autres documents composant leur dossier, est obligatoire. En effet, l'article 65 de la loi a institué au profit des membres de la fonction publique la communication du dossier avant toute sanction disciplinaire:

« Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes les administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté».

Ce principe fut interprété de manière extensive par la jurisprudence, en garantissant aux fonctionnaires la possibilité de consulter le dossier et d'être entendus de façon de plus en

---

1 C.E. 12 mars 1954, Gauthier, Rec. Cons.d'Et., p. 821.

2 C.E. 10 juillet 1954, Sauter, Rec. Cons.d'Et., p. 733.

plus étendue<sup>1</sup>. Ces droits furent repris dans le statut de la fonction publique<sup>2</sup>. La jurisprudence donne une interprétation extensive du droit de communication préalable du dossier qui, selon elle, doit s'imposer aussi en dehors des sanctions disciplinaires, à l'occasion de tout acte constituant une mesure disciplinaire déguisée<sup>3</sup>. En dehors de la fonction publique, l'application du respect des droits de la défense se trouve dans les domaines les plus divers: infractions à la législation économique<sup>4</sup> interdiction d'exercer une profession<sup>5</sup> déclaration de perte de la nationalité<sup>6</sup>. Ainsi, le respect des droits de la défense consacré en droit français initialement par l'article 65 de la loi 22 avril 1905<sup>7</sup> a été par la suite élevé par le juge administratif au rang de principe général du droit<sup>8</sup>, principe qui ne doit pas être confondu avec les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui sont des principes textuels et de valeur constitutionnelle<sup>9</sup>.

## **B La transposition des droits de la défense au domaine de l'administration générale**

L'administration pouvait facilement faire usage du principe du secret administratif pour justifier la nécessité de préserver sa liberté d'action et donc se soustraire au contrôle des administrés. Or, le secret administratif « nuit à l'application du principe d'égalité devant le service public, car, d'une part, contrairement à l'objectif recherché, il permet aux pressions et passe-droits de se développer puisqu'ils jouissent de la clandestinité »<sup>10</sup>. Ainsi, le secret fait peser sur l'administration un climat de suspicion, est source d'arbitraire et constitue par conséquent un obstacle à la démocratie de l'action administrative.

---

<sup>1</sup> Jacques PUISSOYE, «Portée du principe des droits de la défense», *Actualité juridique* 1962, p. 80 et sv.

<sup>2</sup> Article 67 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relatif au statut général des fonctionnaires, JO du 20 octobre 1946. puis par l'article 31 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 (JO du 8 février 1959) ainsi que par l'article 40 de la loi n° 52-432 du 28 avril 1952 portant statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux (JO 29 avril 1952)

<sup>3</sup> CE, Hermann du 2 décembre 1959, Leb. p. 642; AJ 1960. II p. 207)

<sup>4</sup> CE, Hervé du 16 juin 1944, Leb. p. 173),

<sup>5</sup> CE, ministre de l'Intérieur c/ Rohmer et Faist du 8 janvier 1960, Leb. p12),

<sup>6</sup> CE, Époux Speter du 7 mars 1958, Leb. p. 152 avec conclusion Long AJ DA 1958 p. 178.)

<sup>7</sup> Loi du 22 avril 1905.

<sup>8</sup> C.E. 5 mai 1944 Dame veuve Trompier-Gravier. Leb. p. 133; D. 1945, p. 256, note Jèze.

<sup>9</sup> C.E. 5 mai 1944 Dame Trompier-Gravier.

<sup>10</sup> B.DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, bibliothèque de droit public, tome 172, L.G.D.J., 1993;

Le droit écrit, c'est-à-dire les lois votées par le Parlement, ne traite que rarement du droit administratif général et de la procédure administrative. En France il n'existe pas de Code de procédure administrative non contentieuse, comme nous le trouvons en droit allemand depuis 1976, et partiellement en Italie depuis la loi n°241/1990, qui garantit les droits de défense du citoyen dans ses rapports avec l'administration publique pendant les procédures administratives non contentieuses. Le droit français s'est toujours montré rebelle à toute forme de codification<sup>1</sup> d'ensemble. Le droit administratif n'est donc pas codifié (au sens où l'est le droit civil), il est au contraire un mélange de dispositions textuelles et de solutions jurisprudentielles.

C'est au juge de se faire jurislatureur, en faisant du droit administratif un droit fondamentalement jurisprudentiel. A cause de la nature fragmentaire du droit écrit, la jurisprudence s'est vue investie d'un rôle décisif dans le développement du droit administratif. C'est l'affirmation des principes généraux du droit, comme nous l'avons vu, comme le principe de l'égalité des citoyens devant la justice<sup>2</sup> et les droits qui sont rattachés à une préoccupation de sécurité ou de protection des administrés, le principe général du droit qui confère aux administrés le droit d'exercer un recours hiérarchique contre toute décision d'une autorité subordonnée ou comme le principe qui prescrit le respect des droits de la défense, qui a une grande importance pratique.

Le respect des droits de la défense impose à l'autorité administrative des obligations à tenir par rapport au citoyen: l'administration doit informer la personne concernée. Mais la jurisprudence en la matière n'est pas uniforme<sup>3</sup>. Certains arrêts affirment qu'il suffit que l'intéressé ait été avisé du projet de sanction; selon d'autres, l'administration est de plus tenue d'inviter explicitement l'intéressé à présenter ses moyens de défense, ou à demander la communication de son dossier<sup>4</sup>. L'administration doit expliquer en détail à l'intéressé quel est l'objet de la procédure. Si l'intéressé a demandé à présenter sa défense, l'autorité administrative doit lui communiquer le dossier des griefs retenus à son égard. L'accès concerne l'intégralité des pièces du dossier, pour être informé de l'ensemble des griefs. La sanction ne peut être prise que pour les griefs qui ont été communiqués<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Y. Gaudemet, «La codification de la procédure administrative non contentieuse en France», *D.* 1986, Chr. XVII, p.107.

<sup>2</sup> CE Ass. 12 oct. 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, p. 371, *AJ*, 1980, p. 248, note C. Debouy, *JCP* 1980, n° 19288, concl. M. Franc.

<sup>3</sup> Cf. René Chapus, *Droit Administratif général*, Tome 1, 9<sup>e</sup> édition Montchrestien, 1995, p. 991.

<sup>4</sup> V.p.ex. CE 7 avril 1975, Bouché et 28 octobre 1983, Fogelgesang; CE Sect. 4 mai 1962, Dme Ruard.

<sup>5</sup> C.E. Dumesnil. du 6 novembre 1946, *Leb.* p. 256.

Si dans le secteur économique et social l'empririsme convient au développement de la concertation, qui résulte d'un rapport de forces entre le pouvoir et ses partenaires, il en va différemment dans celui de l'Administration générale, où les administrés sont désemparés devant le pouvoir de l'administration. La concertation effective peut se réaliser uniquement à travers un code de procédure administrative non contentieuse. Cela dit, le droit administratif français a reconnu progressivement à l'administré le droit être informé afin de pouvoir se défendre contre l'administration.

### **§3 La mise en œuvre du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative non contentieuse**

En absence d'un Code administratif, les dispositions concernant la transparence sont dispersées dans différents textes, étant donné la succession des textes qui ont affirmé progressivement les droits des administrés vis-à-vis de l'administration. L'ensemble des lois votées depuis les années 70-80 (relatives à l'informatique et aux libertés, à l'accès des citoyens aux documents administratifs et aux archives, et à la motivation), prend les contours d'un code de procédure administrative<sup>1</sup>.

Ces droits de la défense ont fait l'objet d'une reconnaissance croissante<sup>2</sup>. Depuis la fin des années 70 et le début des années 80<sup>1</sup>, le droit français s'est enrichi de textes généraux qui reproduisent et amplifient des dispositions arrêtées par de multiples textes spéciaux, et des leçons de la jurisprudence, qui maintenant la supplantent et prennent le relais de la jurisprudence. La mise en oeuvre du droit d'accès à l'information lors de la procédure administrative nous conduit dans un premier temps à rappeler les différents textes adoptés dans le domaine des relations citoyens-administration (A), avant d'analyser les garanties «minimales» permettant l'information (B) lors de la procédure administrative non contentieuse. L'importance des garanties ne peut être appréciée qu'en tenant compte de la définition de documents accessibles (C). Enfin, l'obligation de motivation (D) oblige l'administration à rendre compte des décisions qu'elle a prises par rapport à l'administré et donc constitue une source d'informations importante.

---

<sup>1</sup> Didier LINOTTE, «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», in *Revue du droit public*, 1980, pp. 1702.

<sup>2</sup> Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Vol. II, Bruylant, p. 1310.

## **A Les différentes lois promulguées dans le domaine des relations citoyens administration**

Les lois font apparaître les interconnexions de ces lois: elles se complètent et se précisent l'une l'autre. Même si ces lois ne revêtent pas toujours une réelle importance dans le cadre de décisions administratives, elles réglementent en particulier le droit d'accès du citoyen aux informations le concernant. L'évolution du droit administratif par ses lois peut être résumée comme la volonté de rendre l'administration plus transparente dans son fonctionnement, d'améliorer la position de l'administré dans un cadre non contentieux et pré-contentieux. Mais l'ensemble des textes montre aussi les limites de l'oeuvre législative qui a un caractère dispersé et nécessiterait une codification réelle et formelle.

Ainsi, la loi la plus importante, la loi du 17 juillet 1978, a ouvert aux administrés le droit de prendre connaissance des documents administratifs<sup>2</sup>. Le champ d'application de la loi 17 juillet 1978 est très vaste<sup>3</sup>. L'octroi de droits procéduraux par la loi 17 juillet 1978<sup>4</sup> ouvre un droit d'accès plus général au dossier: l'article 8 précise: «Sauf disposition prévoyant une décision implicite de rejet ou un accord tacite, toute décision individuelle prise au nom de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme, fût-il de droit privé, chargé de la gestion d'un service public, n'est opposable à la personne qui en fait l'objet que si cette décision lui a été préalablement notifiée.»

Cette loi peut être vue comme la base qui détermine le régime général de l'accès aux documents administratifs, et garantit à toute personne «de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées» et d'exiger que ses observations soient annexées au document<sup>5</sup>. Cette loi a été précédée par la loi 6 janvier 1978 liberté et informatiques<sup>1</sup>. Cette dernière régleme en particulier le droit d'accès du citoyen aux informations nominatives le concernant, mémorisées dans des banques de données informatiques. La personne concernée n'a pas seulement le droit à l'information,

---

<sup>1</sup> L'ensemble de ces lois ont fait l'objet d'étude dans la Partie I, Titre I, Ch.II.

<sup>2</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, J.O. du 18 juillet 1978, p. 2851.

<sup>3</sup> Voir partie I, titre I.

<sup>4</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, J.O. 1978, pp. 2851 et ss, complétée par la loi 79-587 du 11 juillet 1979, J.O. 1979, p 1711.

<sup>5</sup> Article 3: «Sous réserve des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, concernant les informations nominatives figurant dans des fichiers, toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées».

mais aussi le droit de demander et d'obtenir la rectification des informations<sup>2</sup>. On assiste depuis à une évolution progressive vers un système qui garantit à l'administré des droits, notamment procéduraux, destinés à assurer l'efficacité et la transparence de l'action administrative et qui protègent le citoyen (usager) vis-à-vis de l'activité de l'autorité administrative<sup>3</sup>. Ces lois et dispositions se caractérisent pour avoir mis en place une interaction entre le droit général à l'information garantie par la loi 17 juillet 1978 et des droit spéciaux<sup>4</sup>, déjà implantés dans la pratique administrative. Le citoyen se voit ainsi attribué des droits de la défense qui lui permettent d'avoir une influence accrue sur les décisions le concernant prises par l'autorité administrative. C'est dans ce sens que l'expression «droits de la défense» prend toute son importance. En effet, lorsqu'ils sont exercés devant l'administration active, les droits de la défense signifient que la personne visée par la

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, J.O. 1978, PP. 277 ET SS.

<sup>2</sup> Cette loi fera l'objet de l'étude de la Partie II, titre II.

<sup>3</sup> ce sont la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs (Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, J.O. du 12 juillet 1979, p. 1711, et les explications du premier ministre du 31 août 1979, J.O. du 4 septembre 1979, p. 2146) et la loi 3 janvier 1973, instituant un Médiateur (complétée par celle du 24 décembre 1976) -qui a reçu de la loi du 13 janvier 1989 (art. 69) la dénomination de Médiateur de la République- mais également le Décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers (Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, J.O. du 3 décembre 1983, p. 3492.); le Décret du 18 décembre 1990, remplaçant celui du 18 juillet 1983 et réorganisant la commission pour la simplification des formalités «cosiform» prolongée par des commissions régionales, le décret du 28 novembre 1983, qui lève l'anonymat des fonctionnaires en relation avec le public (art 5); enfin, pour faciliter l'information des administrés, la création de sept centres interministériels de renseignements administratifs CIRA régis par le décret 5 mai 1995 et spécialisés dans l'information par voie téléphonique. D'autres éléments de transparence et d'information consistent en la circulaire du Premier ministre, en date du 30 janvier 1985 et du 23 février 1989 qui consiste à favoriser la levée de l'anonymat des fonctionnaires, de façon à encourager un dialogue personnalisé à tous les échelons de la hiérarchie, ainsi qu'en la circulaire du Premier ministre du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques. Enfin la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O., n° 88, 13 avril 2000, p. 05646) et le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001 pris pour l'application de la loi n° 2000-321 assurent l'extension des dispositions protectrices prévues par les textes antérieurs.

<sup>4</sup> Par exemple, dans le domaine de la concurrence, avec l'ordonnance du 1<sup>o</sup> décembre 1986, Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, *Ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence (abrogé par l'Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, Ordonnance relative à la partie législative du Code de commerce)*. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre affirmait un ensemble de règles qui doivent être respectées pendant la procédure tenue devant le Conseil. Ces règles garantissent un renforcement des droits de la défense aux parties de la procédure. Institué par l'ordonnance, le Conseil de la concurrence se substitue à la Commission de la concurrence. Le Conseil est une autorité administrative indépendante avec des pouvoirs autonomes. Il a un rôle consultatif et surtout aussi un pouvoir de sanction lorsqu' est en cause une pratique anti concurrentielle relevant du titre III de l'ordonnance. La procédure devant le Conseil est soumise aux principes généraux, telle la protection des droits de la défense ou le principe du contradictoire. La garantie des droits de la défense a été renforcée: notamment les parties ont désormais accès à l'intégralité du dossier, et ont le droit de demander à être entendues par le Conseil et d'assister aux séances. L'article 18 prescrit une procédure contradictoire pour les investigations du Conseil de la concurrence en vue de la découverte de pratiques restrictives de la concurrence. Le principe du contradictoire implique des conséquences importantes. Toutes les pièces et éléments de preuve de nature à motiver la décision du Conseil doivent être portés à la connaissance des parties (CE 4 novembre 1983, req. 37367). Une limite peut résulter de la nécessité de préserver des secrets professionnels (V. M-C

décision<sup>1</sup> doit être informée à l'avance, et donc être mise à même de faire valoir son point de vue.

## **B Les garanties « minimales» permettant l'information dans la procédure non contentieuse**

Le décret du 28 novembre 1983<sup>2</sup> prévoit que l'administration est obligée, avant de prendre une décision individuelle défavorable à son destinataire ou une décision qui déroge à une réglementation, d'inviter l'intéressé à présenter des observations écrites, à condition cependant que ces décisions concernent les administrés et qu'elles ne soient pas prises à la demande de l'intéressé. La loi du 12 avril 2000 a repris enfin les dispositions du décret concernant le caractère contradictoire des procédures, mais en plus elle en étend le champ d'application<sup>3</sup>. La loi a également consacré la jurisprudence du CE qui avait opté pour le caractère cumulatif du droit de présenter des observations orales et le droit de présenter des observations écrites et non pas alternatives des deux procédures<sup>1</sup>. Ainsi l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 précise : «les décisions individuelles qui doivent être motivées (...) n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique.». Ainsi, l'intéressé doit en premier lieu être averti en temps utile de l'intention de l'administration de prendre une décision le concernant.

La jurisprudence n'est pas très sévère en ce qui concerne la forme de cet avertissement préalable: elle n'exige pas de document spécial ou de lettre recommandée. L'avertissement

---

BOUTARD-LABARDE, *Le nouveau Droit de la concurrence*, Montchrestien, 1987, p. 14, et Renée GALENE, *Le droit de la Concurrence*, Diffusion litec, Paris 1995, p (400), p. 108).

<sup>1</sup> Les personnes visées par la décision sont, en droit public, toutes celles contre lesquelles une action en justice ou une décision administrative est dirigée et l'on qualifie de défendeur toute personne qui est susceptible d'être directement lésée par la décision juridictionnelle ou administrative à intervenir Voir R. Odent, "les droits de la défense", Etudes et documents du Conseil d'État, 1953, p. 55.

<sup>2</sup> Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, J.O. 1983, pp. 3492 et ss.

<sup>3</sup> Alors que le champ d'application du décret était limité à la seule sphère des administrations d'État ou de l'un de ses établissements publics, la loi du 12 avril 2000 vise, en effet, pour l'ensemble de ses dispositions, « les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif».

peut même être fait par oral. Il suffit que l'administration fasse connaître à l'intéressé de manière non équivoque qu'une décision est sur le point d'être prise<sup>2</sup>. L'intéressé doit en second lieu être mis à même de présenter utilement ses observations préalables.

Cela confère à l'intéressé deux droits. Il a d'abord le droit de connaître les griefs formulés contre lui. Il faut, toutefois, qu'il prenne l'initiative d'en demander la communication. L'administration, qui avise l'intéressé de ses intentions, n'a pas à lui en donner connaissance spontanément. Il a ensuite le droit de présenter ses observations. Il s'agit, là encore, d'une simple faculté: le fait que l'intéressé refuse de se défendre ne vicie pas la procédure. Enfin l'article 24 de la loi du 12 avril a repris du décret du 28 novembre 1983 : «le droit d'audition». Dans les cas où la décision doit faire l'objet d'une procédure contradictoire, l'administration ne pourra refuser de l'entendre que si la demande est manifestement abusive. Enfin, comme dans la discipline des agents publics, où la jurisprudence a reconnu aux agents publics le droit de se faire assister par un avocat, sans autorisation préalable, devant tous les organismes disciplinaires sauf lorsque cette assistance est incompatible avec le fonctionnement de l'organisme ou lorsqu'elle est exclue par des dispositions statutaires régissant la personne intéressée<sup>3</sup>, la personne concernée par la décision pourra, lors de son audition par le fonctionnaire chargé du dossier, se faire assister ou représenter par un mandataire de son choix. Ce mandataire ne sera pas nécessairement un avocat.

Cela dit, ces droits ne sont pas absolus<sup>4</sup>. Néanmoins, l'ensemble de ces dispositions ont permis d'améliorer l'accès à l'information de la part de l'administré, qui doit être informé par l'administration sur les faits pour pouvoir s'exprimer sur la décision future de l'administration qui lui est défavorable<sup>5</sup>. Un caractère subsidiaire est conféré au régime de la loi du 12 avril 2000<sup>6</sup>; comme c'était déjà le cas pour le décret du 28 novembre 1983, l'administration n'est tenue de le mettre en oeuvre qu'à défaut d'un régime particulier analogue. Par exemple, en matière d'extradition, «les décrets d'extraditions sont pris au terme d'une procédure (loi 10

---

<sup>1</sup> CE, 19 janvier 1990, *Soc. Française de revues et Soc. Des éditions de la Fortune*, AJDA, 1990, p. 124.

<sup>2</sup> 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture c/ Coopérative d'insémination artificielle*, Lebon p. 532.

<sup>3</sup> 8 novembre 1963, *Ministre de l'agriculture c/ Lacour*, Lebon p. 532.

<sup>4</sup> Comme le précise l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables: 1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ;

2° Lorsque leur mise en oeuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales ;

3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière.

<sup>5</sup> J.M. Auby, *A.J.D.A.* 1984, p. 124.

<sup>6</sup> Loi du 12 avril 2000, n° 2000-321 Article 24 , alinéa 2.3° précise que les dispositions de l'article 24 ne sont pas applicables «aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière.»



mars 1927) comportant des dispositions précises destinées à garantir les droits de la défense et dont il a été fait application en l'espèce»<sup>1</sup>.

### C Les documents communicables

La loi du 12 avril 2000 a apporté des précisions à la définition de documents<sup>2</sup>: il faut dans cette partie rappeler que les autorités administratives sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent. Les documents communicables ont fait déjà l'objet de la première partie de cette recherche, néanmoins il faut ici rappeler dans les grands lignes l'importance pour les droits de la défense du droit d'accès aux documents.

Les documents non communicables sont définis par l'article 2 modifié de la loi du 17 juillet 1978. La loi du 12 avril 2000 a consacré la jurisprudence du Conseil d'État et de la CADA qui avaient élargi la définition de document non communicable. Le Conseil d'État avait fixé la limite du droit à la communication à un seul critère: celui de document achevé<sup>3</sup>. Il énonce que le droit à communication des documents non nominatifs ne s'applique qu'à des documents achevés. Concernant les documents nominatifs, le droit à leur communicabilité selon la loi 17 juillet 1978 n'appartient qu'aux personnes qui sont concernées par le document (art 6bis) et (article 3) qui permet à toute personne de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées, sous réserve de l'application des dispositions de la loi 6 janvier 1978 concernant les informations nominatives figurant dans des fichiers<sup>4</sup>. Mais la situation pour l'utilisateur est restée peu claire. En effet, l'utilisateur avait à sa disposition deux voies pour accéder aux informations nominatives contenues dans un fichier manuel de l'administration, soit la loi du 6 janvier 1978, soit la loi 17 juillet 1978. Suite aux modifications apportées par la loi du 12 avril 2000, les documents nominatifs au sens de la loi du 6 janvier 1978 sont désormais communicables en vertu du nouvel article 1<sup>er</sup> de la loi 17 juillet 1978 sous réserve que leur communication ne soit pas interdite en vertu du nouvel article 6<sup>5</sup>. Sont également exclus de la communication

---

<sup>1</sup> René Chapus, *Droit Administratif général*, Tome 1, 9<sup>e</sup> édition Montchrestien, 1995, p. 994.

<sup>2</sup> Voir pour davantage de détails Partie I. titre I.

<sup>3</sup> CE, Sect., 11 février 1983, *Min. Urb. Et Log. C/Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise*, R., p. 56.

<sup>4</sup> René Chapus, *Droit Administratif général*, Tome 1, 9<sup>e</sup> édition Montchrestien, 1995, p. 429.

<sup>5</sup> Abrogé par la loi du 12 avril 2000. L'article 7 de la loi du 12 avril 2000 a supprimé, au premier alinéa de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, qui consacre la liberté d'accès aux documents administratifs, les mots « de caractère non nominatif ». Les documents nominatifs, au sens de la loi du 6 janvier 1978, sont donc désormais communicables en vertu de l'article 1er, sous réserve que leur communication ne soit pas interdite en vertu du nouvel article 6. Ainsi, la notion de « document nominatif » disparaît de la loi au profit de celle de

conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, les documents qui, en raison de leur activité à laquelle ils se rattachent, ne revêtent pas un caractère administratif: ce sont par exemple les documents relatifs aux instances judiciaires. Leur exclusion du champ de la loi 17 juillet 1978 résulte de leur nature même et leur communication obéit à des règles propres. Les parties obtiennent les pièces sur lesquelles le juge statue, grâce au principe du caractère contradictoire de la procédure, ainsi que les décisions qu'il rend grâce à l'obligation de les leur notifier. Les actes notariés et les actes d'état civil, même lorsqu'ils ont plus de cent ans d'âge, ne constituent pas des documents administratifs<sup>1</sup>. Pour les litiges relatifs à la communication de l'acte d'état civil, il faut distinguer entre la compétence du juge judiciaire si l'acte a moins de cent ans, et celle du juge administratif pour ceux qui ont plus de cent ans<sup>2</sup>. Le Conseil d'État justifie son interprétation avec le fait que l'acte d'état civil ayant moins de cent ans se rattache à l'exécution d'un service public placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire; ceux qui ont plus de cent ans sont considérés uniquement comme des documents d'archives ( voir loi 3 janvier 1979 sur archives ).

Concernant les documents inachevés, la CADA considère qu'il n'est pas possible de communiquer les ébauches, les esquisses, les projets, les notes encore informelles, les comptes-rendus d'échanges de vues<sup>3</sup>. Sont ainsi exclus de la communication les documents concernant un projet de plan d'occupation des sols en cours d'élaboration<sup>4</sup>, sauf dans le cas où il sert de fondement à un sursis à statuer la personne intéressée a droit<sup>5</sup> à connaître les documents qui justifient cette mesure<sup>1</sup>. La CADA a créé la définition de document préparatoire que la loi du 17 juillet ne définit pas. Ces documents peuvent être des avis, des rapports, des procès verbaux de réunion, qui sont dans leur forme achevée mais préparent une décision qui n'est pas encore intervenue. La commission estime que leur communication doit être différée jusqu'à l'intervention de la décision. Cette interprétation a pourtant été contestée

---

«documents non communicables». Cf. B. DELEUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *Revue du Droit Public*, n° 4-2000, p. 1191.

1 La CADA précise par ailleurs que les «documents d'état civil sont des documents juridictionnels, tenus sous le contrôle du procureur de la République, et dont la communication est définie par le décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifié et par la loi du 3 janvier 1979 sur les archives.» La commission en a conclu que les documents précités n'entrent donc pas dans le champ d'application du décret 2001-493 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 4 de la loi 78-753 du 17 juillet 1978 et relatif aux modalités de communication des documents administratifs. Voir CADA, conseil, préfet du Morbihan, 11 septembre 2003, n° 20033633.

2 Trib. Confl. 19 avril 1982, Bertin, Leb. p. 455.

3 1° Rapport d'activité de la commission, 1979-1980. La Documentation française, p. 53.

4 CADA, avis 20 mai 1981, Auburtin)

5, selon l'article 3 de la loi 17 juillet 1978,

par le tribunal administratif<sup>2</sup>. Le Conseil d'État suit cette interprétation du tribunal administratif: il énonce que le droit à communication des documents non nominatifs ne s'applique qu'à des documents achevés et non aux états partiels ou provisoires d'un document tant qu'il est en cours d'élaboration<sup>3</sup>. La portée de la décision consiste à ne pas refuser complètement l'accès mais bien à le différer. Lorsque le document est achevé, il devient communicable, ainsi que les procès verbaux, les avis, les études ou rapports qui ont servi à l'élaboration du document. Les modifications introduites par la loi du 12 avril 2000, précitée, a consacré la jurisprudence du Conseil d'État qui s'est prononcé pour l'exclusion de la communication des états partiels ou provisoires d'un document, et des documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration<sup>4</sup>: ainsi, l'article 2 paragraphe de la loi du 17 juillet 1978 exclut ce type de documents<sup>5</sup>.

### **D L'obligation de motivation des décisions administratives**

Conjointement avec les lois exposées précédemment, relatives au droit d'accès aux documents administratifs et avec le décret du 28 novembre 1983, la loi 11 juillet 1979<sup>6</sup> relative à la motivation, modifie et élargit les dispositions de la loi instituant la liberté d'accès aux documents administratifs et offre pour la France une protection législative des droits de la défense. Le choix d'insérer la motivation des décisions administratives parmi les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution permet de considérer ce droit nouveau comme l'une des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. L'obligation de motiver est instituée à l'égard des décisions qui restreignent

---

<sup>1</sup> Cf. Bruno Lasserre, Jean-Marie Delarue, Chronique générale de jurisprudence administrative française, «Accès du public aux documents administratifs», *L'actualité juridique - Droit administratif*, 20 juillet /20 août 1983, p. 403. V; aussi CADA avis 30 janvier 1980, Lenain.

<sup>2</sup> ex Tri adm de Lyon, jugement du 7 mai 1981, qui a considéré les procès verbaux des réunions du groupe de travail chargé d'élaborer un POS comme document achevé sans attendre l'intervention de la décision qu'ils préparent et qui doit donc être immédiatement communiqué. De plus le tribunal administratif a considéré qu'il ne résulte d'aucune disposition de la loi 17 juillet 1978 qu'un document préparatoire ne puisse être communiqué qu'après intervention de la décision en vue de laquelle il est élaboré)

<sup>3</sup> C.E. Sect. 11 février 1983, Ministre de l'Urbanisme et du Logement c/ Association Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise, n° 35565.

<sup>4</sup> CE, 16 juin 1989, *Banque de France/ M. Huberschwiler, RFDA*, 1989, p. 973, concl. S.Daël.

<sup>5</sup> Article 2 Modifié par Loi 2000-321 12 avril 2000.

«Le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration. Il ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique. Il ne s'applique pas aux documents réalisés dans le cadre d'un contrat de prestation de service exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées ».

<sup>6</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, J.O. 1979, p. 1711 (rectifié en p. 1822).

l'exercice des libertés publiques<sup>1</sup>. Ainsi, il est nécessaire d'analyser dans un premier temps le champ d'application de l'obligation de motiver (1) avant les conditions d'exécution juridique (2).

## 1 Le champ d'application de l'obligation de motivation

Les travaux parlementaires ont tiré leçon de la jurisprudence, qui était encore une fois précurseur dans l'affirmation des droits des citoyens par rapport à l'administration. Par exemple, les dispositions applicables aux dérogations accordées par l'administration traduisent la nécessité d'expliquer par la motivation les différents intérêts en présence<sup>2</sup>. Mais, en général, le juge s'est refusé à dégager un principe nouveau de la législation existante en matière de motivation<sup>3</sup>.

C'est la loi du 11 juillet 1979 qui étend le champ d'application de la motivation, notamment en matière de liberté publique<sup>4</sup>. Elle se substitue à la jurisprudence comme source du droit administratif. L'obligation de motivation des décisions administratives était jusque-là régie par des textes spéciaux qui peuvent être résumés de la façon suivante: les sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires de l'État<sup>5</sup> ainsi que les sanctions administratives appliquées en matière économique<sup>6</sup>, ou encore concernant les autorisations préalables à l'exercice d'activités professionnelles industrielles, agricoles ou commerciales, doivent être motivées.

La motivation a comme fonction de garantir la démocratie en obligeant les administrateurs de rendre compte des décisions qu'ils ont déterminées par rapport à l'administré, mais aussi de garantir la bonne administration en obligeant l'administration à examiner attentivement le bien-fondé des décisions et de garantir le contrôle de l'administration qui permet aux intéressés de faire une réclamation ou un recours. En

---

<sup>1</sup> Didier LINOTTE, «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», in *Revue du droit public*, 1980, pp. 1704.

<sup>2</sup> C.E. 18 juillet 1973, Ville de Limoges Rec.p. 530.

<sup>3</sup> M. AURILLAC, Doc.; A.N.; 1978-1979, n° 991, p. 6. et voir C.E. 10 février 1978, Rischmann (aucun principe général du droit applicable en l'absence d'un texte n'obligeant pas l'autorité administrative à motiver les décisions qu'elle prend en matière disciplinaire).

<sup>4</sup> Didier LINOTTE, «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», in *Revue du droit public*, 1980, pp. 1699 ss.

<sup>5</sup> Article 31 du statut général.

<sup>6</sup> Ordonnance du 30 juin 1945, Loi. du 19 juillet 1977.

exposant les motifs, l'auteur de la décision facilite la tâche des éventuels requérants. De plus, l'obligation de motivation contraint l'administration à davantage de rigueur dans la préparation de ses décisions. La motivation des décisions individuelles a été réglementée principalement par la loi 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Cette loi soumet à l'obligation systématique de motivation deux catégories de décisions individuelles: d'une part, les décisions individuelles défavorables à leurs destinataires, et, d'autre part, les décisions individuelles qui dérogent aux règles fixées par les lois et les règlements. Ce sont les articles 1, 2, et 5 de la loi du 11 juillet 1979 modifiée par la loi du 17 janvier 1986 (l'art 26 concernant les décisions qui refusent une autorisation a été ajouté). L'article 1<sup>er</sup> oblige l'administration à motiver toutes les décisions administratives individuelles (personne physique et morale, qu'elle ait ou non la nationalité française) défavorables qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police.

Sont considérées comme telles: les décisions infligeant une sanction, les décisions subordonnant l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives, ou imposant des sujétions; les décisions retirant ou abrogeant une décision créatrice de droits, les décisions opposant une prescription, une forclusion ou une déchéance, les décisions refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir<sup>1</sup>, ou encore une décision refusant une autorisation, sauf si la communication des motifs est de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions de l'article 6 de la loi 17 juillet 1978. La deuxième catégorie de décisions individuelles sujette à la motivation sont les décisions administratives qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou règlement, y compris les décisions implicites, sur demande de celui qui a acquis une telle décision<sup>2</sup> ainsi que les décisions administratives qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement ( ex, celle de l'urbanisme, ou du travail de nuit)<sup>3</sup>.

Les destinataires de la motivation sont les personnes concernées par la décision. Sont aussi à motiver les dérogations qui ne sont pas des décisions défavorables en principe à l'égard de leur destinataire direct <sup>4</sup>. L'obligation de motiver la décision prise en dérogation

---

<sup>1</sup> CE sect. 11 juin 1982, Le Duff, p. 220, AJ 1982, p. 583, chron. F.Tiberghien et B.Lasserre JCP 1983, n° 19953.

<sup>2</sup> Conseil D'État, *Rapport Public 1995*, Études et documents N° 47 P. 50, La Documentation française.

<sup>3</sup> René CHAPUS, *Droit Administratif général*, Tome 1, 9<sup>e</sup> édition Montchrestien, 1995, p. 1002.

<sup>4</sup> Didier LINOTTE, «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», in *Revue du droit public*, 1980, pp. 1708.

aux lois et règlements trouve son origine dans le souci de protéger les intérêts de tiers plus que ceux du destinataire.

Par décisions administratives, il faut entendre tous les actes auxquels la jurisprudence reconnaît le caractère d'actes administratifs, qu'ils émanent de personnes publiques ou de personnes privées. L'acte doit avoir un caractère décisoire, ce qui exclut les actes réglementaires. La loi a exclu du champ d'application les actes réglementaires pour ne s'intéresser qu'aux rapports directs et personnalisés entre administration et administrés.<sup>1</sup> La jurisprudence concernant l'application de la loi 11 janvier 1979 a donné une interprétation limitative de la liste des décisions à motiver. N'ont ainsi pas à être motivés les décrets de changement de nom, qui ne concernent directement que leurs bénéficiaires (arrêt Vladescu), ni les délibérations des jurys d'examen ou concours «n'entrant dans aucune des catégories de décision défavorable» énumérées par la loi de 1979, et n'ont donc pas à être motivées<sup>2</sup>. La circulaire du 10 janvier 1980 comporte une très longue liste de classification des décisions à motiver en application de la loi (53 pages de Journal officiel). Mais loin d'être exhaustive, elle établit une simple valeur indicative et interprétative utile entre autres à des fins de recherche par exemple<sup>3</sup>.

---

1 La liste énumérative fixée par la loi retient exclusivement des décisions restrictives (sanctions, mesures de polices ....) ou négatives, oppositions de prescription, refus d'autorisation. Les autres dispositions législatives et réglementaires, ou jurisprudentielles sont : principalement des mesures de police et des règlements de police municipale concernant le stationnement des véhicules, des mesures restreignant les libertés publiques, les arrêtés préfectoraux d'hospitalisation d'office des malades mentaux, ou encore des décrets de dissolution des conseils municipaux L-121-4 Code des communes.

<sup>2</sup> CE 29 juillet 1983, *Seban*, DA 1983, n° 350.

<sup>3</sup> Didier LINOTTE, «La motivation obligatoire de certaines décisions administratives», in *Revue du droit public*, 1980, pp. 1713.

## 2 Le régime juridique de l'obligation de motivation

La motivation<sup>1</sup>, doit être écrite, et comporter l'énoncé des considérations de fait et de droit qui constituent le fondement de la décision (art 3)<sup>2</sup>. Elle doit être claire et précise, complète et logique, sans être rédigée comme une décision de justice, mais concise, en particulier quand l'administration a une compétence liée, ou lorsqu'il est fait référence à des considérations relatives à la santé physique ou morale de la personne concernée, et, sauf en matière disciplinaire, à son comportement et à sa morale adaptée aux circonstances de l'affaire, ce qui n'exclut pas les motivations stéréotypées, mais à condition qu'elles correspondent aux données de l'espèce. Le destinataire doit pouvoir «à la seule lecture de la décision connaître les motifs»<sup>3</sup> Elle doit en énoncer la nature exacte. Enfin, la motivation par référence à un avis, proposition ou rapport est normalement exclue, sauf appropriation des motifs de ceux-ci par l'auteur de la décision et jonction du document considéré à la décision. La motivation contribue de façon décisive à l'information des usagers de l'administration, en améliorant les conditions de publicité de différentes catégories d'actes<sup>4</sup>. La jurisprudence considère comme satisfaisante l'obligation de motivation lorsque les motifs d'une décision sont exposés à travers un rapport ou un avis joint à la décision et portés à la connaissance de l'intéressé en même temps que la décision<sup>5</sup>. Si le document n'est pas porté à la connaissance des intéressés, l'obligation de motiver ne sera pas tenue pour respectée, même s'il expose suffisamment les motifs de la décision<sup>6</sup>. La loi ne prévoit à aucun moment que la motivation doive être incorporée à la décision qu'elle explique. Au contraire, les articles 4 et 5 de la loi, qui concernent les hypothèses d'urgence ou bien de décision implicite, permettent que la motivation puisse être rédigée et communiquée postérieurement à l'acte qu'elle fonde. Au contraire, dans les autres cas, la circulaire 31 août 1979 affirme que « la notification est incorporée à l'acte et fait donc l'objet de la même notification ou publication que la décision elle-même» .

---

<sup>1</sup> Comme le précise la loi du 11 juillet 1979, commentée par la circulaire du Premier ministre en date du 31 août 1979

<sup>2</sup> CE Sect. 24 juillet 1981, *Belasri*, p 322, Rec. Lachaume, *AJ* 1981, p. 464 chron. F. Tiberghien et B. Lasserre.

<sup>3</sup> CE 17 novembre 1982, *Kairenga*, p. 385, *DA* 1983, n° 22).

<sup>4</sup> René Chapus *Droit Administratif général*, Tome 1, 9<sup>e</sup> édition Montchrestien, 1995, p. 1000.

<sup>5</sup> CE 9 novembre 1984, «Comité dauphinois d'hygiène industrielle», p. 355, *AJ* 1985, p. 287, *RFDA* 1985, p. 439, concl. B. Lasserre.

<sup>6</sup> CE 13 février 1987, *Marot*, p. 48.

La loi prévoit<sup>1</sup>, en dehors du régime ordinaire de la motivation, l'urgence<sup>2</sup>. L'urgence autorise l'administration à se dispenser des formes et des procédures habituelles et elle permet en particulier de supprimer l'exercice des droits de la défense, ce qui est affirmé par la loi 11/7/79, dans l'art 4, sans rendre la décision illégale. En effet, selon l'article 4: «lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas cette décision d'illégalité. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs. Les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret.», s'agissant par exemple du secret défense nationale.

La jurisprudence a consacré le principe selon lequel les décisions rendues sur recours administratif n'ont pas à être motivées<sup>3</sup>, même si cette motivation pourrait être utile pour le juge afin de pouvoir examiner l'acte critiqué. La circulaire du Premier ministre du 31 août 1979 précise que : « les décisions prises sur recours gracieux ou hiérarchique ne sont obligatoirement motivées que dans la mesure où la décision initiale doit l'être elle-même. » Au contraire, en droit allemand, l'article 73 alinéa 3 du Code de la juridiction administrative affirme l'obligation de motiver la décision rendue sur le recours administratif. L'absence de motivation constitue alors une violation d'une disposition substantielle au sens de l'article 79 alinéa 2 du même Code. De nouvelles modalités concernant la motivation des actes individuels défavorables ou déragatoires ont été introduites par le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration française et les usagers. Comme cela a été vu auparavant, la loi 11 juillet 1979 prévoit deux dispenses de motivation: en cas d'urgence absolue et en cas de décision implicite. Le nouveau décret affirme que, en cas de défaut de motivation, cela entraîne l'illégalité de la décision<sup>4</sup>. Sauf l'article 5 de la loi (s'agissant de la communication des motifs d'une décision implicite), la loi du 11 juillet 1979 ne précise expressément en aucune manière quelle est la sanction du non respect de l'obligation de motiver qu'elle institue. Dans le régime ordinaire, s'il s'agit d'une décision

---

1 Articles 4 et 5.

2 La motivation peut venir moins dans les cas d'urgence absolue (CE 24 janvier 1990, *Amon*, p. 13, *AJ* 1990, p. 420, concl. M. de Saint-Pulgent.) que pour des nécessités d'ordre public (CE 13 juin 1990, *Pentsch et SARL PUB 90*, p. 161 et 162, *JCP* 1990, IV p. 279) et pour les décisions implicites intervenues dans des cas où la décision explicite aurait dû être motivée.

3 CE 7 mai 1947, *Bornet*, R. tables p. 706; 28 janvier 1982, *Kurtz et autres*, *GP* 1984, 1, *Panorama* 63.

4 Pierre Delvolvé, «De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux» *Revue française de droit administratif*, mai juin 1984, p. 28.



explicite prise en l'absence d'une urgence caractérisée, le défaut de motivation entraîne l'illegalité de cette dernière.

Mais ces droits de la défense peuvent être limités à cause de prescriptions textuelles comportant des conséquences défavorables sur son destinataire, pour préserver l'intérêt général<sup>1</sup> ou même être exclus dans le cas des mesures de police<sup>2</sup>. Concernant les mesures de police, les décisions prises dans l'intérêt de l'ordre public qui ont un caractère essentiellement préventif ne constituent pas des sanctions, selon la jurisprudence du Conseil d'État, même si ces mesures lèsent des intérêts particuliers ou attentent aux libertés individuelles<sup>3</sup>. Si au contraire la mesure administrative n'a pas le caractère de sanction, la personne touchée par cette décision n'a pas à être appelée à la discuter, quelles que soient les conséquences, tel est le cas des décisions pour lesquelles l'administration possède un pouvoir discrétionnaire d'appréciation<sup>4</sup>.

### **SECTION III L'accès à l'information dans la procédure administrative en droit italien**

La loi du 7 août 1990, n° 241, a constitué dans le système juridique italien un événement d'une grande signification, nous l'avons vu avec le droit d'accès général aux documents administratifs garantis par la même loi<sup>5</sup>. Mais elle a aussi une signification particulière pour la procédure administrative, étant donné qu'elle a constitué la première loi qui réglemente de façon générale la procédure administrative en Italie, alors que pendant plus d'un siècle, la procédure administrative avait été réglementée par des principes normatifs énoncés par des lois sectorielles pour des procédures spécifiques ou par des principes généraux élaborés par la jurisprudence du Conseil d'État et des autres juges administratifs. L'importance de cette loi pour la procédure administrative conduit dans un premier temps à rechercher les origines constitutionnelles et juridictionnelles des droits de participation à la procédure administrative

---

<sup>1</sup> CE Sect 25 avril 1958, Soc. Laboratoire Geigy, p. 236, concl. C. Heumann, *AJ* 1958, 2 p. 227, Chron. J. Fournier et M. Combarous, *JCP* 1958, n° 10747; 27 janvier 1982, Bardin, *RDP* 1982, p. 1707.

<sup>2</sup> CE Ass. 21 juillet 1970, Krivine et Frank, p. 499 *AJ* 1970, p. 607, Chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, *JCP* 1971, n° 16672, note D.Loschak.

<sup>3</sup> Comme dans le cas de l'interdiction d'accès aux champs de courses. C.E. *Dames Hubert et Crepell* du 11 décembre 1946, *Leb.* p. 456.

<sup>4</sup> Par exemple, refus d'habilitation en qualité d'organisme stockeur de denrées alimentaires (C.E. *Caudriller* du 3 mai 1950) *Leb.* p. 245.

<sup>5</sup> Voir Partie I, titre I.

(§1), avant d'examiner les droits de défense garantis dans la procédure administrative permettant un droit d'accès à l'information (§2).

## **§1 L'origine constitutionnelle et juridictionnelle des droits de participation à la procédure administrative**

Comme cela a déjà été vu, le système juridique italien a été caractérisé, jusqu'à la promulgation de la loi du 7 août 1990, par l'absence d'une loi de caractère général qui réglementait la procédure administrative. Néanmoins, du point de vue du droit positif, l'exigence que l'activité administrative doit être soumise aux exigences de procédure (*procedimentalizzazione*) a été prévue dans le système juridique italien par la Constitution de 1948. Ainsi, il est nécessaire dans un premier moment de vérifier les principes énoncés par la Constitution ayant une influence sur le fonctionnement de l'administration publique (A) avant d'examiner la garantie constitutionnelle des droits de défense (B).

### **A Les principes énoncés par la Constitution ayant une influence sur le fonctionnement de l'administration publique**

Rappelons les objectifs de la loi du 7 août 1990, n° 241, qui sont de fixer des principes cardinaux comme: le principe de légalité (art1 alinéa 1), le principe d'économicité et d'efficacité (art 1 alinéa 1), le principe de la transparence de l'activité administrative réalisée par les critères de la publicité et la reconnaissance du droit d'accès aux documents administratifs (chapitre V), le principe de la participation (chapitre III) qui garantit une participation plus directe du citoyen à la procédure administrative, le principe de la simplification de l'action administrative et enfin le principe de la responsabilité de l'administration publique.

Or, l'art 97 alinéa 1 de la Constitution italienne affirme : « L'administration est organisée par la loi de manière à ce que soient assurés son bon fonctionnement et son impartialité ». Le principe de légalité a été considéré par la doctrine italienne comme étant garanti par l'article 97 de la Constitution. En effet, la norme constitutionnelle ne concerne pas uniquement l'organisation de l'administration, mais aussi l'activité des pouvoirs publics et donc la sphère de compétence, les attributions et la responsabilité du fonctionnaire. Ainsi, la légalité ne constitue pas uniquement une limite à l'activité administrative, mais constitue une

limite également pour la loi<sup>1</sup> sous le profil de la détermination de la sphère des compétences et des attributions.

Le principe de l'impartialité est garanti par l'article 3 alinéa 2 de la Constitution: « Il appartient à la République d'écartier les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'oppose au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays ». Appliqué à l'administration, il signifie que l'administration publique dans l'exercice de ses fonctions administratives effectue dans toutes les situations une confrontation correcte et effective entre les intérêts publics et les intérêts privés objet de la procédure<sup>2</sup>. L'autorité administrative ne doit pas faire une discrimination entre elle-même et les autres sujets intéressés à la procédure. Elle doit donc effectuer une analyse la plus impartiale et objective possible des intérêts faisant l'objet de la procédure. Enfin, le principe de participation découle de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution qui affirme: « La souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et les limites établies par la Constitution. » Dans l'esprit de la Constitution, l'administration n'agit donc plus uniquement pour mettre en œuvre les intérêts publics, elle doit au contraire tenir compte des intérêts privés, et garantir leur protection<sup>3</sup>. Il faut ainsi voir dans ces principes « constitutionnels » qui ont été mis en œuvre par la loi du 7 août 1990, n° 240, l'expression d'un phénomène typique de l'État moderne qui consiste dans une « socialisation de la politique et de l'administration, marquant le passage de l'État libéral et de l'administration autoritaire à l'État social et à une administration fournisseuse de services »<sup>1</sup>.

## **B Les droits de la défense garantis constitutionnellement**

En plus de ces principes, la Constitution italienne fait référence dans de nombreuses dispositions à l'organisation de l'administration de la justice. Font ainsi partie des droits publics subjectifs, le droit d'action pour la protection des droits et intérêts légitimes ainsi que l'inviolabilité des droits de la défense. Le droit d'agir en justice pour la protection des droits et intérêts légitimes est reconnu à tous et pas uniquement aux citoyens, par l'article 24 de la

---

<sup>1</sup> Cf. G.CORSO-F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli Editore, Rimini, 1991, 45.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens T.MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, op. cit. p. 46 et s.

<sup>3</sup> Aldo Sandulli, «La procédure administrative non contentieuse et la transparence», *Revue d'administration publique*, n. 67, juillet-septembre 1993, pp. 380.

Constitution. Selon la Cour constitutionnelle italienne, ce droit d'agir en justice constitue un principe suprême dans le système juridique italien<sup>2</sup> et est intimement lié au principe de la démocratie. La Constitution italienne (art 24. 2° alinéa) proclame l'inviolabilité du droit de la défense dans toute étape et degré des procédures<sup>3</sup>. Toute personne peut agir en justice, ce qui signifie le droit de tous de se défendre. Le droit de la défense, et en particulier le droit de la défense technique, a un champ d'application plus vaste que le droit d'agir. Le droit d'agir en effet concerne principalement la procédure civile (protection des droits) et la procédure administrative (protection des intérêts). Mais elle concerne également la procédure pénale dans laquelle le droit de la défense assume une importance fondamentale, vu l'ampleur des sanctions.

La Constitution affirme implicitement le principe du contradictoire, dans le sens où le procès doit garantir le droit d'être entendu (audition) du participant (accusé) (*et audietur altera pars*), c'est-à-dire laisser à la personne concernée la possibilité d'agir en justice (*costituirsi in giudizio*) pour faire valoir ses droits. C'est évidemment pendant la procédure pénale que la défense assume une importance particulière : même l'accusé ne peut renoncer à ses droits, étant donné que la défense a comme fonction de sauvegarder les valeurs constitutionnelles, les valeurs fondamentales de l'homme et en même temps de garantir dans l'intérêt de l'accusé le respect des principes qui concernent le déroulement de la procédure pénale<sup>4</sup>. D'où l'obligation de la nomination d'un défenseur, nommé en cas d'absence du défenseur de confiance, qui a l'obligation de prêter l'assistance<sup>5</sup>. Certes, il existe le droit de l'autodéfense reconnu par la Cour constitutionnelle pendant la phase de l'interrogatoire<sup>6</sup>, mais l'intérêt de l'accusé correspond à l'intérêt public du respect des principes et règles procéduraux. Or, pendant la procédure civile et la procédure juridictionnelle administrative, l'exercice des droits de la défense n'est pas obligatoire. En effet, la notification à la personne concernée des actes introductifs de la procédure est suffisante, laissant le choix à la personne concernée de se constituer partie (*costituirsi in giudizio*) pour faire valoir ses propres raisons ou de s'en remettre à la décision du juge en restant en état de *contumace* (jugé par défaut).

---

<sup>1</sup> F.LEVI, « Partecipazione e organizzazione », in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1997, 1977, p. 1628.

<sup>2</sup> C.Const. n. 18 du 2 février 1982.

<sup>3</sup> Article 24 : Il est reconnu à chacun le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes. La défense est un droit inviolable dans tous les états et à toutes les phases de la procédure.

<sup>4</sup> Cour constitutionnelle 10 octobre 1979, n 125)

<sup>5</sup> V.Code de procédure pénale, article 97.

<sup>6</sup> Cour constitutionnelle 28 décembre 1971, n. 205.

La garantie du droit de la défense dans toute procédure juridictionnelle a un contenu de décision<sup>1</sup>, qui justifie l'application du principe du contradictoire et qui a comme but de garantir le bon déroulement de la procédure, même si les modalités d'exercice du droit de la défense peuvent varier. Dans les procès civils ordinaires, <sup>2</sup>le juge peut demander d'office à l'autorité administrative les informations écrites relatives aux actes et documents de l'administration en sa possession et qui sont nécessaires pour le déroulement du procès.

La jurisprudence, par son oeuvre créatrice, fut à l'origine de la notion de procédure administrative. En développant son contrôle sur l'excès de pouvoir, elle formula, puis perfectionna les règles concernant l'activité administrative en général et les procédures en particulier. Elle s'est efforcée de faire respecter les dispositions législatives et réglementaires ainsi que les principes jurisprudentiels concernant l'exactitude et l'exhaustivité des motifs de fait, la cohérence et la logique des décisions. L'application de ce dernier principe fait partie du contrôle de l'excès de pouvoir<sup>3</sup>.

La tentative de réforme du procès administratif entreprise par la commission bicamérale, qui malheureusement n'a pas abouti, a démontré la nécessité de renouveler et de préciser les droits de la défense pendant le procès administratif. La réforme est nécessaire, car les problèmes de compatibilité entre le procès administratif italien et le droit communautaire sont multiples. Le risque majeur si la situation reste inchangée est de voir l'affirmation d'un système à deux niveaux de la justice administrative, selon que la question ou la matière implique le droit communautaire ou non. Dans le premier cas, les juges nationaux appliqueront le droit communautaire, en garantissant un degré de protection efficace, ce qui est aujourd'hui déjà appliqué par le juge administratif italien concernant les travaux publics. Dans le cas, par exemple, de l'obligation de motivation, au niveau communautaire l'art 253 Traité CE garantit et impose la motivation de tous les actes des institutions qui ont un caractère obligatoire. En effet, la motivation de tout acte, même juridictionnel, qui a un caractère décisionnel n'a pas uniquement comme fonction de rendre possible aux destinataires la reconstruction de la voie logique et juridique suivie par l'autorité qui a pris la décision, mais aussi d'évaluer le fondement de la décision, en relation avec ses propres prétentions qu'on considère atteintes par l'acte ou le comportement contre lequel on veut faire appel, et ce, pour obtenir des informations nécessaires afin de pouvoir décider s'il convient de faire

---

<sup>1</sup> Comme l'a précisé la Cour constitutionnelle avec l'arrêt n. 267 du 27 novembre 1974.

<sup>2</sup> Article 213 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Il faut signaler le rôle joué par la jurisprudence dans le renforcement des instruments de protection du citoyen par rapport aux autorités administratives.

appel ou non. Dans le deuxième cas, au niveau italien, le projet de réforme constitutionnelle (1999) impose la motivation de toute mesure juridictionnelle avec un contenu de décision, même si des caractères provisoires et urgents doivent être motivés. L'absence actuelle d'obligation de motivation des mesures de suspension, positives ou négatives, par exemple en matière d'adjudication des travaux publics selon les règles du droit communautaire, constitue une violation du principe général de l'obligation de motivation selon l'art 190 du Traité CE, comme il est défini par la Cour constitutionnelle et élevé au principe substantiel du droit communautaire selon art 164 du Traité CE.

## **§2 Les droits de défense garantis dans la procédure administrative permettant un droit d'accès à l'information**

La procédure administrative non contentieuse n'était pas inconnue du droit ni de la pratique italienne, mais c'est un domaine qui n'avait pas fait objet d'une réglementation d'ensemble. Ainsi, il est nécessaire d'analyser d'abord la transparence administrative pendant les procédures administratives avant la loi 241/1990 (A), puis le droit d'accès à l'information pendant la procédure administrative garanti par la loi 241/1990( B).

### **A La transparence administrative pendant les procédures administratives avant la loi 241/90**

Les quelques règles qui existaient avaient été prises par le législateur souvent sous la pression de la nécessité. Elles ne concernaient généralement que certains secteurs d'activité de l'administration et n'étaient pas forcément transposables dans d'autres. En dehors de ces mesures spécifiques et avant l'entrée en vigueur de la loi 241/90, le Conseil d'État<sup>1</sup> avait affirmé que, en dehors des cas établis par le système juridique, l'administration n'avait aucune obligation de prévoir un contradictoire dans la phase de formation des décisions avec les destinataires de la décision, et même dans les cas de participation prévue par l'art 3 de la loi 2248 all. E. de 1865, relative à l'abolition du contentieux administrative, il n'en ressortait pas un principe d'obligation du contradictoire pendant le déroulement de tout type de procédure administrative. Cette loi devait au contraire être appliquée avec les dispositions

fixées par la législation successive, qui devait réglementer la participation du citoyen à la procédure administrative uniquement pour certains cas spécifiques et d'une importance particulière<sup>2</sup>. C'est seulement avec la loi 241/1990 qu'un changement profond a été effectué dans les rapports entre administration et administré.

### **B Le droit d'accès à l'information pendant la procédure administrative garanti par la loi 241/1990**

La participation à la procédure administrative constitue un signe tangible de mutation dans le temps du rapport entre administration publique et citoyen/administré. Le droit de participation à l'activité administrative a été justement entendu comme l'institutionnalisation de la participation des citoyens à la gestion politique administrative du bien public, en vertu du principe de démocratisation de l'administration<sup>3</sup>.

A la différence de la loi allemande *VwVfG* qui a comme unique champ d'application les procédures où il n'y a pas une réglementation spécifique et qui a une fonction uniquement de norme supplétive, la loi italienne<sup>4</sup>, a au contraire comme finalité d'être appliquée à l'ensemble des procédures administratives, sauf dans les cas et limites spécifiés par la loi 241/1990. La loi du 7 août 1990, n 241, même si elle ne réglemente pas de façon complète la procédure administrative, fixe certains principes fondamentaux applicables à la seule procédure administrative, mais aussi à l'activité administrative dans son ensemble. Parmi les principes qui concernent directement la procédure administrative, la loi impose un ensemble de garanties pour les citoyens dans leurs rapports avec l'administration, telles que la participation du citoyen à la procédure administrative<sup>5</sup> l'obligation expresse de conclure toute procédure<sup>6</sup>, et le droit d'accès aux documents administratifs<sup>7</sup>. Enfin, l'administration a l'obligation de motiver les décisions et la nomination d'un responsable de la procédure. L'examen du droit d'accès à l'information nécessite dans un premier temps l'analyse des

---

<sup>1</sup> C.E. sec. VI, n. 121 du 19 janvier 1990.

<sup>2</sup> Cf. M.E.SCHINAIA, «La disciplina generale del procedimento amministrativo» in *Atti del XXXII Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Como, Villa Monastero, 18-20 septembre 1986, Giuffrè, Milano, 1989, p. 120.

<sup>3</sup> Cf. G.BERTI, «Considerazioni finali sulla legge di riforma», *Aziendaitalia*, 1990, n° 12., p. 46.

<sup>4</sup> Loi 7 août 1990, n° 241.

<sup>5</sup> Article 7-13 Loi 7 août 1990, n° 241.

<sup>6</sup> Art 2 al. 1 Loi 7 août 1990, n° 241.

<sup>7</sup> Articles 22-25, Loi 7 août 1990, n° 241.

droits garantis par la participation à la procédure (1) avant l'examen de la fonction informative garantie par l'obligation de motivation (2).

### **1 La participation du citoyen à la procédure administrative, élément fondamental pour garantir un droit d'accès à l'information administrative**

Le fait de participer à la procédure administrative garantit à la personne intéressée deux droits d'information. Premièrement, le droit d'être prévenu dès le début de la procédure (a) et deuxièmement, l'accès à l'information limité à la possibilité de prendre connaissance du dossier (b).

#### **a La communication du début de la procédure**

L'une des innovations de la loi n° 241/1990 consiste à avoir généralisé la participation à la procédure de ceux qui peuvent *a priori* être identifiés comme susceptibles d'être intéressés à l'action administrative spécifique. Avant la promulgation de la loi 241, le citoyen pouvait faire valoir ses propres raisons, et par conséquent invoquer la protection de ses intérêts seulement après l'adoption de la décision administrative finale, ce qui signifiait que la personne intéressée intervenait une fois la décision prise, à la fin de la procédure, avec la possibilité de contester par un recours contentieux juridictionnel devant le juge administratif la légitimité de la décision administrative<sup>1</sup>. En conséquence, les dispositions de la loi 241/1990 sur la participation représentent presque une révolution de la conception classique et traditionnelle du droit administratif et de l'idéologie de l'activité administrative, étant donné que désormais le citoyen peut participer à l'action administrative dès le début de la phase initiale. En effet, la loi oblige à prévenir la personne concernée par la procédure dès le début de celle-ci<sup>2</sup> mais aussi les personnes qui peuvent intervenir dans la procédure ainsi que celles à qui elle peut apporter préjudice. L'objectif de cette participation est de démocratiser l'activité administrative conformément aux principes constitutionnels d'impartialité et de bon

---

<sup>1</sup> Cf. T.MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, op. cit. p. 110 et s.

<sup>2</sup> Article 7 de la loi 241/1990.



fonctionnement de l'administration publique. La loi 241/1990 semble avoir<sup>1</sup> eu pour effet de réduire effectivement le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Même si le droit de participer à la procédure des personnes intéressées n'établit pas un vrai contradictoire comme dans le cas du procès, les droits nés de la participation représentent une extension à la procédure administrative des principes types des procès.

La participation individuelle ou collective aux procédures administratives a pour but de protéger des situations juridiques subjectives et de permettre aux citoyens de collaborer à l'action administrative. En vertu de ce principe, deux catégories de personnes sont autorisées à intervenir dans la procédure, les premières, à titre obligatoire<sup>2</sup> et les secondes, à leur demande<sup>3</sup>

Selon les termes de l'art 7, l'administration est tenue de communiquer, dès le moment où elle décide d'engager une procédure administrative, les documents qui ouvre la procédure aux personnes qui sont les destinataires de la décision finale, ainsi qu'à celles qui pourraient avoir à subir un préjudice, même si elles ne sont pas les destinataires directes de la décision<sup>4</sup>. S'il y a une multitude de personnes concernées, par exemple dans le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique, la publication du début de la procédure dans des bulletins spécifiques comme le BUR (Bulletin officiel des régions) peut être considérée comme suffisante.

L'expression préjudice utilisée par le législateur doit être interprétée dans un sens large, à savoir toute conséquence négative qui peut dériver de l'acte administratif en phase d'adoption aux situations juridiques subjectives de tiers<sup>5</sup>. Le juge administratif s'est exprimé dans le sens que l'obligation de communication doit être garantie au porteur de positions juridiques (légitimes) qui peuvent être, de quelque manière que ce soit, négativement concernées par la décision<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans ce sens, voir P. CARTAGINESE, *Partecipazione al Procedimento - La disciplina dell'accesso nelle legge nn. 142 et 241 del 1990 e il diritto d'accesso e il segreto d'ufficio*, in *Nuova Rassegna* - 1997, n. 11. p. 1154.

<sup>2</sup> Art 7 de la loi 241/1990,

<sup>3</sup> Art 9 de la Loi 7 août 1990, n° 241.

<sup>4</sup> Doivent figurer dans l'acte de communication du commencement de la procédure, selon l'article 8 de la loi 241/1990, le nom de l'administration compétente, l'objet de la procédure administrative, le bureau et la personne responsable de la procédure, enfin le lieu d'administration dans lequel la personne concernée peut consulter les actes faisant partie de la procédure.

<sup>5</sup> Cf. R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 87.

<sup>6</sup> Voir TAR LAZIO, Sez. III, 1§ novembre 1995, n° 1820, Cf. R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, op.cit, p. 87.

Si le nombre de personnes au début de la procédure est élevé et donc la communication individuelle s'avère être impossible, l'administration doit procéder à la publication des éléments précités. La jurisprudence a précisé que l'adoption de la décision finale est illégale, en cas de non respect de cette obligation<sup>1</sup>. Cependant<sup>2</sup> l'administration est dispensée de cette obligation pour des considérations liées à la rapidité de la procédure<sup>3</sup>. Mais n'importe quelle urgence ne suffit pas pour pouvoir être dispensé de cette obligation. En effet, l'urgence doit être qualifiée, c'est-à-dire qu'en cas de communication, l'intérêt public objet de la décision serait compromis<sup>4</sup>. Enfin, l'administration doit dans ces cas motiver de façon spécifique les exigences qui ont justifié l'urgence<sup>5</sup>. L'administration dispose aussi de la possibilité de prendre une décision conservatoire avant la communication. Dans ce cas, l'administration n'est pas tenue de donner une motivation particulière de la non communication, étant donné que l'urgence *in re ipsa* est reconnue expressément par la loi. La communication peut être personnelle, donc envoyée directement aux personnes concernées. Le juge administratif a néanmoins considéré que dans le cas où l'administration a omis de communiquer les informations relatives au bureau où il est possible de prendre connaissance des documents, la personne concernée peut demander l'accès sur la base de l'article 25 alinéa 2 de la loi<sup>6</sup>.

Aux termes de l'article 9, la deuxième catégorie d'intervenants comprend tous ceux qui sont porteurs d'un intérêt public, privé ou diffus (par exemple les associations de protection de l'environnement) et pour lesquels la décision administrative peut être un préjudice. Toutefois, s'agissant des porteurs d'intérêts diffus, ils ne peuvent intervenir dans la procédure que dans le cas où celle-ci risque de leur porter atteinte.

L'ensemble de ces bénéficiaires ont le droit de prendre connaissance des actes de la procédure, ainsi que de présenter des mémoires écrits et des documents, que l'administration a l'obligation d'évaluer, pour déterminer si ces documents sont pertinents à la procédure<sup>1</sup>. Les destinataires de la communication d'acheminement de la procédure bénéficient de ce droit, ainsi que tous les sujets porteurs d'intérêts publics ou privés, ainsi que les porteurs d'intérêts

---

1 TAR Marche, 21 juin 1991, n° 394, in *I Trib. Amm. Reg.*, 1991, I, 3060, e in *Giurisprudenza di merito*, 1992, II, 718, V. aussi, TAR Lazio, Sez. II, 11 janvier 1993, n. 4, in *Foro amministrativo*, 1993, 1064.

2 Le paragraphe 4 de l'article 7 de la loi n° 241/1990.

3 Cf. P. MERIGHI, *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti*, *Commento alla legge 7 agosto 1990, n° 241*, Maggioli editori, Rimini, 2002, p. 54 et sv.

4 Cf. R. CARANTA, op. cit., p. 93.

5 Cons.St. Sez. IV, 5 juin 1998, n° 918, in *Foro amministrativo*, 1998, 1704.

6 TAR, Lombardia, Sez. Brescia, 26 mars 1991, n° 268, in *Foro amministrativo*, 1992, Cf. R. CARANTA, op. cit. p. 107.

diffus constitués en association ou en comités. L'effectivité du droit d'accès garanti par la loi 241/90 est garanti par le recours juridictionnel selon l'art 25 alinéa 5 de la loi 241/90 (Conseil d'État, Sec. IV, n 530 du 12 mai 1993).

Enfin, concernant la participation à la procédure, il faut faire une distinction entre les différentes formes de participation<sup>2</sup>. L'art 6 alinéa 2 de la loi 142 prévoit que : « pendant les procédures relatives aux actes qui ont une influence sur les situations juridiques subjectives, des formes de participation des intéressés doivent être prévues selon les modalités établies par le statut ». Il s'agit d'une participation individuelle, vue la position juridique subjective des sujets investis par l'acte en cours. De même, on trouve dans la loi 241/90 une forme identique de participation. Mais l'article 6 de la loi 142/90 prévoit en plus par son alinéa 1 « la participation des citoyens à l'administration locale » sans référence à la nécessité d'être titulaire d'un intérêt ou d'un droit lié à la procédure. Seul le statut d'appartenance à une certaine communauté est pris en considération. On peut parler dans ce cas de participation politique du citoyen. Il en résulte par les actes parlementaires de la séance du 21 mars 1990 que la loi n° 142/90 a introduit des modèles d'organisation participative, dans le sens où la faculté de prendre connaissance des actes administratifs de la part des citoyens n'est plus liée uniquement à la protection de situations juridiquement importantes (le destinataire de la mesure administrative n'est donc plus le seul concerné).

### **b L'accès à l'information limité à la possibilité de prendre connaissance du dossier**

L'article 10 de la loi 241/1990 garantit aux sujets participant à la procédure administrative le droit de prendre connaissance des actes et le droit de présenter des mémoires écrits. La participation présuppose que les sujets intéressés peuvent prendre connaissance du contenu des actes sur lesquels l'administration base sa décision. En conséquence, le droit de participation fait partie de ce contexte de garantie prédisposé par le législateur pour assurer une réelle transparence de l'action administrative et renverse complètement la situation antérieure qui était caractérisée par la mise à l'écart presque totale de la procédure du sujet intéressé : ce dernier était en effet réduit à être uniquement destinataire de la décision finale et de ses conséquences.

---

1 T.A.R. Toscana, Sez. III, du 29 mai 1993, n. 190, in *I Trib. Amm. Reg.*, 1993, I, 2619.

2 Prévues par la loi n°142/90 et la loi n° 241/90.

Plus spécifiquement la participation à la procédure garantit un accès en cours de procédure aux documents administratifs. Ce type d'accès, appelé aussi accès instrumental, consiste dans la faculté d'accès que la loi n. 241 article 8 attribue aux destinataires de la mesure finale, aux personnes qui peuvent intervenir dans la procédure et à celles auxquelles la mesure peut porter préjudice<sup>1</sup>.

Dans la lettre de l'art. 10, l'accès se résume en effet exclusivement à prendre connaissance des « actes de la procédure »<sup>2</sup>, sauf ce qui est prévu par l'art. 24 sur les limites au droit d'accès en général<sup>3</sup> (sur lesquelles voir *infra*). Bien que la disposition ne le prévoit pas expressément, les caractères traditionnels du droit d'accès<sup>4</sup> (et surtout ceux reconnus par ladite loi du 7 août 1990, n° 241, au soi-disant accès général garanti par l'article 22-25) portent à croire qu'il comprend, de façon générale, (parmi les modalités d'exercice), outre la connaissance des actes de la procédure, également le droit d'obtenir une copie des documents<sup>5</sup>. Le juge administratif considère également comme logique<sup>6</sup> que les droits garantis à l'intéressé d'après l'article 10, doivent être mis en relation avec les droits garantis par l'article 22, et que donc même ce droit profite de la protection juridictionnelle prévue par l'article 25 auquel on doit reconnaître une portée générale pour tous les cas dans lesquels on n'a pas autrement discipliné.

Sans rentrer dans les détails, étant donné que le sujet a été déjà objet de cette étude<sup>7</sup>, il est utile de rappeler que le droit d'accès s'applique à tous les documents utilisés par l'administration et pas uniquement aux documents administratifs. Par conséquent font l'objet du droit d'accès, comme le précise par ailleurs le juge administratif, tous les actes utilisés par l'autorité publique pour des activités ayant une importance extérieure<sup>8</sup>. Ainsi, même les documents qui ont une origine extérieure à l'administration peuvent faire objet d'une demande d'accès dès lors qu'ils sont utilisés pour la procédure administrative<sup>9</sup>. Est au contraire exclue du droit d'accès la possibilité de demander à l'autorité administrative de

---

1 T.A.R. Lazio, SEC. I. 24 janvier 1992, n. 729.

2 Et donc seulement de ceux-ci: on exclut donc qu'il s'étende aux actes préliminaires à la procédure, au moins avant son début.

3 Prévu par le titre V de la loi du 7 août 1990, n° 241

4 V. article 15 Recueil des lois des fonctionnaires de l'État n. 3 du 1957 et art. 62 Recueil des lois communales et provinciales 1934.

5 Cf. R. CARANTA, op. cit., p. 151.

6 Conseil d'État, Sect. 4ème, 12.5.1993, n. 530.

7 Voir Partie I, Titre I.

8 TAR, LAZIO, Sez. I, 16 septembre 1996, n° 1547, in *Foro amministrativo*, 1997, III, 403.

9 Avis 95269Q, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, II, Roma, 1996, 94, cité par R. CARANTA, op. cit., p. 177.

produire un document administratif inexistant, par exemple de demander l'élaboration de données statistiques<sup>1</sup>.

Contrairement au droit d'accès général exercé en dehors de la procédure administrative, l'accès à l'information dans le cadre de la procédure administrative ne laisse aucun espace à des évaluations discrétionnaires de la part de l'administration, et la demande d'accès ne nécessite aucune motivation<sup>2</sup>, exception faite pour les cas de secret, pour lesquels ce sera l'administration qui devra prendre soin d'exciper de l'impossibilité d'exercer la prétention: celle-ci pourra être exercée indépendamment d'un consentement préalable de l'autorité, au moyen de la simple preuve de l'existence de la qualité requise (subjective de la participation). En comparaison avec le droit allemand et français, on constate que le législateur italien, en dehors de la possibilité pour l'intéressé de prendre connaissance et de présenter des mémoires écrits et des documents, a exclu toute autre forme de possibilité de exposer ses propres intérêts. Ainsi, l'intéressé n'a pas le droit d'audition, ni ne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. Finalement la participation se réduit au droit de connaître le contenu des actes administratifs sur lesquels se base la procédure.

## **2 L'obligation de motiver les décisions (*provvedimenti*) administratives**

Avant l'entrée en vigueur de la loi 241/1990, il n'existait dans le système juridique italien aucune norme de caractère général qui obligeait à motiver les décisions administratives. La Constitution se limite à l'obligation de motivation de « toutes les mesures juridictionnelles. »<sup>3</sup> Cependant, le législateur, la jurisprudence et la doctrine ont permis de déterminer certaines hypothèses, dans lesquelles, du fait de la nature de l'acte, la motivation devenait nécessaire. Le législateur a ainsi rendu obligatoire la motivation pour les actes décisifs, comme dans le cas d'une décision relative à un recours administratif. Le juge, au contraire, s'exprime dans le sens de la nécessité de motiver en fonction de la nature de l'acte ; cependant, la jurisprudence ne peut être réduite à une unique *ratio*, même si, dans la plupart des cas, la nécessité de motiver est rattachée à la nécessité de protéger des situations

---

1 TAR, Molise, 5 octobre 1995, n° 219, in *Foro amministrativo*, 1996, 2040.

2 Voir dans ce sens A.SANDULLI, op. cit. Néanmoins, cette interprétation n'est pas uniforme. Il existe aussi une théorie qui considère que même dans la phase du droit d'accès procédural, le demandeur doit motiver sa demande d'accès. Voir R.CARANTA, op. cit p. 159.

3 Constitution de la République italienne, *G.U.* n° 298 du 27 décembre 1947, éd .straord article 111, alinéa 6.

juridiques de la personne surtout en vue d'une protection juridictionnelle future<sup>1</sup>. L'article 3 de la loi 7 août 1990 n° 241 représente une nouveauté absolue par rapport au système précédent : désormais la motivation pour toutes les dispositions administratives, à la seule exclusion des dispositions normatives et de celles à contenu général, est rendue obligatoire. La généralité du principe a été soulignée par la Cour constitutionnelle qui en a élargi le champ d'application aux procédures réglementées par des lois antérieures à la loi n° 241/1990<sup>2</sup>. La motivation doit déterminer les motifs qui sont à la base de la décision discrétionnaire et doit démontrer la voie logique que l'administration a suivie dans l'adoption d'une décision particulière. La motivation a par conséquent une fonction d'information non négligeable : d'un côté, elle permet l'interprétation de l'acte et, de l'autre, elle garantit la transparence de l'action administrative. D'après la loi 241/1990, la motivation doit indiquer les raisons de fait et les raisons juridiques qui ont déterminé les décisions de l'administration en relation avec le résultat de l'instruction. La motivation doit permettre de faire apparaître le cadre complet des intérêts en jeu dans la procédure et de vérifier si l'administration publique a pris en considération tout ce qui est important. L'absence de motivation ou son insuffisance sous les profils indiqués constituent un vice, représentent une violation de la loi et rendent l'acte illégal<sup>3</sup>. Or, l'article 3 de la loi n° 241/1990 prévoit expressément la motivation *per relationem*: en effet, dans le cas d'actes auxquels il est fait référence et qui doivent être rendus disponibles aux intéressés, il est possible de déduire les raisons pour lesquelles l'administration s'est ainsi décidée. En effet, l'article 3 alinéa 3 précise que la motivation n'est pas nécessaire si les raisons de la décision résultent d'un autre acte administratif cité par la décision elle-même. Ainsi, même dans le cas de la motivation *per relationem*, celle-ci doit être communiquée ou rendue disponible à l'intéressé de manière simultanée avec la décision administrative et non avec un acte communiqué ultérieurement<sup>4</sup>. Par ailleurs, l'article 3 précise que, dans le cas de la motivation *per relationem*, l'acte dans lequel est contenu la motivation *per relationem* doit être rappelé dans la disposition avec une indication explicite de l'acte dans lequel son contenu indique les raisons de la décision. Concernant la date de la communication de la motivation, c'est un principe établi que l'administration communique au destinataire la disposition complète de tous ses éléments parmi lesquels, la motivation.

---

<sup>1</sup> F. CARINGELLA; L. DELPINO; F del GUIDICE; *Diritto amministrativo*; XIX edizione, ed. giuridiche Simone 2002, Napoli, p. 466 et sv.

<sup>2</sup> Corte costituzionale sent. 15/7/1994.

<sup>3</sup> Corte dei Conti, *Foro amministrativo* 1998 p. 1913 et sv.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens la jurisprudence du Conseil d'État, Sect. , VI, 8/4/2000, n° 2045.

Cependant, la jurisprudence administrative considère que l'article 3 alinéa 7 de la loi n° 241/1990 n'impose pas à l'administration de notifier en même temps que la décision la motivation, mais elle impose seulement que la motivation soit rendue disponible<sup>1</sup>. La motivation n'a donc pas seulement une fonction de publicité et donc d'information, mais surtout une fonction démocratique. En effet, c'est entre autres à travers ces dispositions que l'administration publique se fait connaître. La motivation constitue ainsi la plus haute forme de garantie pour la personne concernée par une disposition administrative qui lui est défavorable<sup>2</sup>.

Ainsi, d'après le modèle français de la loi du 17 juillet 1978, n°753, la loi sur l'accès aux documents n° 241/1990 se situe comme partie intégrante de ce processus de renouvellement des rapports entre l'administration et le citoyen qui a été défini comme « la longue marche vers la transparence. »<sup>3</sup>

Le principe de la transparence de la procédure administrative, que la loi 241 a voulu particulièrement privilégier comme aspect qui qualifie le renouvellement de l'administration publique, a une place centrale dans la loi 241/1990. Ainsi, le but de la transparence est d'assurer que le citoyen connaisse le raisonnement de l'administration, y compris dans la phase de formation de l'acte, afin de permettre à l'intéressé d'intervenir dans la procédure pour faire valoir ses raisons au sens des articles 7 et suivants de la loi 241. Le principe de la transparence change complètement la fermeture traditionnelle envers l'extérieur de la part de l'administration publique. Le législateur a voulu assurer aux administrés la possibilité de suivre les procédures qui les concernent dès le début de façon claire et transparente<sup>4</sup>. L'innovation de la loi se caractérise justement par la possibilité pour les sujets qui se trouvent dans une position légitime d'exercer le droit d'accès d'obtenir de l'administration publique l'accès aux documents administratifs. En conséquence, dans le système créé par le législateur avec la loi 241/1990, les dispositions relatives à la procédure administrative avec les mesures spécifiques au droit d'accès aux documents administratifs prévues par le chapitre V (articles 22-28) font de cette loi le point de départ pour la construction d'un nouveau modèle d'administration qui se caractérise par le rôle central attribué au citoyen. Comme pour les

---

<sup>1</sup> TAR Lombardia, Brescia, 13-7-1994, n° 390.

<sup>2</sup> Le Conseil d'État s'est exprimé dans ce sens, sect. , 4, fevr. 1997, n° 89.

<sup>3</sup> B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, PUF, Paris 1987, p. 3.

<sup>4</sup> Tommaso MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, G. Giappichelli Editori Torino, 1995, p. 29/6.

systemes de droit administratif tels que ceux de la France et de l'Allemagne, où historiquement la position du citoyen n'a jamais été équivalente à celui de l'administration publique, la reconnaissance des droits procéduraux et plus généralement la reconnaissance d'un droit d'accès général aux documents administratifs représentent une forme de garantie pour le citoyen dans ses rapports avec les autorités administratives. Aujourd'hui, c'est le droit communautaire qui permet d'améliorer la situation des citoyens en obligeant les États membres à reconnaître de nouveaux droits à leurs citoyens ; comme dans le cas du droit d'accès à l'information relative à l'environnement. Ainsi, le droit communautaire permet non seulement d'améliorer la situation du citoyen par rapport aux autorités administratives, mais aussi d'harmoniser, lentement, mais concrètement, ces droits dans l'espace communautaire.





## TITRE II

### Le droit d'accès aux données à caractère personnel

L'évolution des technologies de l'information et de la communication a permis le développement du traitement automatisé des données personnelles, exploitées ou exploitables sans considération de frontières, utilisées dans les sphères publiques et privées. Ce phénomène crée un risque potentiel permanent d'atteinte au droit au respect de la vie privée, qui implique pour toute personne le droit à la maîtrise des informations la concernant. L'entrée en vigueur de la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après Directive 95/46/CE), qui vise à réduire les divergences entre les législations nationales sur la protection des données à caractère personnel afin de lever tout obstacle à la libre circulation des données<sup>1</sup>, produit deux effets importants : d'une part, elle garantit un système de protection des données à caractère personnel équivalent dans les États membres et crée des droits au profit des personnes concernées, qui sont autant d'éléments facteurs de transparence. démontre que le droit communautaire est sans doute le moyen le plus efficace pour déclencher et garantir un processus d'harmonisation du droit dans l'espace européen. Le contenu de la Directive montre que le législateur communautaire s'est inspiré des précédents nationaux, mais aussi internationaux. Ainsi, dans un premier temps, il est nécessaire de rappeler le contexte international favorable à la protection des données à caractère personnel (Chapitre I). Il s'agira de montrer que dans le cadre des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux existants, la protection des données à caractère personnel n'a pas constitué initialement un droit spécifique, mais qu'elle était couverte par le droit au respect de la vie privée et familiale. C'est le Conseil de l'Europe et

---

<sup>1</sup> L'article 95 TCE permet à la Communauté d'arrêter des mesures ayant pour objet l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur:«(...) Le Conseil statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur».

l'Union européenne qui se sont doté d'instruments consacrés à la protection des données à caractère personnel permettant ainsi l'apparition au niveau international d'un droit spécifique relatif à la protection des données à caractère personnel. L'étude du droit d'accès à l'information garanti par la protection des données à caractère personnel en droit français (Chapitre II), allemand (Chapitre III) et italien (Chapitre IV) permettra de mettre en évidence que le droit communautaire relatif à la protection des données à caractère personnel après avoir emprunté aux différents droits nationaux (et notamment aux droits français et allemand) exerce à son tour une influence sur le droit des pays membres permettant ainsi une convergence des droits relatifs à la protection des données à caractère personnel nationaux de l'espace communautaire, particulièrement dans le domaine du droit d'accès à l'information.

## **CHAPITRE I Un contexte international favorable à la protection des données à caractère personnel**

L'évolution technologique a progressé continûment rendant possible la collecte et la transmission instantanée d'une information de part et d'autre de la planète. Vu l'importance qu'a acquise l'information au niveau économique, les données à caractère personnel se sont transformées en valeurs marchandes. En outre, si on se bornait à appréhender la protection des données à caractère personnel dans un cadre strictement national, des différences existeraient surtout au niveau des restrictions relatives à la prestation et à la réception de l'information entre les prestataires d'informations établis dans les différents États membres. Compte tenu des risques induits par les traitements du secteur privé qui sont aussi importants que ceux qui découlent des traitements mis en œuvre par les administrations publiques, ces disparités peuvent inciter les opérateurs à délocaliser les traitements et les bases de données dans les pays ayant le moins d'entraves, et donc moins de protection. La conséquence directe serait que les règles de concurrence se trouveraient faussées. Laisser à chaque État membre la faculté de définir le système de protection des données à caractère personnel peut créer des disparités trop sensibles entre les différentes réglementations nationales. D'où la nécessité d'établir des garanties le plus possible identiques dans les États. Or, au niveau international, une pluralité d'instrument consacrent la protection des données à caractère personnel (Section I), mais c'est seulement le droit communautaire qui a su imposer des mesures contraignantes de protection des données à caractère personnel dans les États membres (Section II).

## **SECTION I Une pluralité d'instruments juridiques consacrent la protection des données à caractère personnel**

La protection des données à caractère personnel est reconnue au niveau international par une multitude de conventions et d'accords internationaux. L'ensemble de ces textes ont en commun d'énoncer des principes qui sont considérés comme essentiels pour rendre cette protection effective. Parmi ces principes, l'information de la personne occupe une place centrale. Mais ces textes ne sont que très souvent des textes de référence, dépourvus de valeur juridique obligatoire, qui pour être effectifs devraient figurer dans l'ensemble des législations nationales. Dans un premier temps, il faut tenir compte des instruments internationaux de protection des données à caractère personnel de portée universelle (§1), et dans un deuxième temps les instruments internationaux ayant un champ d'application limité à l'espace européen (§2).

### **§1 La protection des données à caractère personnel par des instruments de portée universelle**

Les premières déclarations en droit international relatives à la protection des données à caractère personnel ont été la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) des Nations Unies du 10 décembre 1948 qui proclame « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur ou sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou atteintes »<sup>1</sup>. Cette Déclaration a été suivie par le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966 qui affirme que : «Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile, ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation»<sup>2</sup>. Or, dans ces deux textes, la protection des données à caractère personnel ne constitue pas un droit spécifique. En revanche, dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, la résolution n° 45/95 du 14 décembre 1990 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies est relative aux «(...) principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des

---

<sup>1</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) des Nations Unies du 10 décembre 1948, article 12.

<sup>2</sup> Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP), 16 décembre 1966, article 17 alinéa 1.

données à caractère personnel ». Cette résolution, même si elle est dépourvue de valeur juridique obligatoire, constitue un texte de référence. Si elle énonce que les modalités d'application des règlements concernant les fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel sont laissées à la libre initiative de chaque État, elle fixe néanmoins certains critères, parmi lesquels le droit d'accès à l'information, qui doit impérativement figurer dans les législations nationales, comme les garanties de mesures minimum de protection des droits de l'homme. Selon la résolution, toute personne justifiant de son identité a le droit de savoir si des données la concernant font l'objet d'un traitement, et d'en avoir communication sous une forme intelligible<sup>1</sup> La protection des données doit permettre à la personne concernée d'obtenir les rectifications ou la destruction des données en cas d'enregistrements illicites, injustifiés ou inexacts et lorsqu'elles sont communiquées, d'en connaître les destinataires. Une voie de recours doit être prévue, le cas échéant, auprès de l'autorité de contrôle qui devrait présenter des principes d'impartialité et d'indépendance. Enfin, les dispositions de ce principe s'appliquent à toute personne, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence.

Le traitement des données sensible est interdit. Ces données sont largement définies comme : origine raciale, ethnique, couleur, vie sexuelle, opinion politique et religieuse, philosophique ou autre . Mais il est étonnant que les données relatives à l'état de santé ne soient pas mentionnées parmi les données sensibles. La résolution autorise les États à prévoir des exceptions : tout d'abord, des limitations aux règles énoncées sont admises pour la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public pour des motifs de santé et de moralité publiques. Les lignes directrices de cette résolution ont été reprises par la Directive 95/46/CE.

L'OCDE a insisté depuis le début des années 80 sur la nécessité d'agir pour garantir un certain nombre de principes parmi lesquels la protection de la vie privée, mais son caractère non obligatoire a limité sa portée effective. L'OCDE avait reconnu la nécessité de garantir au niveau international des mesures qui garantissent un niveau de protection de la vie privée équivalent dans les différents États. Cet objectif prend en compte la facilité de la transmission des données, rendue possible par les nouvelles technologies de l'informatique.

---

<sup>1</sup> Principe n°4 «Toute personne justifiant de son identité a le droit de savoir si des données la concernant font l'objet d'un traitement, d'en avoir communication sous une forme intelligible, sans délais ou frais excessifs, d'obtenir les rectifications ou destructions adéquates en cas d'enregistrements illicites, injustifiés ou inexacts, et, lorsqu'elles sont communiquées, d'en connaître les destinataires. Une voie de recours devrait être prévue, le cas échéant, auprès de l'autorité de contrôle prévue au principe 8 ci-dessous. En cas de rectification, le coût devrait

Le document de base de l'OCDE est constitué par les « lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontaliers des données à caractère personnel »<sup>1</sup>. Les principes énoncés font en sorte que la collecte, le traitement et la communication des données ne peuvent être réalisés que si des mesures de garantie de sécurité et de transparence existent, parmi lesquels on retrouve, « le droit individuel d'accès aux données individuelles et le droit d'avoir les données corrigées en cas de besoin ». Cette recommandation se présente comme une norme minimale susceptible d'être complétée par d'autres mesures visant à protéger la vie privée et la liberté individuelle. Selon ces lignes directrices, des limitations peuvent être apportées aux principes affirmés, au nom de la souveraineté nationale, de la sécurité nationale et de l'ordre public. Son champ d'application s'étend aux secteurs publics et privés. La protection de la vie privée et des libertés individuelles est garantie principalement par un droit d'accès et de contestation, que les États doivent assurer aux intéressés. Par leur caractère trop général, ces instruments ne sont pas applicables directement dans les ordres juridiques nationaux, ils doivent être vus comme des principes que les États doivent appliquer au niveau national à travers des mesures internes. Les mesures européennes sont de nature différente.

## **§2 Les instruments internationaux de protection des données à caractère personnel ayant un champ d'application limité à l'espace européen**

Au niveau européen, c'est d'une part à travers le Conseil de l'Europe (A) et d'autre part à travers la coopération intergouvernementale comme l'accord de Schengen (B) que les premières mesures dans le domaine de la protection des données à caractère personnel ont été prises.

### **A Le Conseil de l'Europe et la protection des données à caractère personnel**

En Europe, le droit de la protection des données personnelles est une des composantes de la notion de vie privée. Le Conseil de l'Europe s'est très tôt intéressé à la nécessité de protéger les données à caractère personnel. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne reconnaît pas directement en tant que telle

---

être à la charge du responsable du fichier. Il est souhaitable que les dispositions de ce principe s'appliquent à toute personne, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence».

la protection des données à caractère personnel parmi les droits qu'elle énonce, mais elle les protège indirectement en reconnaissant à toute personne le « droit au respect de la vie privée et familiale »<sup>2</sup> et le droit d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles.<sup>3</sup> Ainsi, la mémorisation et le traitement des données à caractère personnel constituent une atteinte au droit au respect de la vie privée<sup>4</sup>. Dès lors, selon l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>, une ingérence dans la vie privée des personnes n'est possible seulement lorsqu'elle est « prévue par la loi, qu'elle est nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de buts légitimes et qu'elle n'est pas disproportionnée eu égard à l'objectif poursuivi. » L'arrêt *Rotaru c/Roumanie* a réalisé un rapprochement ultérieur entre l'article 8 et la protection des données à caractère personnel<sup>6</sup>. Dans ce cas, la Cour admet que des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont recueillies et mémorisées de manière systématique dans des fichiers par les pouvoirs publics<sup>7</sup>. La Cour a aussi considéré que des données de vidéosurveillance de lieux publics constituent une ingérence dans la vie privée lorsque ces données sont enregistrées, mémorisées et font l'objet d'une divulgation publique<sup>8</sup>. Enfin, la CourEDH a posé le principe que les données relatives à la santé doivent être particulièrement protégées, car la confidentialité des données de la santé constitue « un principe essentiel du système juridique de tous les États partis à la Convention ». Par conséquent, pour être conforme à l'article 8, le traitement des données sans le consentement de la personne concernée implique nécessairement l'existence de garantie adéquate contre les abus et tend « à défendre un aspect primordial de l'intérêt public »<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Ce document qui n'est pas contraignant a été objet d'une recommandation adoptée le 23 septembre 1980.

<sup>2</sup> Article 8 alinéa 1 « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

<sup>3</sup> Article 10 : 1. « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

<sup>4</sup> CourEDH, arrêt *Leander c/Suède*, 26 mars 1987, A. 116 §48.

<sup>5</sup> CourEDH, arrêt *Amann c/Suisse* 16 février 2000, Rec. Déc. 2000-II, § 65.

<sup>6</sup> CourEDH arrêt *Rotaru c/ Roumanie*, 4 mai 2000, Rec. Arrêts et décision 2000-V, §43.

<sup>7</sup> Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit, p. 378 et s.

<sup>8</sup> CourEDH, *Peck c/Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, *JCP G*2003, I, chron. F. Sudre, et voir aussi, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit. p. 379.

<sup>9</sup> CourEDH, *Z c/Finlande*, 25 février 1997, *JCP G*, 1998, I, 107, n° 35, chron. F. Sudre.



Cependant, l'article 8 ne garantit pas un droit général d'accès à des données et renseignements personnels, mais autorise un tel accès lorsque l'individu y a un intérêt primordial. La Cour s'est exprimée dans ce sens lorsqu'elle a considéré dans l'arrêt *Gaskin c/Royaume-Uni*, que l'accès à des informations concernant l'enfance et les années de formation relève de la vie privée et familiale et que par conséquent pèse sur l'État l'obligation positive de permettre à l'individu l'accès aux dossiers le concernant et, en cas de nondivulgateion de certains éléments du dossier motivée par le devoir de confidentialité vis-à-vis des tiers, l'obligation procédurale d'organiser un recours devant un organe indépendant pour contester un tel refus<sup>1</sup>.

Le document de référence dans le domaine de la protection des données personnelles est la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel<sup>2</sup>. Grâce à cette Convention la protection des données à caractère personnel a pris une dimension internationale : la Convention est le premier instrument législatif international contraignant qui annonce des principes substantiels de base pour garantir à toute personne physique le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment le droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant<sup>3</sup>.

Les principes affirmés par la Convention ont été chaque fois repris par les différents textes nationaux en matière de protection des données personnelles des États. Les principes énoncés sont la nécessité d'appliquer la protection des données au secteur public et au secteur privé (article 3), et l'interdiction de la collecte des données sensibles, à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. Selon la Convention sont considérées comme sensibles les données révélant « l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle »<sup>4</sup>. Mais la Convention a une application limitée, car elle a omis certaines questions importantes. Elle ne s'applique pas au traitement non automatisé, et la

---

<sup>1</sup> CourEDH, *Gaskin c/Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *GADCEDH*, n°36 M.Gc/Royaume-Uni, 24 sept. 2002,

<sup>2</sup> Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985.

<sup>3</sup> ULF BRÜHANN, «La directive européenne relative à la protection des données: fondements, histoire, points forts», *Revue française d'administration publique*, 1999, n°89, p. 5-19.

<sup>4</sup> Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, article 6.

Convention ne rend pas obligatoire l'existence d'une autorité de contrôle indépendante<sup>1</sup>. Enfin, la voie conventionnelle ne permet pas un contrôle de la mise en oeuvre, même si l'article 4 oblige les États signataires de la Convention à mettre en oeuvre, dans leur droit national, les principes affirmés par la Convention, le non-respect de cette obligation ne peut être sanctionné. Parmi les principes de base de la Convention se trouve le droit d'accès à l'information de la personne concernée.

Selon la Convention n° 108, toute personne doit pouvoir jouir de la possibilité de connaître l'existence d'un fichier contenant ses données personnelles, d'obtenir leur rectification ou leur effacement, et dispose d'un droit de recours<sup>2</sup>. Des dérogations peuvent être apportées à ces principes si une telle dérogation constitue une mesure nécessaire, pour la protection de l'État, la sûreté publique, ou la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui<sup>3</sup>. Le Conseil d'État français s'est fondé à plusieurs reprises<sup>4</sup> sur la Convention et plus spécifiquement sur le droit d'accès dans l'arrêt CE, CGT<sup>5</sup>. Le CE a été amené à se prononcer sur la légalité du droit d'accès indirect au regard de la Convention n° 108. Le CE considère en effet que l'art 39<sup>6</sup> de la loi du 6 janvier 1978 et la Convention ne sont pas incompatibles. Si l'importance de cette Convention ne peut être niée comme premier instrument au niveau européen ayant reconnu la nécessité de protéger les données à caractère personnel faisant l'objet de traitement automatisé, sa portée est limitée par le fait qu'elle ne garantit qu'une harmonisation minimale, car elle dépend de la bonne volonté des États

---

<sup>1</sup> Néanmoins la Convention (article 3 alinéa 2 point b. et c.) laisse la liberté aux États membres d'élargir le champ d'application aux personnes morales et ainsi qu'aux fichiers manuels.

<sup>2</sup> Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, article 8 : Garanties complémentaires pour la personne concernée. Toute personne doit pouvoir:

a) Connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître du fichier;

b) Obtenir à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs la confirmation de l'existence ou non dans le fichier automatisé de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible;

c) Obtenir, le cas échéant, la rectification de ces données ou leur effacement lorsqu'elles ont été traitées en violation des dispositions du droit interne donnant effet aux principes de base énoncés dans les articles 5 et 6 de la présente Convention;

d) Disposer d'un recours s'il n'est pas donné suite à une demande de confirmation ou, le cas échéant, de communication, de rectification ou d'effacement, visés aux paragraphes b et c du présent article.»

<sup>3</sup> G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La Documentation Française, Paris, 1998, p. 291.

<sup>4</sup> CE, 18 novembre 1992, LICRA.

<sup>5</sup> CE, 28 juillet 1995, CGT.

<sup>6</sup> L'article 39 régit les traitements des données à caractère personnel intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique. Dans ce cas, la CNIL qui désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener les investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires.

signataires d'appliquer ses principes<sup>1</sup>. C'est cette limite qui a fait prendre conscience au niveau communautaire de la nécessité de prendre des mesures contraignantes pour garantir la protection des données à caractère personnel et permettre le fonctionnement du marché intérieur.

Mais bien avant la Directive 95/46/CE, c'est au niveau intergouvernemental que des mesures dans le domaine de la protection des données à caractère personnel ont été prises pour permettre la coopération entre les autorités douanières et de police dans la lutte contre la criminalité. Cette coopération a donné lieu à l'accord de Schengen qui a permis l'échange de données à caractère personnel entre les autorités de certains États membres de la communauté européenne.

## **B L'accord de Schengen et la protection des données à caractère personnel**

L'accord de Schengen, qui relève de la coopération intergouvernementale, signée le 14 juin 1985 par les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la France et l'Allemagne (l'Italie s'est jointe le 27 novembre 1990, suivie par l'Espagne, le Portugal, la Grèce et l'Autriche), vise à supprimer les contrôles aux frontières communes des États partis, grâce à un système d'échange d'informations transfrontalières appelé le Système d'Information Schengen (SIS) (1). L'utilisation des données SIS nécessite d'avoir conféré des droits d'accès à l'information à la personne concernée par le traitement de ses données (2). Le SIS a été intégré le 1er mai 1999 dans le cadre de l'Union européenne en tant qu'élément de l'acquis de Schengen. Faute d'accord sur sa base juridique, il repose provisoirement sur les dispositions du troisième pilier en vertu d'un protocole annexé au traité d'Amsterdam. Dans la perspective de l'élargissement de l'Union, un SIS de deuxième génération, appelé SIS II, est en cours de préparation. Il doit être opérationnel d'ici fin 2006.

### **1 Un système d'échange d'informations transfrontalières**

L'accord de Schengen garantit la possibilité de libre circulation des personnes par l'abolition des frontières entre certains États. Il en résulte la nécessité de permettre l'échange, entre les autorités des États membres participant aux accords, des informations sur les

---

<sup>1</sup> La convention 108 du Conseil de l'Europe permet expressément aux parties contractantes «d'accorder un niveau plus élevé de protection que celui prévu dans la présente convention», article 11.

personnes physiques franchissant les frontières extérieures. Le Système d'Information Schengen (ci-après SIS) est une base de données commune permettant aux autorités de chaque État membre de disposer, grâce à une procédure d'interrogation automatisée, de signalements sur des personnes ou des objets. Ainsi, le SIS est une interconnexion de fichiers nationaux rassemblant des données communes, alimentées et consultées par les autorités des différents États membres. En effet, bien que le système soit européen, les données demeurent nationales. Certains États membres qui avaient déjà une législation de protection des données, ont soulevé le problème de la libre circulation des données personnelles : selon eux, cette circulation ne pouvait être acceptée sans une protection efficace également dans les États qui ne disposent pas de protection des données équivalente au niveau national<sup>1</sup>. Ce fut le cas de l'Italie qui ne disposait pas d'une législation protégeant efficacement les données à caractère personnel. Le problème se pose notamment pour l'échange des données policières. Afin qu'elles puissent librement circuler dans l'espace Schengen, il est important que toutes les législations protectrices des données entrent en vigueur sur le territoire des États signataires de l'accord et que ces mesures de protection se trouvent au même niveau. Conformément à la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990, un volet extrêmement important de conditions préalables à l'entrée en vigueur de la Convention pour permettre l'échange d'informations a été fixé : par exemple, les échanges de données ne peuvent avoir lieu qu'entre les autorités nationales qui ont été spécifiquement désignées à cette fin, par chaque État partie<sup>2</sup>, et les dispositions légales en matière de protection des données à caractère personnel doivent être respectées. L'utilisation des données par ces autorités désignées nécessite d'avoir conféré des droits à l'intéressé afin d'obtenir des informations sur le traitement des données à caractère personnel le concernant.

## **2 Le droit d'accès à l'information des personnes concernées par le traitement des données**

L'art 38 alinéa 2 de la Convention reprend les principes consacrés par les textes internationaux<sup>3</sup>. Mais le problème se pose quand le traitement des informations concerne des informations qui ne sont pas informatisées, et quand une législation moins protectrice de

---

<sup>1</sup> Voir, ULF BRÜHANN, «La directive européenne relative à la protection des données: fondements histoire, points forts», *Revue française d'administration publique*, n°89, 1999, p. 5-19.

<sup>2</sup> Y GAUTIER, «Accord de Schengen», Éditions du Juris Classeur 1996, Fasc. 140.

<sup>3</sup> Convention n° 108 du 28 janvier 1981 Conseil de l'Europe.

l'État destinataire que celle de l'État transmet ces données. Car les données intégrées dans le système Schengen et l'exercice du droit d'accès et de rectification sont régis par le droit national. Que le traitement soit informatisé ou manuel, l'intéressé bénéficie d'un droit d'accès aux données le concernant et d'un droit de rectification des informations erronées (article 110). La mise en place d'un système d'informations comme suite à la suppression des contrôles aux frontières est définie par l'article 93 de la Convention : « préserver l'ordre et la sécurité publique, y compris la sûreté de l'État, et l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente convention, sur le territoire des parties contractantes à l'aide des informations transmises par ce système ». Dans cette perspective, la Convention de Schengen énumère des règles relatives à l'accès au SIS, son utilisation et son contrôle.

Ne peuvent avoir accès aux données intégrées dans le SIS que les instances qui sont exclusivement compétentes pour les contrôles frontaliers (art101). Quant aux droits conférés à la personne concernée, celle-ci a un droit d'accès aux données la concernant et qui sont intégrés dans le SIS. Le droit d'accès n'est pas absolu : l'article 109§2 impose aux États parties d'opposer au demandeur un refus, dès lors que la communication des données « nuit à l'exécution de la tâche légale consignée dans le signalement ou pour la protection des droits et libertés d'autrui ». La Convention prévoit l'institution dans chaque État partie d'une autorité de contrôle dotée d'amples pouvoirs. Elle exerce un contrôle indépendant du fichier de la partie nationale du SIS, vérifie que le traitement et l'utilisation des données intégrées dans le SIS ne soient pas attentatoires aux droits de la personne concernée, elle a accès au fichier de la partie nationale du SIS ; de plus, toute personne a le droit de demander aux autorités de contrôle de vérifier les données la concernant intégrées dans le SIS, ainsi que l'utilisation qui en est faite (art. 114).

C'est seulement le 26 mars 1995 que la convention d'application de l'accord de Schengen a pu entrer en vigueur. Dix ans séparent cette date de la signature de l'accord de Schengen (14 juin 1985), cela dit le Parlement européen considère que le SIS est extrêmement opaque et compliqué à comprendre<sup>1</sup>. L'ensemble de ces instruments n'ont qu'une portée limitée, c'est seulement le droit communautaire qui apporte un changement fondamental dans le domaine de la protection des données à caractère personnel en garantissant un niveau équivalent de protection des données dans l'ensemble de l'Union européenne.

---

<sup>1</sup> Au cours d'une audition organisée le 6 octobre 2003, plusieurs députés du Parlement européen se sont inquiétés du manque de transparence du SIS. Le rapporteur en charge des différents projets liés à la modernisation du Système SIS, C. COELHO, a jugé le système « extrêmement opaque et difficile à comprendre, même pour les experts » et « véritablement incompréhensible pour le citoyen ». [www.europarl.eu.int/hearings/2003\\_fr.htm](http://www.europarl.eu.int/hearings/2003_fr.htm).

## **SECTION II Le droit communautaire et la protection des données à caractère personnel**

Le respect de la vie privée fait partie des droits et libertés fondamentaux qui sont partie intégrante des Constitutions des pays démocratiques<sup>1</sup>. Or, les Traités instituant la Communauté européenne, (à la différence de la plupart des ordres juridiques des États membres), ne contiennent pas de catalogue des droits fondamentaux<sup>2</sup>. Mais le respect des droits fondamentaux fait partie de l'ordre juridique communautaire et constitue un impératif du marché intérieur (§1). Ainsi, l'Union européenne régleme le traitement des données à caractère personnel, lorsque celui-ci relève d'une activité entrant dans le champ des compétences communautaires. Cela implique de parvenir à un niveau équivalent de protection des données personnelles sur tout le territoire de l'Union. Dans le cadre de l'élimination des entraves à l'établissement du marché intérieur, la Communauté européenne s'est dotée de la Directive 95/46/CE<sup>3</sup> visant à harmoniser les législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel, pour parvenir à un niveau de protection équivalent et élevé à l'intérieur de l'espace communautaire (§2).

---

<sup>1</sup> Depuis la Déclaration sur les Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, les libertés et droits fondamentaux sont traditionnellement consacrés dans les Constitutions des États et par les instruments internationaux. Voir dans ce sens la loi fondamentale de la République d'Allemagne: art. 1 à 19 de la Loi fondamentale; et la Constitution italienne, art. 1 à 54 .

<sup>2</sup> L'article 6 du Traité sur l'Union européenne fait explicitement référence au respect, de la part de l'Union européenne, des droits fondamentaux «tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire.». Les articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne visent à assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques dans l'Union européenne.

<sup>3</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031–0050.

## **§1 La sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union européenne**

Le respect par l'Union européenne des droits fondamentaux est caractérisé par la construction prétorienne de la CJCE en matière de respect des droits de l'homme (A), avant la consolidation du respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire (B).

### **A La construction prétorienne de la CJCE en matière de respect des droits de l'homme**

Un rôle majeur dans la reconnaissance des droits fondamentaux dans l'Union européenne revient à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui, depuis 1969, affirme que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux de l'ordre communautaire et qu'il revient à la Cour de les faire respecter. Le Traité d'Amsterdam a formellement habilité la CJCE à veiller à ce que les droits de l'homme et les libertés fondamentales soient respectés par les institutions communautaires<sup>1</sup>.

La CJCE a constamment souligné dans sa jurisprudence l'importance de la reconnaissance et du respect au niveau communautaire des droits fondamentaux<sup>2</sup>. La CJCE a développé de son côté une jurisprudence considérable visant à protéger les droits des citoyens et a très vite comblé le déficit relatif à son contrôle du respect des droits de l'homme eu égard aux normes communautaires. La Cour de justice est à la base d'une jurisprudence se référant aux traditions constitutionnelles communes aux États membres et se réfère aux droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions des États membres ou aux instruments internationaux sur les droits de l'homme auxquels les États membres ont adhéré, au premier rang desquels la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

---

<sup>1</sup> Voir article 46 TUE (ex-article L).

<sup>2</sup> Le point de départ de cette jurisprudence est l'affaire Stauder, Arrêt de la Cour du 12.11.1969 dans l'affaire 29/69, Stauder, Rec. 1969, p. 419 (principe impératif du respect de la dignité de la personne); Arrêt de la Cour du 21.9.1989 dans l'affaire 46/87 et 227/88, Hoechst, Rec. 1989, 2859 (inviolabilité de la vie privée, du domicile et des locaux professionnels); Arrêt de la Cour du 18.5. 1989 dans l'affaire 249/86, Commission des Communautés européennes/République Fédérale d'Allemagne, Rec. 1989, p. 1263 (droit au respect de la vie de famille).

Trois arrêts ont annoncé cette protection dans l'ordre juridique communautaire. Premièrement, l'arrêt Stauder du 12 décembre 1969<sup>1</sup>. Dans cet arrêt, la Cour constatait que le respect des droits fondamentaux faisait partie des principes généraux de l'ordre communautaire et qu'il lui appartenait de les faire respecter. La Cour reconnaissait ainsi pour la première fois l'existence d'un régime autonome des droits fondamentaux dans la Communauté européenne. Elle a reconnu des principes juridiques généraux et les a appliqués en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des conventions internationales sur la protection des droits de l'homme dont les États membres font partie, au premier rang desquelles figure la CEDH. Sur cette base la Cour a élevé un certain nombre de libertés au rang de droits fondamentaux, par exemple le droit de propriété, la protection de la famille, les droits généraux de la personnalité, ou le principe de l'égalité de traitement. Deuxièmement, dans son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, elle affirme que<sup>2</sup> : « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ». Troisièmement, l'arrêt *Nold/Commission*<sup>3</sup> : « tenu de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, et [ne pouvant] dès lors admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions [des États] » et « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ».

Par ailleurs, dans l'affaire *X/Commission des Communautés européennes*<sup>4</sup> relative au droit d'une personne de tenir secret son état de santé, l'Avocat général M. Walter Van Gerven affirmait que la CEDH ne fait pas directement partie du droit communautaire, mais au contraire indirectement, « étant donné que la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux qu'elle a pour objet de protéger peut également être obtenue par l'application des principes généraux du droit communautaire »<sup>5</sup>. Or, dans cette affaire la CJCE juge que le droit au respect de la vie privée, « consacré par l'article 8 de la CEDH », comporte le droit d'une

---

<sup>1</sup> CJCE, 12 novembre 1969, Stauder / Stadt Ulm aff. 29/69 Rec. 1969, p.419.

<sup>2</sup> CJCE, Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel Aff. 11/70 Rec. 1970, p.1125.

<sup>3</sup> CJCE, Arrêt du 14/05/1974, Nold KG / Commission Aff. 4/73 Rec. 1974, p.491.

<sup>4</sup> CJCE, 27 4.1994, X/ Commission, C 404/92P Rec. 1994. p. I-4737.

<sup>5</sup> CJCE 27 4.1994, X/ Commission, C 404/92P Rec. 1994. p. I-4737 (point 11-12), voir aussi notamment l'arrêt du 1er mai 1986, Johnston (222/84, Rec. 1986, p. 1651, point 19) ainsi que le point 30 des conclusions de l'arrêt du 4 octobre 1991, Grogan, (C-159/90, Rec. P.I-4685).



personne de tenir son état secret et donc de protéger ces données à caractère personnel<sup>1</sup>. Suite à cette affaire, la CourEDH a posé les principes de la protection par l'article 8 des données à caractère personnel relatives à la santé<sup>2</sup>. Dans l'affaire Commission/Allemagne C-62/90<sup>3</sup>, la Cour a expressément déclaré que le droit à la protection de la vie privée est un droit fondamental protégé par l'ordre juridique communautaire, mais « des restrictions peuvent être apportées aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit protégé. »<sup>4</sup>. Cette reconnaissance des droits fondamentaux par la Cour, non reconnue par écrit, présente un inconvénient : la Cour doit se limiter à des cas d'espèce et ne peut donc pas dégager, dans tous les domaines où il serait nécessaire de le faire, des droits fondamentaux à partir des principes généraux du droit. Le problème majeur est le suivant : d'une part, les institutions communautaires ne peuvent apprécier avec suffisamment de précision si elles courent le risque de violer ou non un droit fondamental, et d'autre part le citoyen ne peut de façon précise juger s'il y a eu atteinte à un des ses droits fondamentaux.

## **B La consolidation du respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire**

Le respect des droits de l'homme par l'Union européenne apporte une réponse à ceux qui s'inquiètent du déficit démocratique souvent mis en avant par les personnes les plus réticentes à la construction européenne. Le Parlement européen a plusieurs fois clairement annoncé la nécessité de respecter les droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> X c/ Commission, 5 oct. 1994, *RTDH*, 1995, 97, note O. De Schutter.

<sup>2</sup> CourEDH, Z c/Finlande, 25 février 197, *JCP G*, 1998, I, 107, n° 35 chron. F.SUDRE ; voir aussi M.S. c/ Suède, 27 août 1997, *D*, 2000, jur.521, note I. Laurent –Merle.

<sup>3</sup> CJCE, 8 avril 1982, Commission/Allemagne, , aff. C-62/90, Rec. p.I-2575.

<sup>4</sup> CJCE, 8 avril 1982, aff. C-62/90, , Commission/Allemagne, Rec. p.I-2575, point 23.

<sup>5</sup> Voir notamment :

Résolution sur l'attribution de droits spéciaux aux citoyens de la Communauté européenne, en application de la décision de la conférence au sommet de Paris du mois de décembre 1974 (point 11 du communiqué final) (*JO C 299 du 12.12.1977*),

Résolution portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux (*rapport De Gucht*) du 12.04.1989,

Résolution sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 22.11.1989 (*A3-69/89, JO C 323 du 27.12.1989*),

Dans ce processus de protection des droits fondamentaux s'inscrit la référence explicite aux droits fondamentaux dans le Traité sur l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée conjointement par le Parlement européen, la Commission et le Conseil lors du sommet de Nice des 7 et 8 décembre 2000<sup>1</sup>. Le caractère contraignant de la Charte n'est pas clarifié : issue d'une procédure d'élaboration originale et adoptée par le Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000, elle marque la volonté de l'Union de se doter d'un catalogue de droits fondamentaux propres à l'ordre juridique communautaire. Néanmoins, étant donné qu'elle n'est pas incluse pour le moment dans les Traités, elle n'a pas de caractère contraignant<sup>2</sup>. Mais il est significatif que la Charte énonce « les droits, les libertés et les principes » que reconnaît l'Union. Néanmoins, la Charte est déjà devenue un élément d'interprétation du droit communautaire pour le juge communautaire. On voit mal comment le juge communautaire ne pourra pas tenir compte de cette Charte comme source d'inspiration pour l'interprétation des droits fondamentaux<sup>3</sup>. Par ailleurs, les avocats généraux<sup>4</sup>, chargés de conclure dans des litiges qui soulevaient des questions relatives aux droits fondamentaux, ont pris l'habitude de faire référence à la Charte comme élément d'interprétation. Ainsi, l'Avocat général Léger a précisé que « toute considération relative à sa portée normative mise à part, la nature des droits énoncée dans la Charte des droits fondamentaux interdit de la considérer comme une simple énumération sans conséquence de principes purement moraux. Il importe de rappeler que ces valeurs ont en commun d'être unanimement partagées par les États membres qui ont choisi de les rendre visibles en les

---

Résolution sur les Conférences intergouvernementales dans le cadre de la stratégie du Parlement européen pour l'Union européenne du 22.11.1990 (A3-270/90, JO C 324 du 24.12.1990),

Résolution sur la citoyenneté communautaire (A3-129/91, JO C 183 du 14.06.1991),

Résolution sur la Constitution de l'Union européenne (*rapport Herman*) du 10.02.1994 (A3-0064/94, JO C 61 du 28.02.1994),

Résolution sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux (B5-0110/1999, JO C 54 du 25.02.2000, p. 93),

Résolution sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*rapport Duff-Voggenhuber*) du 16.03.2000 (A5-0064/2000).

<sup>1</sup> JOCE, C 364 du 18 décembre 2000.

<sup>2</sup> Il faut attendre quelle va être la suite du Traité constitutionnel de l'Union européenne, étant donné que la Charte des droits fondamentaux a été intégrée dans le Traité de Constitution pour l'Union européenne. Les dirigeants de l'UE ont adopté le Traité instituant une Constitution pour l'Europe lors du Conseil européen à Bruxelles les 17 et 18 juin 2004. Le Traité de Constitution pour l'UE a été signé par les chefs d'État et de gouvernement à Rome le 29 octobre 2004. La Constitution n'entrera en vigueur qu'après sa ratification par tous les États membres.

<sup>3</sup> Le TPI se réfère à la Charte, la Cour de justice s'est, elle, abstenue de le faire. Voir notamment, TPI, 3 mai 2002, *Jego-Oué* et Cie SA c/Commission, T-177/01 Rec. ( D, 2002, somm. 2575, obs. M. Sousse) : le TPI s'appuie sur la Charte pour garantir le droit à un recours *juridictionnel effectif* ( art. 47).

<sup>4</sup> Concernant les avocats généraux, voir P.Léger sur CJCE, 6 décembre 2001, Hautala, aff. C-353/99, Rec.I-7657. Voir aussi sur la valeur contraignante de la Charte : L.BURGORGUE-LARSEN, La « force de l'évocation » ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003. p. 78.

concrétisant dans une Charte afin de renforcer leur protection »<sup>1</sup>. Ainsi, pour l'Avocat général Léger, la Charte constitue un instrument permettant l'interprétation de la portée des droits fondamentaux existants et permettre d'identifier, parmi les droits existants, ceux que l'on peut qualifier de droits fondamentaux<sup>2</sup>. Si le Traité établissant une Constitution pour l'Europe entre en vigueur dans sa forme actuelle, la Charte deviendra un élément essentiel pour la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union, « dans le respect des compétences et tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité »<sup>3</sup>. A ce titre elle est applicable aux institutions et organes de l'Union dans le cadre de l'exercice de leurs compétences et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne<sup>4</sup>. La Charte proclame la « protection des données à caractère personnel », comme un droit fondamental « nouveau »<sup>5</sup>, distinct du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications<sup>6</sup>.

Le Traité de l'Union européenne se prononce clairement dans le sens du respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne. La CJCE a estimé que l'Union européenne n'a pas compétence pour édicter des règles en matière de droits fondamentaux ni pour conclure des contrats dans ce domaine<sup>7</sup> mais l'ordre juridique prévoit la sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux<sup>8</sup>. Le respect des droits fondamentaux fait partie de l'ordre juridique communautaire, le Traité UE, sans citer un catalogue des droits fondamentaux, accorde une forme juridique contraignante à cette protection en obligeant l'UE à respecter « les droits

---

1 En l'espèce, il s'agissait de savoir si le droit d'accès au public aux documents pouvait constituer un droit fondamental. CJCE, 6 décembre 2001, Hautala, aff. C-353/99, Rec.I-7657.

2 Voir dans ce sens J.P.JACQUÉ, « la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne » *AJDA*, juin 2002, p. 476-480.

3 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Préambule, al. 5.

4 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 51, paragraphe 1.

5 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 8.

6 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 7.

7 Avis de la CJCE 2/94, Rec. 1996, I 1759.

8 L'article 6 paragraphe 2 du Traité UE impose à l'Union Européenne de respecter les droits fondamentaux, les principes de libertés de la démocratie, dans toutes ses activités. L'article 11 paragraphe 2 du Traité sur l'Union Européenne exprime l'exigence du respect des droits fondamentaux. Ainsi l'instauration de la citoyenneté européenne créatrice de droits et de devoirs (article 17 TCE (ex article 8)), la reconnaissance du droit de pétition auprès du Parlement et la possibilité de recourir au Médiateur pour des cas de mauvaise administration dans l'action des organes communautaires (articles 21 TCE (ex article 8 D), 194 (ex article 138 D), et 195 (ex article 138 E)) démontrent la volonté de protéger des droits fondamentaux (liberté, démocratie, respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit). L'objectif de l'Union est de renforcer la protection des droits et intérêts des ressortissants des États membres par l'instauration d'une citoyenneté européenne article 2 (ex article B). L'article K.2 paragraphe 1 du Traité UE fait expressément référence au respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre de la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. L'article 30 paragraphe 1 point b. précise le respect de la protection des données à caractère personnel dans le domaine de la coopération policière.

fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signées à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »<sup>1</sup>, alors que l'Union européenne n'a pas adhéré à la CEDH<sup>2</sup>. « L'union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (...)» (Article 6 §1. TUE). Le respect des droits fondamentaux a fait l'objet de déclarations de la part des institutions communautaires : ont été prononcées la déclaration du 5 avril 1977 du Parlement européen du Conseil et la Commission<sup>3</sup>, la déclaration sur les droits de l'Homme du 29 juin 1991<sup>4</sup> et celle du 11 décembre 1993 prononcée lors du 45<sup>e</sup> anniversaire de la déclaration générale des droits de l'Homme<sup>5</sup>, avec laquelle les institutions communautaires se sont solennellement engagées à respecter les droits fondamentaux et à « l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux »<sup>6</sup>.

## **§2 La Directive 95/46/CE vise à harmoniser les législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel**

L'Union européenne régleme le traitement des données à caractère personnel, lorsque celui-ci relève d'une activité entrant dans le champ des compétences communautaires. À défaut d'une harmonisation, le bon fonctionnement du marché intérieur rencontrerait un obstacle réel. C'est à travers la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » que le droit communautaire permet l'harmonisation du droit également dans le domaine de l'accès à l'information. Il est nécessaire ainsi de s'interroger sur les droits garantis par la Directive ayant un rapport avec l'accès à l'information à travers l'examen des principes fondamentaux

---

<sup>1</sup> Article 6, paragraphe 2, du Traité UE.

<sup>2</sup> En raison de l'avis défavorable émis par la Cour de justice des Communautés européennes, l'Union européenne n'a pas adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme; La Cour dans son avis 2/94, rec.1996, I 1759, a estimé que l'Union européenne n'a pas compétence pour édicter des règles en matière de droits fondamentaux ni pour conclure des contrats internationaux dans ce domaine.

<sup>3</sup> Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, JOCE, C 103. 24 avril 1977, p. 1.

<sup>4</sup> Bulletin des Communautés européennes 6/1991, annexe V.

<sup>5</sup> Bulletin des Communautés européennes 12/1993, point 1.4.12.

<sup>6</sup> Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 5 avril 1977, JOCE, C 103. 24 avril 1977, p. 1

de la Directive 95/46/CE (A). Cela dit si la Directive s'adresse aux États membres afin qu'ils prennent les mesures pour transposer la Directive, rien n'est prévu pour les institutions communautaires, même si la Commission et le Conseil se sont engagés lors de l'adoption de la Directive 95/46/CE à la respecter. L'absence d'une protection des données à caractère personnel au niveau des institutions communautaires est incompatible avec l'engagement de la Communauté en matière de sauvegarde des droits fondamentaux. Les institutions communautaires traitent couramment les données à caractère personnel dans le cadre de leurs activités. La Commission échange des données à caractère personnel avec les États membres dans le cadre de la politique agricole commune, des fonds structurels, du régime douanier et d'autres politiques communautaires. Comme les États membres ont l'obligation, en vertu de la Directive, de veiller scrupuleusement, lorsque ces derniers envisagent de transférer des données à caractère personnel, à ce que le destinataire soit lui aussi en mesure d'assurer un niveau de protection adéquat<sup>1</sup>, il était donc nécessaire, pour éviter que les institutions et organes communautaires puissent se voir opposer un refus de la part des États membres lors d'une demande de transfert de données, que l'Union européenne prenne des mesures afin de garantir le respect des prescriptions de la Directive 95/46/CE(B).

### **A Les principes fondamentaux de la Directive 95/46/CE**

Pour arriver à l'harmonisation dans les domaines où cela est nécessaire, «car l'unification ne doit pas être systématique», plusieurs instruments sont à disposition des institutions<sup>2</sup>. Dans le cas de la protection des données à caractère personnel, le TCE ne prévoit pas de compétence particulière, mais le Traité CE<sup>1</sup> impose à la Communauté d'arrêter des mesures ayant pour objet l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur.

Le droit communautaire a réussi là où la Convention sur la protection des données personnelles du Conseil de l'Europe 108 a en partie échoué. Pour opérer le rapprochement des législations et donc l'harmonisation, la Communauté a recouru à l'instrument de la Directive cadre qui s'applique aux traitements de données automatisés ainsi qu'aux traitements non automatisés contenus ou appelés à figurer dans un fichier, et sans faire une différence entre le secteur public et privé. La Directive 95/46/CE ne constitue pas le terme de l'harmonisation,

---

<sup>1</sup> Cf. paragraphes 2 à 6 de l'article 25 de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Par exemple, les décisions prises dans le cadre de l'article 34 du Traité UE qui lie les États membres quant aux objectifs à atteindre en matière de dispositions législatives et réglementaires, ainsi que les directives qui permettent la participation des parlements nationaux pour sa transposition.

mais au contraire, déclenche un processus d'harmonisation progressive. Elle laisse aux États membres une certaine liberté, mais leurs décisions ne sont pas libres dans le contenu de la transposition ni dans la date de transposition.<sup>2</sup> Elle démontre que l'action communautaire permet de réaliser deux objectifs : garantir les libertés et les droits fondamentaux dans les États membres et harmoniser les droits nationaux, même en matière de droits fondamentaux (article 95 du Traité CE). Il apparaît nécessaire de tenir compte de l'élaboration de la Directive (1) avant de faire l'examen du contenu (2).

### **1 L'élaboration de la Directive 95/46/CE**

L'objectif poursuivi de la Directive est de garantir les droits fondamentaux dans la communauté européenne à travers l'harmonisation des droits nationaux en matière de protection des données à caractère personnel : « Les États membres assurent (...) la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel »<sup>3</sup> et « pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les États membres ; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut être atteint par la seule action des États membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables en la matière (...) Une intervention de la Communauté visant à un rapprochement des législations est donc nécessaire »<sup>4</sup>. Par conséquent, pour permettre la libre circulation des données à caractère personnel, la Directive impose un niveau de protection des données à caractère personnel équivalent entre les États membres. Ainsi, pour rendre cette protection effective, la Directive fait du droit d'accès et du droit à l'information le centre du système de protection. Tout sujet concerné par un traitement de données à caractère personnel doit bénéficier d'un droit à l'information et d'un droit d'accès qui lui permettent d'obtenir communication des informations traitées. Ces principes sont fondamentaux et déjà présents dans tous les travaux des organisations internationales et nationales. Mais pour bien apprécier la portée de ces

---

1 TCE, article 95 ( ex-article 100A).

<sup>2</sup> Les États devaient se conformer aux dispositions de la directive à l'issue d'une période de trois ans à compter de son adoption. (article 32 paragraphe 1 de la Directive 95/46/CE).

<sup>3</sup> Article 1 alinéa 1 de la Directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Considérant 8 de la Directive 95/46/CE.

droits, il est nécessaire d'analyser l'ensemble des règles de fond, de procédure et de contrôle qui permet de définir la portée effective du droit d'accès de la Directive.

Dans le cadre des Communautés européennes, le Parlement européen a adopté dès 1979 une résolution « sur la protection des droits de la personne face au développement des progrès techniques dans le domaine de l'informatique »<sup>1</sup>. Cette résolution affirme que « toute personne ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre a le droit de faire effacer des données illicitement collectées » et « de faire procéder à la rectification des données concernant sa personne qui seraient imprécises ou inexacts ainsi qu'à l'information des tiers auxquels elles auraient été communiquées ». Ce principe va être repris par la Commission européenne qui présenta en 1990 un ensemble de propositions visant à introduire, dans la Communauté, un système de protection des données à caractère personnel<sup>2</sup>. La Commission insistait sur la nécessité de protéger les droits et libertés des personnes en affirmant la nécessité de garantir une protection de haut niveau des droits fondamentaux. Le Conseil présenta en 1990, comme suite à la proposition de la Commission une proposition de Directive relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel<sup>3</sup>. En 1992 la Commission présenta au Conseil un projet complètement refait après la première lecture du Parlement européen.

Ce projet se caractérisa par l'abandon de la distinction entre secteurs public et privé, et de l'avis préalable pour effectuer un traitement. Mais à l'intérieur de la communauté, on constata des différences entre pays comme d'un côté l'Angleterre et l'Irlande qui n'étaient pas favorables à l'initiative d'harmonisation dans le domaine de la protection des données à caractère personnel et, de l'autre, les pays de la Méditerranée et le Bénélux qui au contraire approuvaient l'initiative permettant un niveau de protection équivalent au niveau communautaire. Un accord put être trouvé qui permit la promulgation de la Directive 95/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Le texte voté par le Conseil et le Parlement a confirmé l'approche

---

<sup>1</sup> JOCE, 5 juin 1979, n° C 140, p. 34.

<sup>2</sup> Elle proposait une Directive générale de protection des données, une recommandation demandait que la Communauté adhère à la Convention 108 du Conseil de l'Europe, une résolution des États membres sur la protection des données dans les domaines non couverts par la compétence communautaire ainsi qu'une déclaration de la Commission sur l'application des principes de la vie privée aux traitements des données personnels effectués par les institutions et organes de la communauté.

<sup>3</sup> JOCE C277/3 du 5.11.1990 (COM (90) 314 final -SYN 287).

proposée par la Commission fondée sur l'expérience des États membres d'une part, et la référence aux conventions internationales d'autre part. De nombreux considérants de la Directive font référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe<sup>1</sup>, alors que l'Union européenne n'a pas adhéré à la Convention. En particulier, le considérant 11 indique que « les principes de la protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenue dans la présente Directive, précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, couramment appelée « convention n° 108 du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe ». Par conséquent, la Directive ne suit pas un système d'harmonisation minimale du droit international, mais elle prévoit au contraire une harmonisation complète.

Elle fixe les lignes directrices devant encadrer le traitement de données à caractère personnel, et s'applique dès lors que l'activité du responsable du traitement des données relève du champ des compétences communautaires. L'adoption de cette Directive a été suivie par un ensemble de textes plus sectorielles<sup>2</sup>. Cela dit, notre analyse ne tiendra pas compte de ces textes, tout en sachant leur importance. C'est à la Directive 95/46/CE que notre analyse se limitera étant donné qu'elle fixe les règles générales du droit d'accès à l'information garanti à la personne concernée par le traitement des données à caractère personnel. Enfin, la transposition de la Directive 95/46/CE a montré que les mesures de transposition des États membres ne se sont pas limitées à encadrer le traitement du champ de compétence communautaire, mais au contraire ont élargi leur réglementation nationale de façon générale à tous les traitements sans distinction entre communautaire et non communautaire.

---

<sup>1</sup> Voir n°1 et 10 avec citation de l'article 8-11 de la Convention, n°37 avec citation de l'article 10 de la ConvEDH.

<sup>2</sup> La Directive 95/46/CE a été suivie par la Directive 97/66/CE relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications qui a précisé, de façon sectorielle, les règles générales posées par la directive de 1995. La Directive 97/66/CE a été remplacée par la Directive 2002/58/CE adoptée le 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (dispositif "Paquet télécom"). Dans le domaine de la sécurité informatique, la décision 92/242/CEE du Conseil du 31 mars 1992 a été la première mesure communautaire permettant de mettre en place un cadre d'action en matière de sécurité des systèmes d'information : analyse des besoins, élaboration de normes, de tests de validation, intégration des fonctions de sécurité dans les systèmes d'information.



## **2 Les principes généraux de la Directive 95/46/CE**

Le contenu de la Directive, permet d'apprécier l'importance de l'accès à l'information pour la personne concernée par le traitement de données à caractère personnel. Ainsi, il est nécessaire dans un premier temps d'analyser le champ d'application de la Directive (a), d'examiner ensuite les droits des personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel, en particulier les droits d'accès à l'information (b) et enfin, la mise en œuvre de la protection des données à travers un système de contrôle (c).

### **a Le champ d'application de la Directive 95/46/CE**

La Directive 95/46/CE s'adresse aux États membres et ne s'applique pas en principe aux institutions et organes communautaires. Son champ d'application se limite aux traitements qui relèvent en tout ou en partie du champ d'application du droit communautaire. Elle exclut donc les traitements de souveraineté (défense, sécurité publique, sûreté de l'État et droit pénal). D'après l'article 1 paragraphe 2 de la Directive 95/46 CE, «les États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour les raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1 », c'est-à-dire « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée »<sup>1</sup>. Cette même possibilité est prévue explicitement par le considérant 11 à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la convention 108 du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe. La protection des droits fondamentaux est mise sur le même plan que la circulation des données personnelles. Or, son champ d'application défini la Directive laisse quelque doute. En effet, la Directive affirme : « la présente Directive s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 1 paragraphe 1 Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Article 3 directive 95/46/CE.

La Directive nous donne par son considérant 15 une définition de fichier qui n'est pas très précise : « fichier structuré selon des critères spécifiques relatifs aux personnes, afin de permettre un accès aisé aux données à caractère personnel en cause ». Quels sont ces critères spécifiques ? De même, l'article 2 point c. définit la notion de fichier de données à caractère personnel comme : « ensemble structuré de données à caractère personnel accessible selon des critères déterminés. ». Selon cette définition, les données à caractère personnel qui ne sont pas automatisées et qui ne font pas partie d'un fichier seront donc exclues du champ d'application de la Directive. L'article 2 b de la Directive considère comme traitement de données personnelles, « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et applicables à des données personnelles ». Dans ce cas, donc, les données à caractère personnel entrent dans le champ d'application de la Directive, même s'ils ne font pas partie d'un fichier.

Concernant le caractère personnel de l'information, on constate que la Directive considère comme donnée personnelle : « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ». Est réputée identifiable selon la Directive : « une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, physique, économique, culturel ou sociale ». Il ressort du considérant 14 que les images vidéo et le son font également partie de cette catégorie. L'article 2 point b. prévoit que la Directive s'applique à la fois aux traitements automatisés ou non et la Directive ne fait pas de distinction entre les traitements privés et publics. Au contraire, les lois nationales ont souvent pris en considération les traitements automatisés et font une distinction entre privé et public. Pour veiller à l'application de ces règles, la Directive comme les lois nationales annoncent un ensemble de garanties aux personnes concernées par le traitement des données.

### **b Droits des personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel**

Les droits des personnes concernées sont les fondements de la notion de protection des données. Ce sont le droit à l'information (articles 10 et 11), le droit d'accès (article 12), le droit de rectification (articles 6-d et 12 b), le droit d'opposition (article 14), le droit de ne pas être soumis à des décisions de caractère automatique (article 15) et le droit au recours juridique (article 22). C'est à travers le droit à l'information et le droit d'accès que la

personne accède aux informations qui la concernent directement et qui sont objet d'un traitement.

Ces droits et principalement le droit à l'information sont essentiels pour permettre aux personnes concernées de savoir quelles données les concernant sont traitées, par qui et à quelles fins. Ils représentent un moyen de contrôle qui s'appuie sur l'information complète des personnes fichées et sur la mise en place d'une autorité de contrôle. Cette information sera essentiellement organisée au moment de la collecte (considérant 38). Ce sont les articles 10 — lorsque les informations sont recueillies auprès de la personne elle-même — et 11 — lorsque les informations sont collectées auprès d'un tiers. Les informations qui doivent être communiquées doivent contenir l'identité du responsable et les finalités du traitement. De son côté, l'existence du droit d'accès est considérée comme une information supplémentaire ; il n'est communiqué que si ces informations supplémentaires sont nécessaires pour « assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données ». Le droit d'accès est réglementé par l'article 12 de la Directive.

Le droit d'accès aux données fait partie de ce droit à l'information<sup>1</sup>. Il le complète et, si besoin, il doit garantir le droit à la rectification ou à l'effacement des données. Toute personne a le droit d'obtenir la communication des données, l'objet du traitement et leur origine, la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées, des informations sur les finalités du traitement, selon les cas la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la Directive<sup>2</sup>. Les individus peuvent s'opposer au traitement s'ils peuvent faire valoir des intérêts légitimes et des raisons prépondérantes à certains traitements<sup>3</sup>. Ces droits peuvent être limités (art 13) lorsque cette limitation est nécessaire pour des raisons de sécurité publique, de sûreté de l'État, de défense ou dans des cas de poursuite pénales, pour garantir des intérêts économiques importants d'un des États membres et pour la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

Le système de protection repose essentiellement sur la création d'une autorité indépendante<sup>4</sup>, sur le contrôle *a posteriori* des traitements et le contrôle de la qualité des

---

<sup>1</sup> Section V (art 12) de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Article 12 point b de la Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Article 14 de la Directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Pour veiller à l'harmonisation des droits des États membres, l'article 29 de la Directive 95/46/CE institue : « le groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Les principales missions du groupe "Article 29" peuvent être résumées comme suit:

donner à la Commission un avis autorisé au nom des États membres sur les questions relatives à la

données traitées ; de l'autre, il impose des obligations au responsable du traitement et un ensemble de droits des personnes concernées.

### **c Le contrôle *a posteriori* et la qualité des données**

La Directive prévoit un régime de notification qui conduit à un contrôle *a posteriori* et à un contrôle préalable pour les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées. La Directive prévoit la possibilité d'envisager des simplifications ou même d'exonérer de la notification dans le cas où les traitements « ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées » ou quand le responsable du traitement désigne un « détaché » qui est chargé de garantir que les traitements ne présentent pas de danger pour les droits des individus<sup>1</sup>. C'est l'exonération de la notification qui peut être inquiétante. En effet, sans la notification, les droits d'informations (finalités des traitements, catégories de données concernées, catégories des personnes concernées, les destinataires, des données et la durée de conservation...) ne sont plus garantis et l'exercice des droits des personnes concernées par le traitement ne sera pas facilité. La Directive a laissé aux États membres le soin de définir les catégories de traitements bénéficiant soit d'une simplification soit d'une exonération de notification.

Concernant les principes relatifs à la qualité des données, les données doivent être traitées loyalement et licitement, pour des finalités déterminées, elles doivent être exactes et mises à jour, enfin elles ne peuvent être conservées sous une forme permettant l'identification de la personne concernée que pour la durée nécessaire à la réalisation des finalités. Ces

---

protection des données;

promouvoir l'application uniforme des principes généraux des Directives dans l'ensemble des États membres au moyen de la coopération entre les autorités de contrôle de la protection des données;

conseiller la Commission sur toute mesure communautaire ayant une incidence sur les droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la protection de la vie privée;

émettre des recommandations destinées au grand public et, en particulier, aux institutions communautaires sur toute question concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la protection de la vie privée dans la Communauté européenne.

Voir par exemple :

Avis 8/2004 sur l'information pour les passagers concernant le transfert des données PNR sur les vols entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique 30.09.2004Markt/11733/04/EN- WP 97 -

Avis 7/2004 sur l'insertion d'éléments biométriques dans les visas et titres de séjour en tenant compte de la création du système Européen d'information sur les visas (VIS)11.8.2004Markt/11487/04/EN- WP 96 -

<sup>1</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, «La directive 95/46CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données», in *RFD administrative* N°13 Janvier-février 1997, p. 125-138.

principes ont été complétés par des principes relatifs à la légitimation des traitements. Parmi eux se trouve le consentement : un traitement ne peut être effectué que si la personne a donné son consentement. Un traitement peut être considéré comme légitime s'il est nécessaire à la réalisation d'un intérêt légitime d'une autre personne que la personne concernée, lorsque les droits et intérêts de cette dernière ne prévalent pas. Le législateur communautaire s'est inspiré de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne de 1983 relative au recensement démographique: le juge a en effet développé le droit de la personnalité en reconnaissant un droit à l'autodétermination sur les données personnelles. La personne concernée doit avoir la faculté de manifester sa volonté avant même qu'un traitement de ses informations personnelles ne puisse avoir lieu. Ce principe du consentement a été admis dans la loi fédérale allemande de protection des données de 1990. La Directive communautaire reconnaît ce droit par l'article 2 point h qui considère le « consentement de la personne concernée»: comme «toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

Enfin, la Directive pose le principe de l'interdiction du traitement des données dites sensibles telles que celles relevant l'origine raciale, les opinions politiques ou l'appartenance syndicale <sup>1</sup>. Mais en même temps, le principe est accompagné d'un ensemble de dérogations à l'interdiction du traitement des données sensibles<sup>2</sup> : sous réserve de garantie appropriée, les États membres peuvent prévoir, pour « un motif d'intérêt public important », des dérogations autres que celles prévues par la Directive<sup>3</sup>.

L'élément principal du système de protection est l'indépendance de l'autorité de contrôle : « l'autorité exerce en toute indépendance les missions dont elle est investie »<sup>4</sup>. La Directive pose comme exigence principale que l'indépendance du ou des organismes chargés de surveiller l'application de la loi de transposition soit assurée. Cette autorité doit être dotée de vastes pouvoirs et de vastes moyens d'investigation, « tels que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à

---

<sup>1</sup> Pierre BISCHOFF, «L'Union européenne et la protection des données, La société de l'information à l'épreuve des droits de l'homme», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°142, septembre 1998, p. 537-543.

<sup>2</sup> Article 8 paragraphe 2 de la Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Selon le considérant 34 de la directive, les « motifs d'intérêt public importants» sont « la santé publique, la protection sociale, la recherche scientifique, les statistiques publiques».

<sup>4</sup> Directive 95/46/CE, article 28 paragraphe 1.

l'accomplissement de sa mission »<sup>1</sup>, des pouvoirs effectifs d'intervention et le droit d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire les violations des dispositions nationales prises en application de la Directive<sup>2</sup>. Les traitements des données personnelles doivent en général être notifiés à cette autorité de contrôle, mais limités à ceux qui « sont susceptibles de présenter des risques particuliers aux droits et libertés des personnes concernées » et doivent être soumis à un examen préalable. À l'inverse, ceux qui « ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées » peuvent ne donner lieu qu'à une déclaration simplifiée ou même être exonérés de toute formalité<sup>3</sup>. La notification peut être simplifiée s'il existe un détaché à la protection (origine allemande) des données chargé d'assurer l'application interne des principes de protection des données. Enfin, la Directive limite le champ d'application : elle ne s'applique pas en effet aux traitements de données à caractère personnel relatifs à des activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire. Ces dernières ne relèvent pas de la protection, ce qui peut donner lieu à des difficultés d'interprétation et à des cas d'exemption et de régimes dérogatoires entre les différents États membres.

La transposition de la Directive 95/46/CE par les États membres a apporté des améliorations substantielles à la protection des données au niveau national. Mais sa transposition a posé des problèmes dans les pays qui étaient déjà dotés d'une réglementation dans ce domaine : il n'était donc pas possible de faire abstraction de ce corpus juridique au moment d'y introduire la Directive européenne. C'est le cas de la France et de l'Allemagne, où il existait déjà une loi pour la protection des données personnelles depuis les années 70. La France n'a transposé la Directive qu'avec la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 modifiant la loi n° 78-18. L'Allemagne, qui disposait depuis le 21 février 1977 de la loi « portant protection contre l'emploi abusif de données d'identification personnelle dans le cadre du traitement de données », a transposé la Directive seulement avec la nouvelle loi du 18 mai 2001

---

<sup>1</sup> Directive 95/46/CE, article 28 paragraphe 3.

<sup>2</sup> La loi 78-18 ne confère pas à la CNIL un tel pouvoir ; au contraire, en matière d'enquête, la CNIL ne dispose actuellement que de la faculté de faire des vérifications sur place et de faire effectuer des missions d'investigation et de contrôle par des magistrats.

<sup>3</sup> G.BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La documentation Française, Paris, 1998 p.291.

(*Bundesdatenschutzgesetz*)<sup>1</sup>. Au contraire, pour les pays qui n'étaient pas encore dotés d'une telle loi comme l'Italie et la Grèce, la transposition s'est révélée plus facile et plus rapide.

La Directive touche des questions qui échappent à la compétence de l'Union européenne : libertés publiques, sécurité publique, sûreté de l'État et défense, droit pénal. Elle pose en principe dans son considérant 10 que le rapprochement des législations nationales « ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elle assure, mais doit au contraire avoir comme objectif un niveau élevé de protection dans la Communauté ». Si la Directive oblige les États membres à prendre les mesures pour transposer la Directive, rien n'est prévu pour les institutions communautaires, même si la Commission et le Conseil se sont engagés lors de l'adoption de la Directive 95/46/CE à la respecter. L'absence d'une protection des données à caractère personnel au niveau des institutions communautaires est incompatible avec l'engagement de la Communauté en matière de sauvegarde des droits fondamentaux. Les institutions communautaires traitent couramment les données à caractère personnel dans le cadre de leurs activités. La Commission échange des données à caractère personnel avec les États membres dans le cadre de la politique agricole commune, des fonds structurels, du régime douanier et d'autres politiques communautaires. Comme les États membres ont l'obligation, en vertu de la Directive, de veiller scrupuleusement, lorsque ces derniers envisagent de transférer des données à caractère personnel, à ce que le destinataire soit lui aussi en mesure d'assurer un niveau de protection adéquate<sup>2</sup>, il était donc nécessaire, pour éviter que les institutions et organes communautaires puissent se voir opposer un refus de la part des États membre lors d'une demande de transfert de données, que l'Union européenne prenne des mesures afin de garantir le respect des prescriptions de la Directive 95/46/CE. La Commission a donc déclaré publiquement qu'elle prenait l'engagement de soumettre les propositions ou mesures nécessaires pour assurer la protection des données au sein des institutions et organes communautaires et d'appliquer entre temps les principes de la Directive<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La loi de 1977 a été modifiée une première fois par la loi fédérale de protection des données du 20 décembre 1990 et amendée par la loi du 14 septembre 1994. La nouvelle loi fédérale de protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz*) a été adoptée le 18 mai 2001, publiée au Journal officiel (*Bundesgesetzblatt I Nr. 23/2001*, p. 904) le 22 mai 2001 et est entrée en vigueur le 23 mai 2001. Tous les *Länder* se sont dotés d'une nouvelle loi pour la protection des données; ces lois s'appliquent uniquement au secteur public des *Länder* respectifs.

<sup>2</sup> Cf. Directive 95/46/CE, article 25, paragraphe 2 alinéa 6.

<sup>3</sup> COM (90) 314 fin du 13.9.1990, p. 75.

## **B La protection des données à caractère personnel par les institutions communautaires**

L'engagement public de la Commission a pris un caractère obligatoire avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam. La question de l'application des règles sur la protection des données aux institutions communautaires a été soulevée lors de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam, par les gouvernements grec et néerlandais. A l'issue des négociations, la conférence intergouvernementale d'Amsterdam est parvenue à consacrer la protection des données applicables aux instances européennes dans le Traité CE avec le nouvel article 286 TCE (modifié par le Traité d'Amsterdam) qui fait obligation aux institutions de l'Union européenne d'instaurer des garanties appropriées pour le traitement des données à caractère personnel effectué par les institutions et organes communautaire<sup>1</sup>.

Le 14 juillet 1999, la Commission présenta une proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel effectués par les institutions et organes de la Communauté européenne et à la libre circulation de ces données<sup>2</sup>. Le Règlement a été adopté le 18 décembre 2000<sup>3</sup> (ci-après Règlement (CE)45/2001). Il prévoit notamment l'établissement, au niveau de l'Union européenne, d'une autorité de contrôle indépendante, à savoir, le Contrôleur européen de la protection des données conformément à l'article 28 de la Directive 95/46/CE<sup>4</sup>. L'examen du contenu de ce Règlement et l'application par les institutions et organes communautaires permettent de mettre en évidence l'importance de l'accès à l'information dans la protection des données à caractère personnel (1). Si les mesures d'information et de contrôle sont importantes, on ne peut que constater que les institutions n'ont pas hésité à faire un usage détourné des règles sur la protection des données (2).

---

<sup>1</sup> Article 286 TCE: «à partir du 1er janvier 1999, les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent Traité ou sur la base de celui-ci».

<sup>2</sup> JOCE C376 E du 28.12.1999, p. 24-37 (CELEX).

<sup>3</sup> Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données *Journal officiel n° L 008 du 12/01/2001 p. 0001 - 0022* JOCE, n° L 8 du 12 janvier 2001, pp. 1-22.

<sup>4</sup> L'article 28 de la directive impose à chaque État membre l'institution d'une autorité de contrôle indépendante, chargée de surveiller l'application de la directive dans les États membres .



## **1 L'importance de l'accès à l'information garanti par le Règlement 45/2001/CE dans la protection du traitement de données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires**

L'entrée en vigueur du Règlement (CE) 45/2001 a des implications juridiques importantes sur le fonctionnement institutionnel et administratif communautaire. Le Règlement oblige toutes les institutions d'assurer « la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et notamment de leur vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel »<sup>1</sup>. Dans cette logique a été créé le Contrôleur européen de la protection des données<sup>2</sup> qui doit contrôler que les dispositions du Règlement sont appliquées correctement par les institutions et organes communautaires<sup>3</sup>. En même temps, un ensemble de droits garantis permettent à la personne concernée de contrôler l'utilisation des données par les institutions. Ainsi, dans un premier temps, il est nécessaire de tenir compte des droits garantis à la personne concernée lors du traitement des données à caractère personnel (a). Dans un deuxième temps, l'examen du rôle du contrôleur européen (b) permettra de compléter le système de contrôle et d'information prévu par la Directive.

### **a Les droits garantis à la personne concernée**

Comme le fait déjà la Directive 95/46/CE, le Règlement fait une distinction entre les conditions générales de licéité et de légitimité des traitements de données à caractère personnel, et les catégories particulières de données qui au contraire sont sujet à des règles particulières. Concernant les conditions générales qui rendent légitime un traitement, le Règlement énonce plusieurs principes. Le premier est le principe relatif à la qualité des données selon lequel le responsable du traitement doit impérativement respecter la qualité des données<sup>4</sup>. Il est suivi par le principe de la licéité du traitement<sup>5</sup>. En dehors de ces principes qui

---

<sup>1</sup> Article 1 paragraphe 1 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>2</sup> Aide dans cette tâche conformément à l'article 24 de la directive (CE) 45/2001/CE par les délégués à la protection des données désignés par chaque institution et organe communautaires.

<sup>3</sup> Article 41 paragraphe 1 et 2 Règlement (CE) 45/2001/CE.

<sup>4</sup> Ce qui, selon l'article 4 paragraphe 1, signifie, pour assurer la qualité des données, que les données doivent être traitées loyalement, licitement, collectées pour des finalités déterminées, être adéquates, exactes, conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées.

<sup>5</sup> Le caractère licite du traitement signifie selon le Règlement (CE) 45/2001/CE article 5 paragraphe 1 points a, b, c, d, e) que le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public, ou nécessaire au respect d'une obligation légale, que le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée et que la personne a indubitablement donné son consentement.

s'appliquent au traitement « commun », le Règlement vise expressément les catégories particulières de traitement<sup>1</sup>. Cela concerne des données particulières qui sont, selon la définition donnée par le Règlement, laquelle correspond exactement à celle de la Directive 95/46/CE, les données qui révèlent « l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé ou à la vie sexuelle »<sup>2</sup>. L'ensemble de ces données ne peut faire objet d'un quelconque traitement : le Règlement affirme que ces traitements sont « interdits »<sup>3</sup>. Mais en même temps, le Règlement (CE) 45/2001, comme dans toute réglementation, pose un ensemble d'exceptions ou de limitations qui doivent permettre aux institutions et organes de passer outre à l'interdiction sous réserve que cela soit justifié par des intérêts particuliers.

Le traitement est autorisé si la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, s'il est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée, ou s'il existe un motif d'intérêt public important<sup>4</sup>. En dehors de ces principes, le Règlement prévoit des mesures d'informations de la personne concernée. Ces droits d'informations peuvent être distingués en deux groupes : le premier regroupe les droits fournis au moment de la collecte et donc concerne la communication d'informations sur la finalité du traitement, l'identité du responsable, le délai de conservation, etc. et cela, indépendamment du fait que les données ont été collectées auprès de la personne concernée ou non<sup>1</sup>. Une deuxième catégorie de droits d'informations est constituée par les droits d'accès de rectification, de verrouillage, d'effacement et d'opposition qui permettent à la personne concernée de contrôler l'exactitude des informations détenues par le responsable sur elle.

Le droit d'accès à l'information permet à la personne concernée d'être informée à tout instant : ce droit est en effet protégé par le droit de saisir à tout moment le Contrôleur européen de la protection des données. Le Règlement reprend les dispositions de la Directive 95/46/CE, mais développe ultérieurement les droits de la personne concernée en cas de collecte de données auprès d'elle et lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée. En effet, le responsable du traitement doit fournir toute information supplémentaire telle que « la base juridique du traitement auquel les données sont destinées,

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) 45/2001/CE. Article 10 paragraphe 1.

<sup>2</sup> Article 10 paragraphe 1 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>3</sup> Article 10 paragraphe 1 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>4</sup> Pour l'ensemble des exceptions, voir article 10 paragraphe 2 points a). à e)., paragraphes 3 à 6.

les délais de conservation des données et le droit de saisir à tout moment le contrôleur de la protection des données », ce type d'informations n'étant pas prévu par la Directive 95/46/CE<sup>2</sup>. La portée de ces droits d'information se trouve néanmoins limitée par la possibilité de reporter l'information aussi longtemps qu'il est nécessaire à des fins statistiques dans le cas où les données sont collectées auprès de la personne concernée et pour «des finalités statistiques ou de recherche historique et scientifique » lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée<sup>3</sup>. La communication a lieu dès que la raison pour laquelle elle ne l'a pas été cesse d'exister.

Concernant le droit d'accès aux informations de la personne concernée, le Règlement précise que la personne concernée dispose d'un droit d'obtenir la communication sous une forme intelligible des données faisant l'objet des traitements, le droit d'obtenir la rectification lorsque les données sont inexacts ou incomplètes, le verrouillage lorsque leur exactitude est contestée par la personne concernée, et l'effacement lorsque le traitement est illicite. Elle a aussi le droit d'obtenir que soit notifié aux tiers auxquels les données ont été communiquées tout rectification, effacement ou verrouillage<sup>4</sup>.

Le Règlement prévoit conformément à la Directive 95/46/CE un droit d'opposition de la personne concernée pour des raisons « impérieuses et légitimes tenant à sa situation particulière »<sup>5</sup>. La définition de verrouillage des données donnée par le Règlement est plus précise que celle de la Directive 95/46/CE. Selon le Règlement, en effet, les données à caractère personnel sont verrouillées lorsqu'elles ne sont plus utiles au responsable du traitement, lorsque « leur traitement est illicite » et que la personne concernée « s'oppose à leur effacement et exige à leur place leur verrouillage »<sup>6</sup>. « La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données si leur traitement est illicite (...)».

Comme déjà pour la catégorie particulière de données, le Règlement (CE) 45/2001 prévoit un ensemble d'exceptions et de limitations qui permettent aux institutions et organes

---

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 45/2001: section 4 “*Information de la personne concernée*” et section 5 “*Droits de la personne concernée*”.

<sup>2</sup> Article 11 §1point f. du Règlement ( CE) 45/2001.

Dans le cas où les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée, le Règlement prévoit en plus de la directive les informations supplémentaires telles qu'elles sont déjà prévues par l'article 11 du Règlement.

<sup>3</sup> Article 11 paragraphe 2 et article 12 paragraphe 2 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>4</sup> Articles 13 à 17 du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>5</sup> Article 18 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>6</sup> Article 15 paragraphe 1, points b,c Règlement (CE) 45/2001.

communautaires de restreindre les droits de l'intéressé « pour assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales; sauvegarder un intérêt économique ou financier important d'un État membre ou des Communautés européennes » ou pour « protéger les droits de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui »<sup>1</sup>. D'une façon générale, le droit d'accès, ainsi que le droit de rectification, de verrouillage et d'effacement ne s'appliquent pas quand les données sont traitées « exclusivement aux fins de la recherche scientifique » sous « réserve qu'il n'existe manifestement aucun risque d'atteinte à la vie privée de la personne concernée, et que des garanties juridiques appropriées empêchent l'utilisation des données »<sup>2</sup>. Pour garantir que ces principes soient appliqués par toutes les institutions et organes communautaires, le Règlement prévoit la désignation dans chaque institution et organe d'un «délégué à la protection des données »<sup>3</sup>.

Le délégué à la protection des données veille à ce que le traitement ne risque pas de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées. Ainsi, il est amené à remplir trois fonctions : premièrement, veiller à ce que les responsables du traitement et les personnes concernées soient informés de leurs droits et obligations au titre du règlement à l'étude; deuxièmement, assurer, d'une manière indépendante, l'application interne des dispositions du présent règlement, et troisièmement collaborer avec le Contrôleur européen. Le règlement a doté le délégué d'un statut lui permettant de remplir en toute indépendance sa fonction, il est nommé pour une période de deux à cinq ans renouvelable, mais ne pouvant dépasser les dix ans<sup>4</sup>. Ainsi, le délégué à la protection devient le principal interlocuteur à l'intérieur de l'institution ou organe communautaire. Avant d'entreprendre un traitement, le responsable du traitement doit informer le délégué à la protection des données en lui communiquant le nom et l'adresse du responsable du traitement, la ou les finalité(s) du traitement, une description de la ou les catégorie(s) de données et de personnes concernées, la base juridique, les transferts de données envisagés, etc. Pour la personne concernée, le délégué à la protection des données est aussi une source d'informations, étant donné que ce dernier doit tenir un registre des traitements notifiés en vertu de l'article 25 et que toute personne peut consulter le registre directement ou indirectement par l'intermédiaire du contrôleur européen à la protection des

---

<sup>1</sup> Article 20 paragraphe 1 points a, b et c Règlement (CE) 45/2001.

<sup>2</sup> Article 20 paragraphe 2 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>3</sup> Article 24 paragraphe 1 Règlement (CE) 45/2001.

<sup>4</sup> Après la nomination du délégué à la protection des données, le nom de ce dernier est communiqué au contrôleur européen de la protection des données par l'institution ou l'organe communautaire qui l'a désigné, voir article 24 paragraphes 4 et 6 du Règlement (CE) 45/2001.

données<sup>1</sup>. Le registre contient au minimum les informations que le responsable du traitement a communiquées au délégué à la protection des données avant d'entreprendre un traitement<sup>2</sup>. La personne concernée dispose de la possibilité de saisir le Contrôleur européen de la protection des données.

### **b Le contrôle du traitement des données à caractère personnel par le Contrôleur**

Le Règlement, sur le modèle de la Directive 95/46/CE<sup>3</sup>, institue une autorité de contrôle indépendante dénommée : « Contrôleur européen de la protection des données »<sup>4</sup>. Le Contrôleur est chargé de veiller « à ce que les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment leur vie privée, soient respectés par les institutions et organes communautaires », mais aussi de « surveiller et d'assurer l'application des dispositions du présent Règlement et de tout autre acte communautaire concernant la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel effectués par une institution ou un organe communautaire (...) »<sup>5</sup>. Il exerce ses fonctions en toute indépendance et ne doit solliciter ni accepter d'instruction de quiconque<sup>6</sup>.

On peut distinguer deux catégories de fonction du Contrôleur: la première est la fonction de contrôle. Le Contrôleur examine les réclamations et informe la personne concernée des résultats de son examen, effectue des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit sur la base d'une réclamation, contrôle l'application du présent Règlement et de tout autre acte communautaire relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel par une institution ou un organe communautaire, à l'exclusion de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'exercice de ses fonctions

---

<sup>1</sup> Voir article 26 du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>2</sup> Voir article 25 paragraphe 2, points a) à g) du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>3</sup> Voir article 28 de la Directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Ce sont le Parlement européen et le Conseil qui nomment d'un commun accord le Contrôleur européen pour une durée de cinq ans, sur la base d'une liste établie par la Commission à la suite d'un appel public à candidature. Le choix du Contrôleur devra se faire parmi les personnes offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétence pour l'accomplissement des fonctions de Contrôleur européen de la protection des données, voir article 42 paragraphes 1 et 2 du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>5</sup> Article 41 paragraphes 1 et 2 du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>6</sup> Article 44, paragraphes 1 et 2 du Règlement (CE) 45/2001.

juridictionnelles (et donc aussi du T P I)<sup>1</sup>. Enfin, le Contrôleur, conformément à l'article 20 de la Directive 95/46/CE, doit effectuer un contrôle préalable des traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées<sup>2</sup>. Sont considérés comme tels les traitements « relatifs à la santé (...), les traitements destinés à évaluer des aspects de la personnalité des personnes concernées (...), les traitements permettant des interconnexions non prévues en vertu de la législation nationale ou communautaire (...) ou les traitements visant à exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat »<sup>3</sup>. Pour garantir l'efficacité du pouvoir de contrôle, le Règlement habilite le Contrôleur à obtenir du responsable du traitement, d'une institution ou d'un organe communautaire l'accès à toutes les données à caractère personnel et à toute information nécessaire à ses enquêtes, mais aussi à obtenir l'accès à tous les locaux dans lesquels un responsable du traitement ou une institution et organe exerce ses activités. Les institutions et organes communautaires sont donc obligés d'informer, de coopérer et de répondre aux allégations du Contrôleur. Le Règlement (article 33) prévoit aussi le droit du personnel des Communautés de présenter directement une réclamation au Contrôleur européen de la protection des données dans le cas d'une violation alléguée des dispositions du présent Règlement et donc sans passer par les voies officielles prévues par le statut des fonctionnaires des Communautés européennes<sup>4</sup>. Alors que les voies officielles nécessitent l'épuisement préalable de la procédure précontentieuse prévue à l'article 90 paragraphe 2 du statut, le Règlement permet donc de présenter la réclamation directement devant le Contrôleur européen.

La deuxième catégorie de fonctions du Contrôleur est la fonction de conseil : il adresse des avertissements au responsable du traitement, il ordonne la rectification, le verrouillage, la destruction, l'interdiction temporaire ou définitive d'un traitement, il saisit la CJCE et intervient dans les affaires portées devant la Cour de justice des Communautés européennes<sup>5</sup>. Le Contrôleur en effet conseille d'une part les personnes dans l'exercice de leurs droits, comme l'ensemble des institutions et organes communautaires (sauf CJCE dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles) pour toutes les questions concernant le traitement

---

<sup>1</sup> Article 46 points a) à k) du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>2</sup> Article 27, paragraphes 1 et 2 du (CE) 45/2001.

<sup>3</sup> Article 27 paragraphe 2 points a) à d) du (CE) 45/2001.

<sup>4</sup> C'est le Règlement (CECA, CEE, Euratom) n° 259/68 du Conseil fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés ; JOCE n° L 56 du 4 mars 1968.

<sup>5</sup> Voir article 47, paragraphe 1, points a) à h), du Règlement (CE) 45/2001.

de données à caractère personnel. Enfin le Contrôleur doit établir un rapport annuel sur ses activités qu'il adresse au Parlement européen, au Conseil et à la Commission et qu'il publie parallèlement. Ainsi, le Règlement a répondu de façon positive à la critique faite au système institutionnel communautaire dans les années 90, selon laquelle les décisions prises ne l'étaient pas dans la transparence. Le Règlement fait donc progresser la transparence et, de plus, fait du respect des libertés et des droits fondamentaux un « élément prégnant du processus d'intégration communautaire »<sup>1</sup>.

Mais comme tout texte législatif, son application dépend de l'interprétation qu'on lui donne. Depuis l'entrée en vigueur de la Directive 95/46/CE, puis du Règlement (CE) 45/2001, on constate que les règles sur la protection des données ont été détournées par les institutions communautaires de leur but légitime d'assurer le respect des droits des personnes à la vie privée, et sont au contraire utilisées de façon à mettre en question le principe de transparence dans les activités publiques des institutions communautaires, garanti pourtant par le Règlement (CE) 1049/2001<sup>2</sup>.

## **2 Usage détourné par les institutions des règles sur la protection des données à caractère personnel**

Le Médiateur a dénoncé l'usage détourné de la part du Parlement européen (a) et de la Commission (b) des règles sur la protection des données à caractère personnel, permettant de limiter le principe général de la transparence qu'ils sont pour autant obligés de respecter.

---

<sup>1</sup> P.A. FERAL, «Un pas supplémentaire vers la reconnaissance et la protection d'un droit fondamental dans l'Union européenne», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 450, juillet - août 2001 p. 474485, p. 485.

<sup>2</sup> Le Médiateur européen, Lettres et Notes, Usage détourné des règles sur la protection des données dans l'Union européenne, [Http:// www.euro-ombudsman.eu.int/lettres/fr/20020925-1.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/lettres/fr/20020925-1.htm) Voir aussi dans ce sens le Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la plainte 713/98/IJH. Rapport disponible sur le site [Http:// WWW.euro-ombudsman.eu.int](http://WWW.euro-ombudsman.eu.int).

## **a L'usage détourné par le Parlement européen des données à caractère personnel**

Dans le rapport spécial du Médiateur européen à l'intention du Parlement européen consécutif au projet de recommandation au Parlement européen<sup>1</sup>, le Médiateur européen a dénoncé l'utilisation de la protection des données à caractère personnel pour compromettre le droit d'accès aux documents des Communautés européennes. Le rapport met en évidence que le Parlement européen, en refusant de communiquer au plaignant qui a participé à un concours général les noms des lauréats du concours, ne serait pas conforme au principe général de transparence auquel l'Union s'est engagée et qui est reconnu comme tel par le Traité sur l'Union européenne<sup>2</sup>. Le plaignant ayant demandé d'obtenir le noms des lauréats du concours organisé par le Parlement européen s'est vu refuser l'accès à ces noms parce que cela serait contraire à la réglementation en matière de protection des données<sup>3</sup>. Selon le Parlement européen, la liste de noms ne peut être communiquée aux non-lauréats sans porter atteinte aux constitutions des États membres et aux droits des citoyens reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par ailleurs, selon l'avis du concours, seuls les candidats lauréats sont informés individuellement des résultats et reçoivent la liste d'aptitude issue du concours. Le nom d'une personne figurant sur une liste de candidats lauréats constitue donc une information privée que le Parlement est tenu, en vertu du

---

<sup>1</sup> Concernant la plainte 341/2001/(BB) IJH

<sup>2</sup> Article 1 Traité sur l'Union européenne.

<sup>3</sup> La plainte a été déposée par une personne ayant participé au concours général EUR/C/153/98 pour dactylographes de langue finnoise. Le 7 novembre 2000, elle a été informée du fait qu'elle n'avait pas obtenu des résultats suffisants pour intégrer la liste de réserve dans la mesure où il ne figurait pas parmi les 32 meilleurs candidats. Le 7 janvier 2001 le plaignant demandait au Parlement européen quelle qualification lui manquait, combien d'hommes figuraient parmi les 32 meilleurs candidats et combien de personnes sans emploi faisaient partie de la liste de réserve. Le Parlement européen, par son chef d'unité de la DG5, a répondu à la première question en communiquant les résultats du plaignant; en réponse à la deuxième question, le chef d'unité affirmait uniquement que les hommes ne faisaient l'objet d'aucune discrimination. Concernant la troisième question, le chef d'unité a fait savoir qu'il n'était pas en mesure de fournir des données à caractère personnel d'autres participants, ce qui serait contraire à la réglementation en matière de protection des données. Le plaignant a reformulé sa demande le 15 février en demandant d'être informé sur le nombre d'hommes figurant parmi les 32 candidats retenus et a également demandé les noms des 32 candidats de la liste de réserve ainsi que leurs résultats. Le 22 février le chef d'unité informait le plaignant que 6,25% des candidats figurant dans la liste de réserve étaient des hommes, mais en même temps il affirmait qu'il devait garantir la protection des données à caractère personnel de chaque candidat. Ce qui signifiait que le Parlement européen refusait de communiquer les



Règlement (CE) 45/2001, de traiter de manière licite. Au sens du Règlement susmentionné<sup>1</sup>, la publication du nom d'un candidat lauréat d'un concours est donc réputée licite uniquement lorsque la personne en question a donné son consentement explicite à cette publication. Enfin, selon le Parlement européen, le Règlement 1049/2001 concernant l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission<sup>2</sup> stipule expressément que le principe d'accès aux documents ne peut porter atteinte à la protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, en conformité notamment avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel. Néanmoins, le Parlement a affirmé que parce que les concours étaient désormais organisés dans le cadre de l'Office de sélection du personnel des Communautés européennes, un accord avait été signé par les secrétaires généraux des institutions en vue de la publication des listes des candidats lauréats dans le Journal officiel et que donc une procédure différente ne pourrait se justifier<sup>3</sup>. Mais le Parlement n'a pas indiqué qu'il changerait ses pratiques<sup>4</sup>.

Des questions se posent sur le raisonnement du Parlement européen. Premièrement, pourquoi empêcher la communication des noms des lauréats aux participants du concours, alors que cette liste est par ailleurs affichée sur les panneaux d'information des bâtiments de l'institution concernée, et peut donc être consultée par quiconque a accès aux bâtiments du Parlement, y compris les visiteurs ? Deuxièmement, comme l'affirmait le Médiateur, le Parlement européen fait une interprétation erronée du chapitre du droit communautaire relatif à la protection des données. En vertu du Règlement (CE) 45/2001, « le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public sur la base des Traités instituant les Communautés européennes ou d'autres actes législatifs adoptés sur la base de ces Traités ou relevant de l'exercice légitime de l'autorité publique dont est investi l'institution ou l'organe communautaire(...)»<sup>5</sup>. Puisque le Parlement s'est engagé à faire preuve de transparence en matière de recrutement, le Médiateur considère que le Parlement exercerait ses compétences officielles de manière légitime s'il décidait que les noms des candidats lauréats des concours seraient publiés et que les candidats seraient informés de ce

---

noms et résultats des 32 meilleurs candidats. Le 7 mars 2001 le plaignant a déposé une plainte auprès du Médiateur.

1 Règlement (CE) 45/2001/CE, article 5 paragraphe d.

2 Règlement 1049/2001/CE, article 4, paragraphe 1, alinéa b.

<sup>3</sup> Cette procédure s'applique depuis septembre 2002.

<sup>4</sup> Voir l'avis circonstancié du Parlement européen, in Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen consécutif au projet de recommandation au Parlement européen concernant la plainte 341/2001/(BB) IJH, <http://www.euro-ombudsman.eu.int/special/pdf/fr/010341.pdf>.

5 Règlement 45/2001/CE, article 5.

fait par l'avis de concours. Une telle décision garantirait un traitement à la fois loyal et licite des données à caractère personnel en question<sup>1</sup>.

### **b L'usage détourné par la Commissions des données à caractère personnel**

En dehors du Parlement européen, la Commission a-t-elle elle aussi fait une utilisation détournée des règles sur la protection des données dans l'Union européenne dans le but de restreindre le droit d'accès ? La Commission européenne a en effet invoqué la protection des données à caractère personnel pour défier une résolution du Parlement européen concernant le refus de la Commission de fournir des informations sur l'identité de personnes ayant influencé une enquête en vertu de l'article 226<sup>2</sup>. Sans rentrer dans les détails de l'affaire, le plaignant a demandé, en vertu de la décision 94/90 de la Commission concernant l'accès du public aux documents, à avoir accès aux documents versés au dossier P/93/4490/UK par onze sociétés et organisations et par trois catégories définies de personnes ou d'entreprises<sup>3</sup>. La Commission a rejeté la demande et refusé une demande de confirmation. Le 8 juillet 1998, le plaignant a adressé une plainte au Médiateur concernant ce refus. L'enquête menée par le Médiateur a fait apparaître que, selon la Commission, la Directive sur la protection des données à caractère personnel (95/46/CE) l'empêchait de divulguer l'identité des personnes concernées sans leur autorisation expresse, mais qu'en même temps elle était disposée à demander aux personnes concernées l'autorisation de communiquer leurs noms et qu'elle informerait le Médiateur des réponses obtenues. Selon le Médiateur, au contraire, la Directive 95/46/CE n'empêche pas la Commission de fournir les informations en question sans avoir préalablement obtenu le consentement des personnes concernées. Le plaignant, n'ayant par la suite obtenu qu'un accès partiel à l'information, a informé le Médiateur qu'il n'était pas satisfait des informations<sup>4</sup>.

Le Médiateur a alors demandé des explications à la Commission sur sa position juridique, en vertu de laquelle la Directive sur la protection de données à caractère personnel

---

<sup>1</sup> Conformément à l'article 4 du Règlement (CE) 45/2001.

<sup>2</sup> Article 226: « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. »

<sup>3</sup> En 1993, le directeur de la Bavarian Lager Company Ltd 1998 a adressé une plainte à la Commission sous le numéro P/93/4490/UK.

<sup>4</sup> La Commission a par la suite informé le Médiateur qu'elle avait écrit aux personnes concernées pour leur demander l'autorisation de dévoiler leur identité au plaignant. Sur un total de 45 lettres envoyées, la Commission a reçu 20 réponses, dont 14 positives.

l'empêcherait de divulguer l'identité des personnes concernées sans leur autorisation expresse et quelle disposition de la Directive impose l'obligation de secret dans cette affaire<sup>1</sup>. Selon la Commission, les données demandées par le plaignant sont considérées comme des données à caractère personnel au sens de la Directive 95/46/CE qui, en vertu du traité TCE<sup>2</sup> s'applique également à la Commission; cette Directive exige que la personne concernée « donne indubitablement son consentement »<sup>3</sup>. Cette interprétation semble être trop simpliste. En effet, selon le Médiateur, l'article premier de la Directive définit son objet comme étant la protection « des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». L'information fournie à une autorité administrative par une personne qui prend part à une procédure administrative ne peut être considérée comme une « donnée à caractère personnel » relative à la personne du seul fait qu'elle a communiqué cette information. Autrement, on pourrait dire qu'il existe un droit fondamental de fournir des informations à une autorité administrative en secret, ce qui n'est pas le cas<sup>4</sup>.

L'interprétation donnée par la Commission fait prévaloir la protection des données à caractère personnel sur le principe selon lequel les décisions doivent être prises de la manière la plus transparente possible par la jurisprudence des tribunaux communautaires<sup>5</sup> et par l'article premier du Traité sur l'Union européenne<sup>6</sup>. Finalement, l'interprétation effectuée par la Commission de l'article 7 de la Directive 95/46/CE s'est limitée au seul point a) alors que l'article en question prévoit six points permettant d'autoriser le traitement y compris la transmission des données à caractère personnel.

Selon le Médiateur, dans son projet de recommandation adressé à la Commission<sup>7</sup>, trois des alinéas peuvent être applicables à la communication au public par la Commission d'informations lui ayant été communiquées dans l'exercice de l'une de ses fonctions. C'est le

---

<sup>1</sup> Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la plainte 713/98/IJH, p.3 <http://www.euro-ombudsman.eu.int/special/pdf/fr/010341.pdf>.

<sup>2</sup> TCE, article 286CE.

<sup>3</sup> Directive 95/46/CE, article 7, a.

<sup>4</sup> Ibid, p. 5

<sup>5</sup> Principe qui est affirmé à plusieurs reprises dans la déclaration n° 17 sur le droit d'accès à l'information annexée à l'acte final du Traité de Maastricht, par la jurisprudence des tribunaux communautaires. Voir, par exemple l'affaire C-58/94, Pays-Bas/Conseil ( 1996) Rec. I-2169.

<sup>6</sup> L'article premier §2 affirme que « Le présent Traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens».

<sup>7</sup> Conformément à l'article 3, paragraphe 6 du statut du Médiateur européen.

cas par exemple si le traitement est nécessaire « — au respect d'une obligation légale»<sup>1</sup>, « — à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique »<sup>2</sup>, dans la mesure où le Traité de l'Union européenne établit que l'ouverture est une obligation incombant aux institutions communautaires. C'est le cas également quand le traitement est nécessaire « — à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiqués »<sup>3</sup>, dans la mesure où le fait de donner ou d'avoir accès à l'information officielle figure parmi les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement et les tiers, respectivement<sup>4</sup>.

Néanmoins, la Commission a maintenu son point de vue selon lequel le consentement de la personne concernée est nécessaire pour autoriser la communication de données à caractère personnel dans ce type d'affaires. Selon la Commission, en ce qui concerne l'application de l'article 7, point f), « les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée, notamment de sa vie privée, prévalent sur l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement et le ou les tiers auxquels les données sont communiquées si le consentement de la personne concernée n'est pas obtenu ». Il est certain que les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée doivent être respectés, mais, comme l'affirme justement le Médiateur, il n'existe pas de droit fondamental concernant la communication sous le sceau du secret d'informations à une autorité administrative. De plus, ni la Directive 95/46/CE, ni le Règlement 45/2001 n'exigent que la Commission garde secrets les noms des personnes qui lui communiquent des opinions ou des informations concernant l'exercice de ses fonctions.

En dehors de ces quelques cas constatés d'une interprétation non conforme de la réglementation relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, les institutions se sont bornées à reconnaître ce droit et à appliquer à leurs institutions et organes ces principes. Au niveau des États membres, la transposition de la Directive se révèle plus délicate : la Directive communautaire ne permet pas une harmonisation complète dans le domaine de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, car le champ d'application matérielle de la Directive (article 3) est délimité. Ainsi, sont exclus du champ d'application de la Directive les matières qui ne relèvent pas du droit

---

<sup>1</sup> Article 7 point c. Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Article 7 point d. Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Article 7 point f. Directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Ibid. Rapport spécial du Médiateur européen, ob. cit. Plainte 713/98/IJH, p. 6.

communautaire (article 3 alinéa 2), en particulier la politique étrangère et de sécurité commune ; la justice et les affaires intérieures, ainsi que tous les traitements qu'on peut qualifier de « traitements de souveraineté » parmi lesquels : « la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal ». La transposition de la Directive pose des problèmes qui varient selon plusieurs facteurs ; ces facteurs sont d'une part l'existence ou non d'une législation sur la protection des données avant l'adoption de la Directive et, d'autre part, les traditions juridiques et notamment la valeur constitutionnelle des principes en cause.

Pour les États qui sont déjà dotés d'une loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, comme c'est le cas pour la France et l'Allemagne, la transposition nécessite aussi d'opérer un choix : il faut soit changer la loi nationale intégralement, donc rédiger une loi entièrement nouvelle et par conséquent appliquer les nouvelles dispositions de la Directive également aux matières qui seraient autrement exclues du champ d'application de la Directive, soit faire une distinction entre matière communautaire et non communautaire à travers une loi limitée au champ d'application communautaire. Mais cela peut poser un problème de cohabitation de la Directive communautaire avec des lois nationales, surtout quand la loi nationale couvre aussi des activités qui sont normalement exclues de la compétence communautaire.

Enfin, il existe des différences entre les États membres qui portent principalement sur les modes de contrôle, les pouvoirs et la composition de l'autorité de contrôle, l'étendue du pouvoir réglementaire dans l'application de la loi et la marge d'appréciation laissée aux gestionnaires de fichiers. En effet, des différences existent à propos de l'étendue du contrôle *a priori*, par exemple en Allemagne où le contrôle préventif exercé par les commissaires à la protection des données ne constitue pas un système d'autorisation préalable, alors qu'en France, le contrôle préalable a une fonction d'autorisation puisque tant que l'avis motivé de la Commission n'a pas été rendu, le traitement ne peut être mis en œuvre. Concernant les autorités de contrôle, on peut distinguer plusieurs modèles ; il existe le modèle du commissaire comme en Allemagne, de l'Ombudsman comme en Finlande, ou le modèle collégial comme en France avec la CNIL et en Italie, sous le nom de Garante.

L'objectif préconisé de la Directive est l'harmonisation des législations, fondée sur la nécessité d'empêcher que les flux internationaux de données ne subissent des interruptions, en garantissant un niveau de protection équivalent entre les pays membres. L'analyse de la transposition de la Directive 95/46/CE en droit français, allemand et italien montre que la

Directive s'est inspirée en grande partie des législations existantes en matière de protection des données à caractère personnel, tout en apportant des innovations importantes à la protection des données à caractère personnel garantie au niveau national. L'action de la Directive 95/46/CE va au-delà de la stricte compétence communautaire et concerne désormais aussi les droits et libertés fondamentaux reconnus et protégés par la ConvEDH. A ce propos, en intégrant progressivement le droit de la Convention européenne des droits de l'homme en droit communautaire, comme le montre cette Directive, le droit communautaire participe activement à la démocratisation des États membres en renforçant les droits et libertés fondamentaux et en donnant pleine efficacité aux droits reconnus par la ConvEDH. Finalement, le droit communautaire devient l'outil du droit du Conseil de l'Europe<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> Le considérant 11 de la Directive 95/46/CE vise la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, le considérant 10 se réfère directement à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.



## CHAPITRE II Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit français

La législation française relative à la protection des données à caractère personnel s'inscrit pour l'essentiel dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après loi du 6 janvier 1978)<sup>1</sup>. Avec cette loi, la France a été l'un des premiers États à introduire dans sa législation des dispositions protégeant les personnes physiques contre les atteintes à la vie privée qui pourraient être réalisées à travers l'utilisation des moyens informatiques<sup>2</sup>. Néanmoins, la loi du 6 janvier 1978 qui, depuis sa promulgation, n'a pas évolué de façon substantielle, a été conçue pour une époque où les moyens informatiques étaient concentrés dans le domaine public et donc limités par le nombre de traitements et par les acteurs. Aujourd'hui en revanche, on assiste à une multiplication des traitements dans le secteur public et privé au point qu'on parle de «la mondialisation de la circulation des données»<sup>3</sup>. Le Sénat a adopté le 1<sup>er</sup> avril 2003 en première lecture le projet de loi «relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique,

---

<sup>1</sup> L'application de la loi du 6 janvier 1978 a donné lieu à l'édition de nombreux textes réglementaires: décret n°78-774 du 17 juillet 1978 pris pour l'application des chapitres II, V, VII, décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979 fixant les conditions d'application au traitement d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'État, décret n°81-1142 du 23 décembre 1981 instituant des contraventions de police en cas de violation de certaines dispositions de la loi du 6 janvier 1978, décrets n°85-525 du 16 juin 1982, n° 82-103 du 22 janvier 1982 n°85-420 du 3 avril 1985. Si la loi n° 78-17 est la loi fondamentale dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, il existe par ailleurs une trentaine d'autres lois françaises dans ce domaine. Ces lois font souvent référence ou des renvois à la loi de 1978 (renvoi qui peut être global, ou limité à certains articles comportant l'avis simple de la CNIL), ou enfin dans certains cas, l'absence de référence à la loi 6 janvier 1978 et à la CNIL. Ce silence valant soit référence globale implicite soit au contraire exclusion de la loi générale par la loi spéciale comme l'affirme G.BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La documentation Française, Paris, 1998, 291 p. Dernièrement, la loi du 12 avril 2000, «relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations» Loi n°2000-321, JO, 13 avril 2000, p. 5646, loi qui intègre notamment les dispositions modifiant les grandes lois relatives à l'accès aux documents de l'administration, cette loi laisse de côté des réformes importantes que doit subir la loi du 6 janvier 1978 par la transposition de la Directive n°95-46 du 24 octobre 1995.

<sup>2</sup> Selon l'article 1 de la loi du 6 janvier 1978, « L'informatique(...) ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée(...)».

<sup>3</sup> Rapport de la commission des lois du Sénat, projet de loi n° 203 (2001-2002) adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, p. 26; www.senat.fr.



aux fichiers et aux libertés». Ce projet<sup>1</sup> a été modifié le 29 avril 2004 par l'Assemblée nationale – en deuxième lecture – et attend le vote du Sénat en deuxième lecture pour pouvoir être promulgué et entrer en vigueur, permettant ainsi à la France de se conformer aux dispositions de la Directive<sup>2</sup>. Le retard de la France est sans doute dû à l'existence de la loi du 6 janvier 1978 depuis 26 ans, mais il ne se justifie plus huit ans après la date d'adoption de la Directive 95/46/CE. La modification de cette loi était devenue une nécessité, même si avec les autres lois existant dans les pays membres, elle a été l'un des précurseurs de la Directive 95/46/CE. L'introduction récente de la Directive 95/46/CE conduit, dans un premier temps à s'interroger sur les fondements de la loi du 6 janvier 1978 (section I). Il s'agira ici de rechercher les principes fondamentaux de cette loi et en particulier ceux qui ont une influence directe sur le droit d'accès à l'information, et de comparer cette loi avec les exigences de transposition en droit interne de la Directive 95/46/CE. Enfin, l'analyse de la loi du 6 janvier 1978 modifiée (section II) permettra de constater le rôle du droit communautaire dans l'harmonisation du droit dans l'Union européenne et de considérer, en particulier dans la partie relative à l'accès à l'information, que la transposition de la Directive 95/46/CE a été réalisée en maintenant, tout en la remaniant profondément, la loi du 6 janvier 1978 (Section II).

## **SECTION I. Les fondements de la loi du 6 janvier 1978**

Le but de la loi du 6 janvier 1978 est de régir la collecte et l'utilisation des informations nominatives<sup>3</sup>. Pour ce faire, elle fixe un certain nombre de règles de fond qui étaient innovantes en 1978 (§1). Ces règles doivent être respectées aussi bien par les personnes privées que les personnes de droit public dès lors qu'elles entendent mettre en

---

<sup>1</sup> La commission des lois du Sénat a examiné le 19 mars 2003 le projet de loi n° 203 (2001-2002) adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>2</sup> La loi n° 78-17 vient d'être modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.* 7 août 2004. Notre travail tient compte de cette nouvelle loi dans l'examen du droit d'accès à l'information relatif aux données à caractère personnel dans le système juridique français. Mais étant donné le caractère très récent de la loi, il nous a été impossible de modifier l'ensemble de notre travail.

<sup>3</sup> Selon l'art. 4, sont des informations nominatives «les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent (...)».

œuvre des fichiers ou des traitements automatisés d'informations nominatives<sup>1</sup>. Le progrès technologique et les impératifs communautaires ont exigé la transposition en droit interne de la Directive 95/46/CE. Cela nous permettra de comparer les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 avec celles de la Directive et donc d'analyser les motifs nécessitant la transposition en droit interne de la Directive, particulièrement dans le domaine de l'accès à l'information (§2).

## **§1 Les règles de fond innovantes de la loi du 6 janvier 1978**

La loi n° 78-17 pose des principes fondamentaux qui constituent le cadre légal des traitements(A). Parmi ces principes la reconnaissance des droits de la personne concernée revêt une importance particulière pour la protection de la vie privée de la personne concernée. Cette protection ne peut être réelle que si la collecte et l'utilisation des données ont lieu dans la plus grande transparence pour la personne concernée. Ainsi, l'accès à l'information devient l'élément central du système de protection. A travers ses droits d'information, chacun a la possibilité de participer au contrôle de la conformité et de l'exactitude des traitements la concernant. A côté de ces droits individuels, une autorité de contrôle indépendante a été instituée, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, chargée d'assurer l'application des règles de fond (B).

### **A Les principes fondamentaux de la loi du 6 janvier 1978**

Le fondement de la protection des données à caractère personnel est le respect de la vie privée (1) des personnes dont les informations personnelles sont traitées; c'est ainsi que s'est prononcé le Conseil Constitutionnel<sup>2</sup> et que l'affirme l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 janvier 1978. Afin de pouvoir apprécier la portée de la protection de la vie privée garantie par la loi n° 78-17, il est nécessaire d'analyser son champ d'application (2), afin de pouvoir apprécier les droits d'accès à l'information garantis à la personne concernée (3).

#### **1 Protection des données à caractère personnel faisant partie du droit à la vie privée**

---

<sup>1</sup> Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, p. 567; p.362.

<sup>2</sup> C. Const., 18 janvier 1995, DC 94-352, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

Le Conseil constitutionnel reconnaît une protection constitutionnelle «au droit à la vie privée» par le rattachement de ce droit à la liberté individuelle dont relèvent les dispositions de la loi 6 janvier 1978. Selon le Conseil constitutionnel, «la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle»<sup>1</sup>. D'après le Conseil constitutionnel, la liberté individuelle englobe aussi la protection contre la diffusion des données informatiques : la loi du 6 janvier 1978 protège donc les principes de valeur constitutionnelle<sup>2</sup>. Le Conseil d'État s'est prononcé en assemblée générale dans un avis du 10 juin 1993 dans ce sens, alors qu'il invitait le Gouvernement à veiller à ce que la Directive «ne contienne pas de dispositions qui conduiraient à priver des principes de valeur constitutionnelle de la protection que leur accorde la loi du 6 janvier 1978». Depuis 1970, l'article 9 du Code civil protège tous les citoyens contre les violations de leur vie privée, faisant du droit à la protection de la vie privée, un droit subjectif que l'on classe généralement dans les droits de la personnalité. Il pose la règle selon laquelle la liberté de l'information fait échec chaque fois que l'information est susceptible de relever de la vie privée. La loi du 6 janvier 1978 s'inscrit dans cette théorie en citant parmi ses principes la protection de la vie privée<sup>3</sup> Mais la notion de protection de la vie privée est difficile à cerner même si elle figure dans de nombreux textes<sup>4</sup>, elle ne fournit que des indices : «chacun a droit au respect de la vie privée»<sup>5</sup>, «la protection de la santé ou de la morale» ou «la protection des droits et libertés d'autrui»<sup>6</sup>

Au niveau de l'Union européenne, la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle de la protection des données à caractère personnel et du lien avec la protection de la vie privée ne manquent pas. L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux dispose en effet que «toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale» et l'article 8 précise : «toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant». Le droit communautaire avec l'article 1 de la Directive 95/46/CE dispose entre autres que l'objectif de la Directive est «la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques,

---

<sup>1</sup> DC 94-352, 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, précitée.

<sup>2</sup> Cf. Louis FAVOREU, Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 9<sup>e</sup> édition Dalloz Paris p. 939 (859).

<sup>3</sup> Loi n° 78-17, article 1.

<sup>4</sup> Voir Code civil article 9, ConvEDH. article 8)

<sup>5</sup> Article 9 Code civil.

<sup>6</sup> Article. 8 ConvEDH.

notamment de leur vie privée ». L'utilisation abusive de l'information, détournée de la finalité pour laquelle elle a été initialement collectée, peut représenter une atteinte à la vie privée, avec des conséquences très graves dans le cas de l'utilisation abusive d'informations sensibles (origines raciales, politiques, moeurs, apparences syndicales....) et peut donc être une atteinte aux droits fondamentaux.

Afin de protéger la personne concernée contre de telles atteintes, la loi du 6 janvier 1978 insiste sur le fait que les données à caractère personnel doivent être exactes et pertinentes<sup>1</sup> et que les données définies comme sensibles doivent être particulièrement protégées. Ainsi, elle impose que les traitements doivent être soumis aux principes de finalité, de sécurité, de proportionnalité et de transparence et que « la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite» (art 25) et réprimée pénalement<sup>2</sup>.

## **2 La loi 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés: contenu et champ d'application**

Le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 ne protège que les personnes physiques lorsque les traitements automatisés et les fichiers non informatisés, publics ou privés comportent des «informations nominatives»<sup>3</sup>. C'est l'article 45 de la loi qui étend le champ d'application aux données nominatives qui ont fait l'objet d'un traitement non automatisé aux fichiers non automatisés ou mécanographiques autres que ceux dont l'usage relève du strict exercice du droit à la vie privée<sup>4</sup>. Par conséquent, l'application de la loi 6 janvier 1978 dépend de l'existence de données nominatives complétées par la nécessité qu'elles fassent partie soit d'un traitement automatisé, soit d'un fichier, soit de catégories de fichiers non automatisés ou mécanographiques<sup>5</sup>. En dehors de ces cas de figure, la loi du 6 janvier 1978 ne s'applique pas. Ainsi pour apprécier le champ d'application, il est essentiel de

---

<sup>1</sup> Selon l'article 36, le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite.

<sup>2</sup> Loi n° 78-17, article 41 (*Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 258*) dispose que « les infractions aux dispositions de la présente loi sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal.

<sup>3</sup> Voir article 4 de la loi n° 78-17.

<sup>4</sup> La loi s'applique de façon limitée à ces données lorsqu'un dossier est conservé dans un fichier, la notion de fichier l'emporte, le dossier est assimilé à un fichier et donc les données nominatives qu'il contient tombent sous le coup de la loi 6 janvier 1978. Voir dans ce sens G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La documentation Française, Paris, 1998, 291 p.

<sup>5</sup> Selon l'article 45, seuls les articles 25, 27, 29, 30, 31, 32, et 33 relatifs à la collecte, à l'enregistrement et à la conservation des informations nominatives sont applicables aux fichiers non automatisés autres que ceux dont l'usage relève du strict exercice du droit à la vie privée.

voir ce que la loi entend par information nominative (a), traitement automatisé d'informations nominatives et fichiers manuels et mécanographiques (b), et formalités préalables au traitement (c).

### **a Les informations nominatives**

Selon l'article 4, sont des informations nominatives « (...) les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale ». Ainsi, les informations qui concernent une personne, mais qui ne permettent pas de l'identifier, sont, jusqu'à présent, exclues de la protection de la loi 1978<sup>1</sup>. La CNIL a donné une interprétation large de la notion d'information nominative : selon elle, les informations nominatives qui permettent directement d'identifier une personne sont par exemple les noms et prénoms, et indirectement le numéro de sécurité sociale ou le numéro de téléphone<sup>2</sup>. Le commissaire du gouvernement s'est également exprimé dans ce sens: il considère en effet comme informations nominatives « les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou indirectement, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent »<sup>3</sup>. Selon la loi, l'information doit concerner uniquement les personnes physiques (art. 4) : le législateur a donc exclu les personnes morales. Cependant la CNIL a donné une interprétation moins restrictive<sup>4</sup> et contrôle certains fichiers relatifs au fonctionnement ou aux organes des personnes morales. Ainsi, les fichiers relatifs aux entreprises relèvent de sa compétence, dès lors qu'y sont consignées des informations sur « les dirigeants, actionnaires ou associés »<sup>5</sup>. Un problème posait l'absence de définition de fichier et la différence entre la définition d'information nominative donnée par la loi du 6 janvier 1978 et la définition de document administratif nominatif donnée par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>6</sup>. Le problème qui se posait était de savoir quelle loi appliquer lorsqu'un document figure dans un fichier informatisé. Selon la définition donnée par la

---

<sup>1</sup> CE 7 octobre 1998, *Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales*, *Leb* p. 355. concl. Jean -Denis Combrexelle: rapp. Y. Gouinin, *Petites Affiches*, 26 juillet 1999, p. 19.

<sup>2</sup> Voir la Recommandation 81-77, 9 juin 1981; 84-31. 18 septembre 1984.

<sup>3</sup> D. DENOIX DE SAINT MARC, «Conclusions du commissaire du gouvernement affaire Bertin» *Revue de droit public et de la Science Politique* 1983, p. 1086-1099.

<sup>4</sup> Avis du 21 juillet 1981 et du 7 décembre 1982)

<sup>5</sup> CNIL, *Dix ans d'informatique et libertés*, *Economica* 1988, p. 42, in D.M. DESGRÉES du Loû, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, *op.cit* p. 363.

<sup>6</sup> Loi n° 78-753, 17 juillet 1978, JO 18 juillet 1978, p. 2851.

CADA, le document administratif renferme l'information nominative et est considéré comme tel dès lors qu'il porte «une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable ou incluant la description du comportement d'une personne dès lors qu'il s'avère que d'une manière ou d'une autre, la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice»<sup>1</sup>. Le Conseil d'État a jugé que la loi du 6 janvier 1978 était la seule applicable dès lors qu'un document figure dans un fichier informatisé<sup>2</sup>. Pour la CNIL, le problème paraissait réglé, comme elle le déclarait dès 1984<sup>3</sup>. Néanmoins, la CADA formait en même temps quelques réserves sur la ligne de partage définie par le Conseil d'État. Premièrement, la notion de fichier était impossible à définir et le caractère nominatif des informations faisait l'objet d'appréciations divergentes de la CNIL et de la CADA<sup>4</sup>. Ainsi, la situation était préjudiciable aux administrations. Suivit un protocole d'accord entre la CADA et CNIL qui avait le but de systématiser la transmission des dossiers d'une commission, en fonction des critères de compétence qui ont été définis par le Conseil d'État dans la décision Bertin du 19 mai 1983. Une solution fut finalement trouvée avec la loi n° 2000-321, du 12 avril 2000 qui intègre notamment les dispositions modifiant les grandes lois relatives à l'accès aux documents de l'administration. Cette loi a inséré l'article 29-1 dans la loi du 6 janvier 1978 qui affirme que «les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application, au bénéfice de tiers, des dispositions du titre 1<sup>er</sup> de la loi 78-753 du 17 juillet 1978, n° 79-18 du 3 janvier 1979.». Par conséquent, ne peut être regardé comme un tiers non autorisé au sens de l'article 29 de la loi n° 78-17 le titulaire d'un droit d'accès aux documents administratifs ou aux archives publiques exercé conformément aux lois n° 78-753 et n° 79-18 sur les archives<sup>5</sup>. Un deuxième élément fondamental pour pouvoir définir le champ d'application de la loi n° 78-17 est la définition de «traitement automatisé d'informations nominatives» et de fichiers manuels ou mécanographiques.

---

<sup>1</sup> CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, La documentation française; 3e éd., 1997, p. 47.

<sup>2</sup> CE Ass. 19 mai 1983, Bertin, *Rec.*, 207; *RDP*, 1983. 1086, concl. Denoix de Saint-Marc; « Considérant qu'il ressort des dispositions combinées des articles 3 et 6 bis de la loi du 17 juillet 1978 (...) que le droit à la communication des documents administratifs institué par cette loi ne peut s'exercer que dans la mesure où les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relatives à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne sont pas, elles-mêmes, applicables; qu'il ressort des termes mêmes des articles 34 et 35 de la loi du 6 janvier 1978 que cette dernière loi régit le droit d'accès des individus aux fichiers de l'administration comportant des mentions nominatives, qu'ils soient automatisés, mécanographiés ou manuels».

<sup>3</sup> CNIL, 4<sup>e</sup> Rapport d'activité, Doc. fr., p. 119.

<sup>4</sup> 3<sup>e</sup> rapport d'activité de la CADA: *L'accès aux documents administratifs*, Doc.fr., 1984, p. 276.

<sup>5</sup> Voir Partie I, Titre I.

## **b Traitement automatisé d'informations nominatives et de fichiers manuels ou mécanographiques**

Selon l'article 5 de la loi n° 78-17, est considéré comme traitement automatisé d'informations nominatives « tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques, relatifs à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou base de données et notamment les interconnexions ou les rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives ».

Certaines dispositions de la loi protègent aussi les données personnelles contenues dans les fichiers non automatisés ou mécanographiques. Initialement, la loi française <sup>1</sup> prenait uniquement en considération les « traitements automatisés d'informations nominatives ». Par la suite fut introduit dans la loi l'article 45 « les fichiers non automatisés ou mécanographiques » auquel s'applique seulement un certain nombre de dispositions de la loi 6 janvier 1978<sup>2</sup> parmi lesquelles celles relatives à la collecte, l'enregistrement, et la conservation des informations. Au contraire, les obligations telles que les formalités préalables à la mise en œuvre du traitement en sont exclues. Enfin, le quatrième alinéa de l'article 45 permet au Gouvernement, par décret en Conseil d'État sur proposition de la CNIL, d'étendre le champ d'application des dispositions à « un ou à des catégories de fichiers non automatisés ou mécanographiques (...) », mais pour le moment cette disposition n'a jamais été appliquée. La CNIL, de sa part, estime qu'« un fichier est une collection d'entités homogènes décrites par des éléments d'informations. On a pu également le définir comme une collecte de données pouvant indifféremment porter sur des listes, des fichiers ou des dossiers »<sup>3</sup>. Dans ses rapports d'activité la CNIL développe sa doctrine en établissant en particulier pour l'exercice du droit d'accès et de rectification la notion de droit de suite permettant « d'étendre l'application de la loi de 1978 à toutes les données extérieures aux traitements automatisés, mais liés à lui »<sup>4</sup>. Ainsi, la CNIL a donné une interprétation de fichier alors que la loi qui s'appelle « loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », ne définit jamais le terme

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-17, article 5 .

<sup>2</sup> Loi 6 janvier 1978, n° 17, articles 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 36 alinéas 1, 2, 3, articles 37, 38, 39, 40)

<sup>3</sup> CNIL, *Dix ans d'informatique et libertés*, Economica, 1988, p. 36.

<sup>4</sup> J. FRAYSSINET, *Informatique fichiers et libertés*, Litec, Paris, 1992, p. 229.

de fichier. L'interprétation donnée par le juge est plus restrictive : ainsi, le CE <sup>1</sup> a estimé qu'un ensemble de dossiers papiers ne constituait pas un fichier. Or, la définition de fichier est importante, car elle permet de faire entrer ou non les informations nominatives dans le champ d'application de la loi. Car la loi donc ne s'applique qu'aux traitements automatisés qui se rapportent à l'exploitation de fichiers ou aux bases de données et aux fichiers manuels ou mécanographiques, et ces derniers ne sont soumis qu'à certaines dispositions de la loi. Cette définition de traitement automatisé semble donc mettre en évidence que la protection n'existe pas si l'information nominative figure simplement sur un document papier. Ajoutons qu'un élément ultérieur qui caractérise la loi du 6 janvier 1978 est la distinction qu'elle fait entre les formalités préalables au traitement suivant la nature juridique du responsable du traitement.

### **c Les formalités préalables au traitement des données à caractère personnel**

La loi n° 78-17 fait une distinction entre les formalités préalables au traitement suivant la nature juridique du responsable du traitement et le type de données. Ainsi, il faut distinguer les formalités pour les traitements publics (c-1), les formalités pour les traitements privés (c-2), et les formalités préalables pour les traitements des données sensibles (c-3).

#### **c-1 Les formalités pour les traitements publics**

Les traitements des données qui sont opérés pour le compte de l'État, des établissements publics, des collectivités territoriales et des personnes morales de droit privé gérant un service public du secteur public sont présumés dangereux et requièrent un avis de la CNIL et un acte réglementaire d'autorisation. L'avis motivé préalable à la création d'un traitement est obligatoire même si la création résulte d'une loi, du moins lorsque c'est le gouvernement qui a établi le projet de loi<sup>2</sup>. L'avis motivé rendu préalablement par la CNIL

---

<sup>1</sup> CE, Affaire Riou note J.FRAYSINET:DS 1986, 471, Expertises, n.811986 et n.83, 1986.

<sup>2</sup> Voir Décret du 17 juillet 1978, art 12, al. 3, art. 20.



n'a qu'« une portée consultative »<sup>1</sup>, ne constitue pas une décision administrative faisant grief et n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>2</sup>. Mais si l'avis de la CNIL est défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État (article 15). Le Conseil d'État s'exprime également dans ce sens lorsqu'il juge « qu'il ne peut être passé outre à un avis défavorable de la Commission nationale de l'informatique et des libertés que par un décret »<sup>3</sup>. Le Gouvernement n'est jamais passé outre un avis défavorable de la Commission. Pour les traitements privés, la situation est différente.

## **c-2 Les formalités pour les traitements privés**

Les traitements effectués par les personnes morales (par exemple les sociétés civiles ou commerciales et les associations) du secteur privé doivent « préalablement à leur mise en œuvre faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL » (art.16). Cette déclaration comporte l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi. Une fois le récépissé délivré, le demandeur peut mettre en œuvre le traitement sans être toutefois « exonéré d'aucune de ses responsabilités ». Néanmoins, pour les traitements les plus courants à caractère public ou privé, qui « ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés » (article 17), celui-ci peut être mis en œuvre après une déclaration simplifiée de conformité inspirée des caractéristiques mentionnées à l'article 19<sup>4</sup>. Au contraire, concernant les traitements de données dites sensibles, susceptibles de présenter des risques particuliers pour la personne concernée, la loi n° 78-17 prévoit une réglementation spécifique qui pose le principe de l'interdiction de traitement de ces données. Cependant ce principe est très souple puisque la loi prévoit des exceptions au principe d'interdiction.

---

<sup>1</sup> CE, 26 juillet 1996, Assoc. des utilisateurs de données publiques, économiques, sociales et autres, *D*, 1997. 219, note Maisl; *RFDA*, 1996. 1054.

<sup>2</sup> CE, 21 nov. 1984, M. Kabersili Ahmed, req. n° 58. 667, in Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p.374.

<sup>3</sup> CE, 19 mars 1997, Mutuelle des étudiants du Centre-Ouest *et al.*, req. n° 175244, in Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 374.

<sup>4</sup> Conformément à l'article 6 de la loi n° 78-17, la CNIL a adopté des «normes simplifiées» définissant les conditions auxquelles doivent répondre les traitements les plus courants. Les conditions imposées par les normes simplifiées doivent s'inspirer des caractéristiques protectrices affirmées par l'article 19 de la loi n° 78-17 parmi lesquelles on peut citer ce qui suit: « la déclaration simplifiée doit préciser : les caractéristiques, la finalité et s'il y a lieu, la dénomination du traitement; le service ou les services chargés de mettre en œuvre celui-ci; les informations nominatives traitées; les rapprochements, interconnexions ou toute autre forme de mise en relation de ces informations ainsi que leur cession à des tiers; etc... ».

### **c-3 Les formalités préalables pour les traitements sensibles**

Selon la loi, « il est interdit de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes »<sup>1</sup>. Les mœurs ont été ajoutées à la liste des données sensibles par l'article 257 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992. Ainsi, la loi n° 78-17 prévoit l'obligation d'un consentement explicite de la personne concernée pour les traitements portant sur les données sensibles. Mais cette interdiction n'est pas absolue: l'article 31 de la loi n° 78-17 prévoit d'une part que « les églises ou les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical peuvent tenir registre de leurs membres (...). Aucun contrôle ne peut être exercé, de ce chef, à leur encontre »<sup>2</sup>, et, d'autre part qu'il peut être dérogé au principe d'interdiction « pour des motifs d'intérêts publics (...) sur proposition ou avis conformes de la commission par décret en Conseil d'État »<sup>3</sup>. Ainsi, des dérogations sont possibles à l'interdiction, à la condition d'obtenir l'autorisation préalable qui ne peut que résulter d'un décret. Par ailleurs, la CNIL a su imposer le principe qu'aucune exception à la publication de ce décret n'est admise, même si l'article 20 de la loi n° 78-17 affirme que « Les décrets en Conseil d'État peuvent disposer que les actes relatifs à certains traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique ne seront pas publiés »<sup>4</sup>. On constate que la loi cherche à protéger les données tout en garantissant la transparence des traitements ou fichiers informatiques. Cette transparence constitue ainsi un élément fondamental de protection des personnes concernées.

### **3 Le droit d'accès à l'information garanti à la personne concernée**

Le système de protection garanti par la loi se partage en deux catégories de garanties permettant l'information de la personne concernée. La première catégorie intervient au moment de la collecte des informations nominatives, c'est le droit à l'information au moment

---

<sup>1</sup> Article 31 alinéa 1.

<sup>2</sup> Article 31 alinéa 2.

<sup>3</sup> Article 31 alinéa 3.

<sup>4</sup> Ce fut le cas lorsque le Premier ministre fut contraint de retirer deux décrets du 27 février 1990 par un décret du 3 mars 1990 *JO* du 4 mars 1990 p. 2721. Les nouveaux décrets ( 14 octobre 1991 nos91-1051 et 91-1052) *JO* du 15 octobre 1991. Voir J. Frayssinet, «Les décrets nos nos91-1051 et 91-1052 du 14 octobre 1991, réglementant les fichiers et traitements automatisés des Renseignements généraux», *AJDA*, 1992. 73.

de la collecte (a). La deuxième catégorie, ce sont les droits de la personne concernée à l'égard des traitements automatisés et fichiers existants (b).

### **a Le droit à l'information au moment de la collecte**

Le système de protection instauré par la loi permet à la personne concernée de participer activement à cette protection grâce à l'information. La loi introduit certaines règles qui doivent être respectées par le responsable du traitement pour que la collecte soit licite. Ainsi, seules les personnes auprès desquelles sont recueillies les informations doivent recevoir nombre d'informations au moment de la collecte qui ont pour but de permettre à la personne concernée de connaître ses droits, mais aussi de pouvoir revendiquer l'exercice de ses droits<sup>1</sup>. Au contraire, la loi ne prévoit pas l'information de la personne concernée lorsque les informations ne sont pas collectées directement auprès d'elle. Selon l'article 26, la personne concernée doit être avertie du droit de s'opposer à ce que des informations nominatives la concernant fassent objet d'un traitement et, selon l'article 27, « les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées :

- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

La communication de ces informations doit permettre à la personne concernée d'exercer la deuxième catégorie de droits de la personne concernée.

---

<sup>1</sup> Les informations communiquées lors de la collecte peuvent varier selon le type de traitement. Dans un traitement automatisé ayant pour fin la recherche dans le domaine médical, la loi prévoit que avant le début du traitement de données, la personne concernée soit informée de la nature des informations transmises, loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, article 40-5.

## **b Les droits de la personne concernée à l'égard des traitements automatisés et fichiers existants**

Parmi les droits de la personne concernée, le premier est le droit d'accès. Toute personne<sup>1</sup> a le droit de savoir si des informations nominatives figurent dans un traitement ou dans un fichier (également manuel ou mécanographique) et d'en obtenir communication<sup>2</sup> Ce droit d'accès est exercé ou directement ou indirectement: cela dépend de la nature des informations (médicales ou non, art. 40) et de l'objet du traitement et du fichier (sécurité publique, sûreté de l'État, défense, art.39)<sup>3</sup>. Surtout ce droit d'accès « peut être exercé par la personne sur le compte de laquelle sont enregistrées des informations, sans que celle-ci ait toutefois à justifier d'un intérêt pour motiver sa demande »<sup>4</sup>. Après en avoir obtenu l'accès, le titulaire du droit d'accès peut « exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdit » (al. 1er art. 36). Ces droits sont également repris dans la loi n° 94-548 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé<sup>5</sup>. La communication des informations s'accompagne d'un droit d'obtenir une copie des informations enregistrées, à condition que la demande en soit présentée par le titulaire du droit d'accès et contre la perception d'une redevance (art 35, al. 2)<sup>6</sup>. Enfin, « toute personne a le droit de s'opposer pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives le

---

<sup>1</sup> Le titulaire du droit d'accès est uniquement la personne physique; le juge administratif s' est exprimé dans ce sens en affirmant que « (...) la loi du 6 janvier 1978 (...) régit seule le droit d'accès aux fichiers de l'administration comportant des informations nominatives, qu'ils soient automatisés, mécanographiques ou manuels, et en limite l'accès aux personnes physiques». CE 15 févr. 1991, Eglise de scientologie de Paris, *Rec.*, T. 947; *CJEG*, 1991. 195, concl. Montgolfier, note Delpirou; *Dr.adm.*, 1991, n° 158.

<sup>2</sup> Articles 34, 35 et 45 al. 3, loi n° 78-17.

<sup>3</sup> Néanmoins, s'agissant des traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique, l'intéressé doit s'adresser à la CNIL. L'un de ses membres, ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes (et est donc magistrat), exercera alors le droit d'accès pour le compte de la personne concernée (article 39). Lorsque les informations sont de caractère médical et qu'elles sont contenues dans des fichiers manuels ou dans des traitements informatisés, celles-ci ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet»(article 40).

<sup>4</sup> Voir recommandation de la CNIL n° 80-10 du 1er avril 1980.

<sup>5</sup> Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994, JO 2 juillet 1994, p. 9559.

<sup>6</sup> Cette redevance est forfaitaire, fixée par décision de la CNIL et homologuée par arrêté du ministre de l'Economie et des Finances.(art. 35 al. 2). Par ailleurs cette redevance est remboursée au demandeur s'il obtient la modification de l'information. Décret du 16 juin 1982, article 3.

concernant fassent l'objet d'un traitement » (article 26, al. 1.)<sup>1</sup>. L'exercice de l'opposition nécessite une appréciation du responsable du traitement. En cas de divergence entre la personne concernée et les responsables du traitement, la CNIL peut être saisie d'une plainte, et un contentieux peut s'élever devant le juge administratif. Au contraire, le droit d'opposition ne s'applique pas aux traitements limitativement désignés dans l'acte réglementaire prévu à l'article 15 (article 26 alinéa 2). Ainsi, le droit d'opposition ne s'applique pas aux traitements du secteur public. La CNIL a donné une interprétation moins restrictive : elle considère que le droit d'opposition « s'applique dans tous les cas, sauf mention contraire expressément portée dans l'acte réglementaire créant le traitement » Le droit d'opposition devrait donc pouvoir s'appliquer aussi aux traitements dans le secteur public<sup>2</sup>. Selon l'article 45, pour les fichiers non automatisés, un acte réglementaire pourra désigner les fichiers publics auxquels ce droit d'opposition ne s'appliquera pas. Les données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé ne sont pas soumises à l'article 26 de la loi n° 78-17, donc la condition de « raison légitime » ne s'applique pas dans ce cas. On peut alors parler dans ce cas d'un droit absolu d'opposition de la personne concernée : le responsable du traitement doit donc impérativement obtenir le consentement éclairé et express de la personne concernée. La violation de ces dispositions est sanctionnée pénalement<sup>3</sup>. Parmi les garanties instituées par la loi figure l'autorité administrative indépendante, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) : cette autorité a comme fonction de veiller au respect de la loi tant par les personnes privées que par les personnes publiques.

## **B La Commission nationale de l'informatique et des libertés, chargée d'assurer l'application des règles de fond**

L'une des innovations majeures de la loi n° 78-17 a été sans doute la création de la CNIL. Cette dernière a une fonction d'information (1) et est la première instance de contrôle (2) qualifiée d'« autorité administrative indépendante » en France.

---

<sup>1</sup> Selon l'article 40-4 de la loi n° 78-17, la raison légitime n'est pas nécessaire pour les traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé. Dans ces cas, toute personne a le droit de s'opposer sans raison légitime à ce que des données nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement.

<sup>2</sup> CNIL, 13<sup>e</sup> rapport d'activité, 1992, p. 22.

<sup>3</sup> Code pénal, art. 226-18 ;

## 1 La fonction d'information de la CNIL

Cette haute instance administrative ne relève ni du Parlement, ni de l'ordre judiciaire, ni du gouvernement, ni de son pouvoir hiérarchique ou de protection, ce qui est exceptionnel dans le droit français<sup>1</sup>. Ses membres ne peuvent recevoir d'instruction d'aucune autorité dans l'exercice de leurs attributions (art. 13). La seule limite peut provenir du fait que ses crédits de fonctionnement sont inscrits au budget du Ministère de la justice, ce qui risque de limiter ses activités. Cette autorité n'est pas décentralisée et donc ne dispose pas au niveau régional de représentants fixes, même si elle peut demander aux premiers Présidents des Cours d'appel ou aux tribunaux administratifs de déléguer un magistrat de leur ressort, pour des missions d'investigation et de contrôle effectuées sous sa direction. C'est sans doute un des points faibles de cette autorité que de ne pas disposer de personnel en nombre suffisant pour exercer sa fonction. Ses 17 membres sont nommés pour cinq ans ou pour la durée de leur mandat: deux députés et deux sénateurs élus par l'Assemblée nationale et le Sénat; deux membres, respectivement du Conseil économique et social, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes; deux personnalités qualifiées nommées par décret sur proposition des présidents des assemblées parlementaires; trois personnalités désignées par décret en Conseil des ministres en raison de leur autorité et de leur compétence. Elle élit en son sein pour cinq ans un président et deux vice-présidents (article 8). Un commissaire du gouvernement siège auprès d'elle, qui tient informé le Premier ministre et peut convoquer une seconde délibération dans les dix jours d'une délibération (art. 9). Aucune personne privée, aucune autorité publique ne peut s'opposer à l'action de la CNIL pour quelque motif ce soit (art. 21). Ainsi, l'indépendance et les pouvoirs attribués à la CNIL font d'elle l'autorité chargée de veiller au respect des dispositions de la loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Néanmoins l'actuel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit qu'un commissaire du Gouvernement, désigné par le Premier ministre et rattaché au Secrétariat général du Gouvernement, siège auprès de la commission. Il peut, dans les dix jours d'une délibération, provoquer une seconde délibération, mais cette faculté n'a jamais été utilisée.

<sup>2</sup> Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, précitée, article 6 «Une Commission nationale de l'informatique et des libertés est instituée. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives. La commission dispose à cet effet d'un pouvoir réglementaire, dans les cas prévus par la présente loi ».

Selon la loi du 6 janvier 1978<sup>1</sup>, la CNIL a une obligation d'informer en mettant à disposition un grand nombre de documents, tels que la liste des traitements automatisés, les décisions, les avis, les recommandations<sup>2</sup>. Elle a donc un rôle important dans le dispositif d'information garanti par la loi. Les destinataires de ces informations ne sont pas uniquement les individus, mais aussi les autorités publiques, quand elles répondent à leurs demandes d'avis, et le cas échéant, les juridictions. La CNIL peut à travers les recommandations exposer l'interprétation qu'il convient de donner à certaines dispositions législatives ou indiquer la façon dont l'utilisation de l'informatique dans certains domaines doit être envisagée<sup>3</sup>. Ces recommandations n'ont pas de valeur juridique contraignante, et se bornent à recommander des comportements dans la mise en œuvre de la loi. Le Conseil d'État n'a par ailleurs laissé aucune doute sur la portée de ces délibérations portant recommandation en affirmant que celle-ci « ne constituant pas une décision administrative faisant grief », n'est donc « pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir »<sup>4</sup>. Si la recommandation impose au contraire de nouvelles règles, alors elle devient un acte faisant grief<sup>5</sup>.

Plus directement la CNIL met à disposition de la personne concernée la liste des traitements automatisés d'informations avec leurs principales caractéristiques, notamment le service auprès duquel est exercé le droit d'accès aux informations, les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires habilités à recevoir la communication de ces informations (art. 22). Sont au contraire exclues de cette communication les mentions des traitements publics intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique : ces mentions ne sont donc pas publiées, conformément à l'article 20 de la loi.

En outre, elle joue un rôle de conseil auprès des personnes et organismes mettant en œuvre des traitements automatisés d'informations nominatives ou désireux de le faire<sup>6</sup>. Depuis 1978, elle a ainsi reçu plus de 11 500 demandes de conseil. En 2001, les secteurs d'activité ayant suscité le plus de demandes étaient le travail, la santé l'immobilier et la

---

1 Loi n° 78-17, du 17 janvier 1978, précitée, article 6.

2 Jeanne LEMASURIER, «Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé», *Revue du droit public*, 1980, p. 1239-1269.

3 V. la délibération n° 80-10 du 1er JO du 29 mai 1980 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés.

4 CE, 27 septembre 1989, Société anonyme Chopin et Cie *et al.*/CNIL, *JCP*, 1990. II. 21525, note Frayssinet.

5 V. D. M. DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p.370 et sv.

6 Article 1er du décret n° 78-774 du 17 juillet 1978.

fiscalité<sup>1</sup>. Enfin, elle remet chaque année au président de la République ainsi qu'aux présidents des assemblées parlementaires un rapport d'activité. La CNIL dispose surtout d'un pouvoir de contrôle de l'application de la loi n° 78-17.

## **2 La fonction de contrôle essentiellement formel et *a priori***

L'action de la CNIL dans le domaine du contrôle de l'application de la loi n° 78-17 revêt plusieurs formes. Elle exerce un contrôle formel sur les déclarations portant sur la mise en œuvre des traitements automatisés: elle intervient avant la mise en œuvre de traitements automatisés d'informations nominatives (art. 16). Les fichiers et traitements automatisés dont l'administration (personne publique ou personne privée gérant un service public) est le détenteur mais aussi le responsable, sont au contraire soumis à autorisation de la part de la CNIL. De plus, la CNIL reçoit les déclarations simplifiées de la mise en œuvre des traitements ne comportant pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés (art. 17). Les avis rendus préalablement à la création d'un traitement sont strictement consultatifs; de même, les recommandations ne constituent pas une décision administrative faisant grief et ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>2</sup>.

En outre, la CNIL a un pouvoir de codécision dans le cas des traitements des données « sensibles ». Ces dernières ne peuvent en effet figurer dans une mémoire informatique publique ou privée que si un intérêt public le justifie et après une autorisation délivrée par décret en Conseil d'État, sur proposition de la CNIL ou après son avis conforme. Ainsi, elle a le pouvoir de verouiller des données nominatives qui font apparaître directement ou indirectement les origines raciales, ou les opinions politiques philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes (art 31), insérées illégalement dans les mémoires d'ordinateur. La CNIL dispose enfin du pouvoir d'autoriser la création de traitements de données nominatives ayant pour objet la recherche dans le domaine de la santé. La loi attribue à la CNIL un pouvoir réglementaire limité (art. 6). Ce pouvoir a été d'ailleurs

---

<sup>1</sup> V. Rapport de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relatif à l'informatique aux fichiers et aux libertés, p. 17.

<sup>2</sup> Le Conseil d'État considère en effet que les avis de la CNIL sont strictement consultatifs (v. Conseil d'État 26 juillet 1996, Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales et autres; *D*, 1997. 219 Maisl; *RFDA*, 1996. 1054). Néanmoins le Conseil d'État a posé les critères qui permettent désormais d'identifier les délibérations de la CNIL faisant grief. Parmi ces délibérations, concernant plus spécifiquement la transparence, fait ainsi grief une injonction de faire droit aux demandes formulées par des clients et tendant à



plusieurs fois utilisé par la CNIL pour adopter certaines normes simplifiées définissant les conditions auxquelles doivent répondre les catégories de traitements les plus courants à caractère public ou privé et qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés<sup>1</sup>. Par ailleurs, la CNIL peut procéder à des vérifications sur place des conditions de mise en œuvre d'un traitement, recueillir des témoignages et lever l'obligation de informaticiens (art. 13). Aucun responsable public ou personne privée ne peut s'opposer à l'action de la CNIL, mais au contraire doit « prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche » (art. 21). Néanmoins, cet article ne s'applique pas aux fichiers mécanographiques ou manuels : la CNIL dispose dans ce cas de la possibilité de contrôler que le droit d'accès est reconnu et de vérifier les données collectées (art.43). Ainsi, ce pouvoir de contrôle est mis en œuvre soit d'office soit à la suite des plaintes et réclamations adressées à la commission<sup>2</sup>. La CNIL participe à l'action répressive à travers les avertissements et les dénonciations au parquet (art. 21 alinéa 6). Les avertissements, qui sont très rares, sont des actes faisant grief et peuvent être pris par la CNIL par exemple à la suite d'un contrôle entrepris par la CNIL<sup>3</sup>. Depuis 1978 jusqu'en 2001, la CNIL a émis 47 avertissements et 18 dénonciations au Parquet<sup>4</sup>. Les dénonciations au parquet sont ainsi très peu fréquentes. D'ailleurs la CNIL dispose du pouvoir d'appréciation pour déterminer si, au regard des éléments en sa possession, l'infraction lui paraît ou non constituée<sup>5</sup>. La CNIL a su contrôler d'une façon générale dans le secteur public le respect de principes affirmés par la loi et elle a su jouer un rôle pédagogique auprès des administrations et des entreprises.

---

l'accès aux informations contenues dans certains fichiers (Conseil d'État, le 7 juin 1995, Caisse régionale de Crédit Agricole de la Dordogne et Caisse nationale de Crédit agricole).

<sup>1</sup> V. Jean-Paul COSTA, «La transparence administrative», *Regards sur l'actualité* septembre-octobre 1998 p. 37-44.

<sup>2</sup> La CNIL a reçu depuis 1978 plus de 36 200 plaintes (au 31 décembre 2001) principalement dans les domaines commercial, bancaire, ceux du travail et des télécommunications. Les plaintes concernent le plus fréquemment l'exercice des droits, et plus particulièrement du droit d'opposition à figurer dans un traitement ou à faire l'objet de prospection commerciale, mais également l'exercice du droit d'accès aux données. V. rapport de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel sur le projet de loi n° 203 (2001-2002) adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, p. 17.

<sup>3</sup> Le CE reconnaît la nature d'actes faisant grief aux avertissements; CE 30. juill, Sté Consodata, *JCP*, 1997. II. 22950, note Frayssinet.

<sup>4</sup> V. rapport de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel sur le projet de loi n° 203 (2001-2002) adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, op. cit. p. 18.

<sup>5</sup> «Il appartient à la CNIL d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions, si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application», CE sect. 27 oct. 1999, M. Solana, *AJ*, 1999. 1002, chr. Fombeur et Guyomar.

Néanmoins, aujourd'hui, ce système de protection garanti par la loi du 6 janvier 1978 montre des faiblesses avérées, suite au progrès technologique permettant de plus en plus facilement de mettre en place des traitements des données à caractère personnel et leurs flux transfrontaliers. La loi du 6 janvier 1978 est faite pour garantir dans un cadre national la protection des données à caractère personnel, alors qu'aujourd'hui la libre circulation des données est technologiquement possible. Juridiquement, les législations nationales ne suffisent pas à garantir une protection équivalente entre les États pour permettre cette libre circulation. Les différences sont importantes entre les États, même parmi les États membres de l'Union européenne. C'est grâce au droit communautaire qu'il est possible aujourd'hui de garantir une protection presque équivalente dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne permettant ainsi la libre circulation des données à caractère personnel. La France, à l'image des autres pays membres aurait dû adopter des dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la Directive communautaire: elle aurait dû le faire au plus tard le 24 octobre 1998.

## **§2 Les motifs nécessitant la transposition en droit interne de la Directive 95/46/ CE**

Conformément au Traité instituant la Communauté européenne<sup>1</sup>, la Directive affirme que « les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente Directive au plus tard à l'issue d'une période de trois ans à compter de son adoption »<sup>2</sup>. Ainsi, un texte national de transposition est nécessaire et devait intervenir avant le 24 octobre 1998. En réalité, la France a assuré cette transposition seulement avec la loi n° 2004-801 du 6 août 2004<sup>3</sup>. Pourtant, dès 1996, le Conseil d'État a effectué une étude sur les orientations de la future loi<sup>4</sup>; et en 1998 le rapport au Premier ministre « Données personnelles et société de l'information » de M. Guy Braibant affirmait une préférence pour procéder par modification des textes en vigueur. Etant donné que la loi 1978 est considérée comme une bonne loi de caractère fondateur qui a

---

1 L'article 189 TCE indique que « la directive lie tout État membre quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

2 Article 32, Directive 95/46/CE,.

3 La non transposition de la Directive 95/46/CE n'est pas l'exception, puisque en 2002 on dénombrait 56 directives relatives au marché intérieur non transposées par la France.

4 V. 17ème Rapport d'activité de la CNIL 1996, p. 27-31.

inspiré largement la Directive européenne<sup>1</sup>, le rapport invitait à modifier l'ancienne loi<sup>2</sup>. La comparaison entre le texte français et le texte communautaire permet de constater qu'il existe des différences substantielles entre les deux textes (A), et que, suite aux dispositions de la Directive, les dispositions relatives à l'obligation d'information prescrites par la loi du 6 janvier 1978 doivent être aménagées (B).

### **A Les différences substantielles entre la loi du 6 janvier 1978 et la Directive 95/46/CE**

Selon la doctrine, la pratique a montré que le bilan de la loi française a été plutôt positif : elle considère que la loi n° 78-17 a donné, en son temps, une réponse satisfaisante aux questions que le développement de l'informatisation de la société, et surtout de l'administration, suscitait à l'égard de la protection de la vie privée<sup>3</sup>. Néanmoins, cette théorie peut être contestée, car le point de vue de la doctrine laisse quelque doute: comment peut-on en effet parler de bilan positif<sup>4</sup> si, comme l'affirme le rapport au Premier ministre de M. G. Braibant: «on peut avancer sans grand risque d'exagération que quelques millions de traitements ont échappé au contrôle de la CNIL»<sup>5</sup>, et si de très importants fichiers de sécurité concernant tous les citoyens et comportant de graves dangers pour leurs droits et libertés ont fonctionné et pour certains fonctionnent encore sans autorisation? Deux exemples précis révèlent la difficulté du contrôle des fichiers de sécurité publique. En décembre 2002, la gendarmerie nationale s'est décidée à présenter à la CNIL son projet de création de son fichier

---

<sup>1</sup> Parmi les principes affirmés la loi n° 78-17 et repris par la directive on trouve que les traitements sont soumis aux principes de finalité, de sécurité, de proportionnalité et de transparence. La transparence à l'égard des personnes concernées se manifeste à travers un droit d'accès, d'opposition, de communication et de rectification, la limitation du traitement dans le temps, et la création d'une autorité de contrôle indépendante ; les données sensibles sont protégées de façon particulière.

<sup>2</sup> G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La Documentation française, Paris, 1998, 291 p.

<sup>3</sup> V. dans ce sens G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La Documentation française, Paris, 1998, p.291. Le rapport au Premier ministre «Données personnelles et société de l'information» de Guy Braibant considérait la loi n° 78-17, «comme une bonne loi de caractère fondateur et qui a inspiré largement la directive européenne»; voir aussi le rapport commission du Sénat et J.Y. Ollier, *Les traitements de données personnelles par l'Administration: les conséquences de la transposition de la directive européenne*, 24 octobre 1995, CFP novembre 1998, p. 2-5.

<sup>4</sup> Même si on peut pas nier les effet positifs que la loi a eus pour protéger la vie privée; d'ailleurs ce rôle positif a été souligné très largement à l'occasion du vingtième anniversaire de la loi de 1978.

<sup>5</sup> Le Rapport de M. G. Braibant au Premier ministre *Données personnelles et société de l'information* souligne que « nul n'est en mesure d'estimer précisément le nombre de traitements automatisés d'informations nominatives, la CNIL en a enregistré 500.000 environ. (...) De toute façon, le nombre actuel de traitements en fonctionnement est sans commune mesure avec celui des traitements déclarés ou autorisés (...). On peut avancer sans grand risque d'exagération que quelques millions de traitements ont échappé » au contrôle de la CNIL.

d'enquête judiciaire (JUDEX), fichier dont la CNIL a de bonnes raisons de savoir qu'il fonctionnait depuis de nombreuses années. Que dire du STIC, Système de Traitement des Infractions Constatées, utilisé depuis 1996 par la police, alors que ce fichier n'avait aucune existence légale jusqu'au décret du 5 juillet 2001 n° 583 qui l'a finalement légalisé? D'ailleurs, même si le décret de juillet 2001 prévoit que les personnes figurant dans le fichier de police judiciaire de la police nationale STIC peuvent avoir connaissance, dans certains cas, du contenu de leur fiche, en réalité la CNIL attend toujours la mise en place du dispositif de consultation promis par le Ministère de l'Intérieur<sup>1</sup>.

Ainsi, il existe un problème pour les traitements de souveraineté qui échappent encore en partie au contrôle de la CNIL, auquel il faut ajouter un problème lié au manque d'effectifs de la CNIL ainsi qu'un déséquilibre du texte entre les traitements du secteur public et ceux du secteur privé. A cet ensemble de problèmes, il faut ajouter les grandes différences substantielles qui existent entre la loi n° 78-17 et la Directive 95/46/CE (1), requérant une refonte de la législation nationale applicable, même si elle comporte de nombreuses options, exceptions et dérogations, qui laissent aux États membres de grandes marges d'appréciation dans sa transposition. Parmi les modifications nécessaires, il faut donner une grande importance à la redéfinition des pouvoirs de l'autorité de contrôle (2) et aux définitions « larges » de la Directive permettant d'élargir le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 (3).

## **1 Les différences substantielles qui existent entre la loi du 6 janvier 1978 et la Directive 95/46/CE**

La première grande différence est l'objectif de la Directive qui, en application de l'article 1<sup>er</sup>, est de permettre le libre flux transfrontalier de données à destination des pays de l'Union européenne. Le système prévu par la Directive prévoit ainsi pour les flux intracommunautaires le principe absolu de la libre circulation alors que pour les flux extracommunautaires, il s'agit du principe de non-circulation, sauf si le pays destinataire des données dispose d'un niveau de protection adéquat. C'est là la première grande différence entre Directive et texte français : la Directive rendra inapplicable l'article 24 de la loi française qui prévoit au contraire la possibilité de soumettre à autorisation préalable ou

---

<sup>1</sup> [www.cnil.fr/thematic/doc/international/cnil](http://www.cnil.fr/thematic/doc/international/cnil).

réglementaire la transmission, entre le territoire français et l'étranger, sous quelque forme que ce soit, d'informations nominatives faisant l'objet de traitements automatisés mis en œuvre par les personnes privées. Ainsi, le régime des transmissions des données à l'étranger actuellement prévu par l'article 40-9 de la loi de 1978 devra s'adapter aux nouvelles dispositions de la Directive. Actuellement la loi n° 78-17 pose comme condition pour permettre un transfert de données vers un pays tiers l'existence d'une « protection équivalente à la loi française », sans différencier entre États membres ou non de l'Union européenne. Au contraire, la Directive interdit toute limitation aux transferts entre États membres de la Communauté, en raison du principe de libre circulation des données posé par l'article premier de la Directive. Désormais la seule condition au transfert de données à caractère personnel vers un pays non membre de l'Union européenne est que le pays destinataire doive garantir un « niveau de protection adéquate »<sup>1</sup>, alors que la loi française parle de « protection équivalente à la loi française ». La deuxième différence importante entre les deux textes est la suivante: la Directive ne fait pas de distinction entre traitements publics et privés, elle impose un glissement du contrôle *a priori* vers le contrôle *a posteriori* et elle élargit la protection aux données contenues dans les fichiers manuels.

En effet, alors que la loi n° 78-17 retient un critère organique en faisant une distinction entre les traitements mis en œuvre par les administrations publiques et le secteur privé<sup>2</sup>, la Directive retient un critère matériel et ne fait pas la distinction entre public et privé. Pour la loi n° 78-17, les traitements publics sont soumis à un régime d'autorisation, alors que la Directive, prévoit un contrôle préalable uniquement pour les traitements « susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées» et dans ce cas les États «(...) veillent à ce que ces traitements soient examinés avant leur mise en œuvre »<sup>3</sup>; il est indifférent qu'ils soient mis en œuvre par un opérateur public ou privé, car la Directive ne les distingue pas: « la distinction entre les régimes de la déclaration et de l'autorisation, qui subsiste, est donc désormais indépendante de la qualité du responsable »<sup>1</sup>. Par conséquent, pour les administrations, il sera plus facile de mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel. Cette formulation représente donc un abaissement du

---

<sup>1</sup> Paragraphe 1 de l'article 25 de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Sauf pour les traitements de recherche dans le domaine de la santé et d'évaluation des pratiques de soins où il n'existe pas de distinction entre les régimes de l'autorisation; elle est donc indépendante de la qualité du responsable, v. art. 40-2 alinéa 4.

<sup>3</sup> Article 20, Directive 95/46/CE.

niveau de protection, même si la Directive compense cet abaissement par un renforcement des sanctions et des contrôles *a posteriori*. Ainsi, désormais, le responsable du traitement, ou, le cas échéant, son représentant, devra adresser uniquement une notification à l'autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement automatisé ou partiellement automatisé.

En revanche, la Directive prévoit une simplification ou une exonération de l'obligation de notification. La simplification ne représente pas une nouveauté pour la loi du 6 janvier 1978 : actuellement l'article 17 de la loi française prévoit que la CNIL établisse des normes simplifiées pour les catégories les plus courantes des traitements à caractère public et privé. Au contraire, la possibilité de déroger à l'obligation de notification, lorsque le responsable du traitement désigne, conformément au droit national, un détaché à la protection des données qui tient un registre des traitements et assure d'une façon indépendante l'application interne de la réglementation (paragraphe 2 de l'article 18), n'est pas prévue par l'actuelle loi du 6 janvier 1978<sup>2</sup>. Ainsi, la fonction du « détaché à la protection des données » représenterait une innovation majeure si le législateur décidait de créer cette fonction. Néanmoins, le considérant 49 et le paragraphe 2 de l'article 18 de la Directive obligent les États membres à spécifier les catégories de traitements bénéficiant soit d'une simplification soit d'une exonération de notification alors que l'article 17 de la loi n° 78-17 confère ce pouvoir à la CNIL, donc à l'autorité de contrôle.

Concernant le contrôle des traitements, la Directive impose un glissement du contrôle *a priori* vers le contrôle *a posteriori*. Or, le contrôle *a posteriori*, s'il est prévu par la loi de 1978, n'a joué qu'un rôle limité dans le dispositif français à cause de l'insuffisance des pouvoirs et des moyens de la CNIL. Actuellement la loi n° 78-17 attribue des pouvoirs de contrôle *a posteriori* à la CNIL. Cependant ses pouvoirs sont limités alors que la Directive 95/46/CE confie un rôle prépondérant aux autorités de contrôle qui devront disposer de pouvoirs d'intervention et d'investigation *a posteriori* très importants.

---

<sup>1</sup> Rapport de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel sur le projet de loi n° 203 (2001-2002) adopté par l'Assemblée nationale relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, op. cit. p. 25.

<sup>2</sup> Aujourd'hui presque 80% des traitements déclarés à la CNIL sont faits selon une procédure simplifiée.

## **2 La nécessité de redéfinition des pouvoirs de la CNIL**

Les dispositions de la Directive imposent la refonte des pouvoirs de la CNIL. Conformément à la Directive, l'autorité de contrôle doit être dotée surtout de pouvoirs de contrôle *a posteriori* (a) et de pouvoirs de sanctions effectifs (b).

### **a La nécessité de doter la CNIL de pouvoirs de contrôle *a posteriori* importants**

En France, la loi confère à la CNIL le pouvoir de d'effectuer des vérifications sur place (art 21 alinéa 4). Mais la CNIL ne dispose pas d'un pouvoir de perquisition, ni de saisie, elle n'a pas un pouvoir d'exécution mais a uniquement la possibilité de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire les violations et infractions. L'article 11 de la loi lui permet de demander aux premiers présidents de Cours d'appel ou aux présidents des tribunaux administratifs de déléguer un magistrat de leur ressort, éventuellement assisté d'experts, pour des missions d'investigation et de contrôle effectuées sous sa direction. Ainsi, la CNIL peut sanctionner les manœuvres de dissimulation, l'absence de déclaration des fichiers, les déclarations incomplètes, voire l'absence ou les lacunes de déclarations de fichiers. Le règlement intérieur de la CNIL prévoit néanmoins que l'autorité concernée est prévenue avant tout contrôle. La Directive nécessite de modifier les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle de la CNIL : c'est la procédure de contrôle *a posteriori* qui devra devenir le mode d'intervention ordinaire de la CNIL.

La Directive prévoit principalement de remplacer le contrôle *a priori* par le contrôle *a posteriori*, mis à part pour les traitements de données à caractère personnel présentant des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées, pour lesquelles l'article 20 de la Directive n° 5-46 prévoit des contrôles préalables effectués par l'autorité de contrôle. Cet article présente un problème d'interprétation concernant la terminologie de «traitement présentant des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes», ce qui signifie une atteinte à la vie privée. La Directive renvoie aux États membres le soin «s'ils le souhaitent de préciser dans leur législation de tels risques »<sup>1</sup>. La définition de ces différentes catégories de traitements présentant des risques particuliers au regard des droits et

---

<sup>1</sup> Considérant 53 de la Directive n° 46-95 du 24 octobre 1995, J.O C.E. L 281/31.

libertés des personnes constitue une difficulté pour les procédures de transposition et peut signifier des différences entre les pays membres, et, par conséquent, un degré de protection différent dans chaque pays membre. Cependant, la protection de la vie privée est protégée par des textes internationaux, comme l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> qui est posé en principe fondamental par le considérant n° 10 de la Directive. Mais la notion de « données à caractère personnel » est plus large que la notion de « vie privée ». Les données à caractère personnel recouvrent toute information concernant une personne et pas seulement sa vie privée.

### **b La nécessité de doter la CNIL de pouvoirs de sanction effectifs**

L'article 28-3 de la Directive précise que l'autorité de contrôle doit disposer de pouvoirs d'investigation « tels que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission de contrôle ». Une fois l'autorité de contrôle dotée de ces pouvoirs d'investigation, il faut aussi permettre à l'autorité de contrôle le cas échéant, de sanctionner des traitements qui ne soient pas effectués conformément aux dispositions de la Directive.<sup>2</sup>

La CNIL devrait se voir attribuer par conséquent des pouvoirs de sanction administrative, notamment la possibilité de prononcer des injonctions de cesser des traitements à l'égard du responsable. Attribuer à une autorité administrative indépendante un pouvoir de sanction ne devrait pas poser de problèmes juridiques: le Conseil constitutionnel a admis la dévolution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative indépendante « dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

<sup>2</sup> Le paragraphe 3 de l'article 28 de la Directive 95/46/CE prévoit que l'autorité de contrôle doit disposer de pouvoirs effectifs d'intervention tels que :

- Ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou interdire temporairement ou définitivement un traitement, ou adresser un avertissement ou une admonestation au responsable du traitement ;
- saisir les parlements nationaux ou d'autres institutions politiques ;
- ester en justice en cas de violation des dispositions nationales prises en application de la Directive ou porter ces violations à la connaissance de l'autorité judiciaire. Les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel. Au contraire, la Directive ne prévoit pas un dispositif de sanction pécuniaire.

<sup>3</sup> Selon le Conseil constitutionnel, la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante d'un pouvoir de sanction, dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Dans sa décision du 28 juillet 1989, le Conseil considère que « *le principe de*



Actuellement, le 4<sup>o</sup> alinéa de l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit uniquement que la CNIL peut adresser aux intéressés des avertissements et dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance<sup>1</sup>. En outre, le 3<sup>o</sup> alinéa précise qu'« en cas de circonstances exceptionnelles », la CNIL peut prescrire des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'information. La CNIL n'est donc pas dotée de pouvoirs de sanctions effectifs, comme le sont pourtant déjà certaines autres autorités administratives indépendantes<sup>2</sup>. La Directive<sup>3</sup> précise que « les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ». La transposition de cette mesure ne devrait pas poser de problèmes particuliers, étant donné qu'actuellement les avertissements émis par la CNIL sont reconnus par le Conseil d'État comme étant des actes faisant grief. En cas de recours pour excès de pouvoir, l'appréciation des faits qui ont conduit la CNIL à formuler son avertissement est soumise au contrôle normal du juge<sup>4</sup>. Le régime des sanctions pénales réprimant les infractions aux dispositions de la loi n° 78-17 doit aussi être modifié pour tenir compte de l'article 24 de la Directive du 24 octobre 1995 qui prévoit en effet que « Les États membres (...) déterminent les sanctions à appliquer en cas de violation des dispositions prises en application de la présente Directive ». La modification du régime doit donc surtout tenir compte de la réorientation de l'action de la CNIL vers un contrôle *a posteriori*. Le renforcement des pouvoirs de sanction de la CNIL nécessite aussi de modifier le régime pénal comme l'indiquait le rapport remis par M. Guy Braibant au Premier ministre en affirmant que « le régime répressif français en matière de fichiers informatiques (...) se caractérise par une grande sévérité (...). Compte tenu de la faible effectivité de la loi pénale en cette matière, il paraît souhaitable d'explorer les voies permettant de mieux sanctionner ces atteintes aux libertés ». Le rapport propose surtout de ne pas abandonner la voie judiciaire au seul profit d'une régulation administrative. Il préconise au contraire de distinguer selon que le comportement en cause était manifestement destiné à porter atteinte à la liberté ou consistait

---

*la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction », Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 Rec. /158.*

<sup>1</sup> Conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale

<sup>2</sup> C'est le cas notamment du Conseil supérieur de l'audiovisuel « CSA ». Le CSA est doté d'une gamme de sanctions parmi lesquelles la suspension de l'autorisation, la réduction de la durée de l'autorisation, le retrait de l'autorisation, dans les cas les plus graves. Le CSA peut également condamner un diffuseur au paiement d'une amende ou demander la diffusion à l'antenne d'un communiqué, article 42-2 de la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 1 octobre 1986. [www.csa.fr/infos/textes/textes\\_detail.php?id=8784](http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=8784).

<sup>3</sup> Article 28 paragraphe 3, Directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> CE, 30 juillet 1997, Sté Consodata, *JCP*, 1997. II. 22950, note Frayssinet.

seulement en une violation d'une règle de forme n'ayant pas entraîné de préjudice, le premier étant toujours puni d'une peine correctionnelle -le quantum de l'emprisonnement ne devant pas dépasser trois ans- et le second, d'une peine contraventionnelle<sup>1</sup>.

Actuellement la législation pénale française applicable en matière de protection des personnes à l'égard des traitements automatisés de données nominatives résulte tant de la loi du 6 janvier 1978, modifiée par la loi du 16 décembre 1992, que du Code pénal. Le chapitre VI de la loi de 1978 intitulé « Dispositions pénales » précise à l'article 41 que « les infractions aux dispositions de la loi sont réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal » ; de plus, les articles 42 et 43 sanctionnent des peines délictuelles respectivement, l'utilisation sans autorisation du répertoire national d'identification des personnes physiques (cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende), et l'entrave à l'action de la CNIL (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende). Il est ainsi nécessaire de modifier profondément le fonctionnement de la CNIL pour tenir compte du transfert de l'activité de contrôle *a priori* vers un contrôle principalement *a posteriori*. Un dernier point démontre les limites de l'autorité de contrôle: la France est représentée dans ses relations avec les institutions internationales (Conseil de l'Europe, Union européenne, OCDE) sur la protection des données à caractère personnel par le commissaire du Gouvernement auprès de la CNIL et non pas par la CNIL, alors que cette dernière a noué des relations avec ses homologues étrangers et que certains de ses membres ou agents sont entendus comme experts par des institutions internationales.

### **3 Un champ d'application de la protection des données à caractère personnel élargi**

Il faut saluer aussi une autre innovation de la Directive qui, avec l'article 3, élargit la protection aux données contenues dans les fichiers manuels. Ainsi, l'ensemble des règles de protection applicables aux traitements automatisés doit s'appliquer aux traitements non automatisés, obligeant ainsi d'élargir le champ d'application de la loi n° 78-17. Mais en particulier, la Directive impose la modification de l'expression « informations nominatives » (a) et une redéfinition de l'expression « données sensibles » (b) données par la loi n° 78-17.

---

<sup>1</sup> Rapport N° 218 du Sénat, session ordinaire de 2002-2003, annexe au procès-verbal de la séance du 19 mars 2003, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par L'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, p. 168.

### **a La nécessité de redéfinir la notion d'« informations nominatives»**

Le fichier de données à caractère personnel est défini par l'article 2 c de la Directive comme « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessible selon les critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique », et par le considérant 15 de la Directive qui ajoute que la Directive couvre le traitement de données automatisées ou contenues dans « un fichier structuré selon des critères spécifiques relatifs aux personnes afin de permettre un accès aisé aux données à caractère personnel en cause ». La notion de fichier sert donc uniquement à délimiter le champ d'application de la Directive pour les traitements non automatisés. Conformément à la Directive, c'est l'ensemble du dispositif qui devra être applicable aux fichiers manuels comme aux traitements automatisés, alors qu'actuellement les fichiers non automatisés ou mécanographiques ne sont en effet que partiellement appréhendés par la loi française de 1978<sup>1</sup>. Cette situation ne satisfait pas les prescriptions de la Directive européenne qui néanmoins laisse la possibilité aux États membres, pour ce type de traitement, de se mettre en conformité dans un délai de douze ans à compter de la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales.

En dehors de ces grandes différences substantielles, il existe un ensemble d'autres dispositions de la Directive qui nécessitent de modifier la loi n° 78-17. Ces différences ont une influence directe sur le champ d'application comme aussi sur les droits de la personne concernée.

La loi n° 78-17 protège les « informations nominatives » (art. 4); la Directive au contraire prend en considérations les « données à caractère personnel ». La différence est considérable: même si la CNIL a donné une interprétation large « d'informations nominatives », cette définition ne respecte pas les nouveaux critères de la Directive communautaire 95/46/CE. Selon la Directive en effet, son champ d'application porte sur toutes les données numérisées, qu'elles soient en forme de texte, de son ou d'image et surtout elle va au-delà de la notion classique de fichier en le définissant comme « tout ensemble structuré de données »<sup>2</sup>. Ce champ d'application permet aux personnes concernées de voir

---

<sup>1</sup> V. articles 45 de la loi n° 78-17.

<sup>2</sup> H.MAISL, «Entre liberté d'accès aux documents et protection des données», *Revue française d'administration publique*, 1997, p.77-85.

leur vie privée plus amplement protégée, car la Directive couvre un très ample champ d'informations personnelles. L'expression «données à caractère personnel» de la Directive signifie que sont considérées comme telles «toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, directement ou indirectement notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturel ou sociale et donc aussi les informations de type photographique, sonore, code barre tant qu'elle concerne une personne »<sup>1</sup>. Donc pour la Directive, il suffit que les informations concernent une personne sans nécessairement permettre de l'identifier, pour être considérées comme données à caractère personnel et donc rentrant dans le champ de protection de la Directive. En revanche, pour la loi n° 78-17, ces données sont exclues de la protection de la loi, car elles ne sont pas considérées comme informations nominatives. Le considérant n° 14 de la Directive précise que les données constituées par le son et les images, relatives aux personnes physiques entrent dans le champ d'application de la présente Directive. Ainsi, la définition permet de considérer les images ou les sons comme des données à caractère personnel là où ils peuvent être mis en rapport avec des personnes physiques identifiées ou identifiables.<sup>2</sup> Sont considérés par exemple comme des traitements de données à caractère personnel des enregistrements du son et des images, tels que ceux de vidéosurveillance, sauf (considérant 16) s'ils ne relèvent pas du champ d'application de la Directive et s'ils sont mis en œuvre à des fins de sécurité publique. En France, c'est la loi du 21 janvier 1995<sup>3</sup> qui régit la vidéosurveillance dans les lieux publics et lieux privés ouverts au public. Aux termes de l'article 10 - I de cette loi, « les enregistrements visuels de vidéosurveillance ne sont considérés comme des informations nominatives, au sens de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, que s'ils sont utilisés pour la constitution d'un fichier nominatif (...)». La CNIL ne demeure donc compétente que si les enregistrements sont utilisés pour la constitution d'un fichier nominatif<sup>4</sup>. Le problème qui se pose est que le champ d'application

---

<sup>1</sup> L'article 2a) de la directive entend par « données à caractère personnel », « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable. Est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale».

<sup>2</sup> C. DOUTRELEPONT, P. VAN BINST, L. WILKIN, *Libertés, droits et réseaux dans la société de l'information* Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 357.

<sup>3</sup> Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, Journal officiel de la République française, du 24 janvier 1995 p. 1249. article 10.

<sup>4</sup> 17° Rapport d'activité 1996, Commission nationale de l'informatique et des libertés, La Documentation française, Paris 1998, p.31-32 B. La réglementation de la vidéosurveillance.

de la loi 21 janvier 1995 est plus large que celui visé par la Directive (considérant 16), car la loi inclut les dispositifs de vidéosurveillance mis en place par des établissements privés à des fins qui ne se rattachent pas nécessairement à la sécurité publique et qui par conséquent devraient être soumises à la réglementation de la Directive européenne<sup>1</sup>. La CNIL s'est prononcée dans le sens de la Directive en considérant que les techniques de vidéosurveillance pouvaient relever au moins partiellement de la loi de 1978 en affirmant que : « le procédé de surveillance des voies et places publiques par les moyens de caméras est de nature à constituer un risque pour les libertés et principalement celle, fondamentale et constitutionnelle, d'aller et venir, et qu'un tel système peut également occasionner des atteintes à la vie privée »<sup>2</sup>. La Directive va avoir aussi des conséquences prévisibles sur les droits d'information de la personne concernée garantis par la loi n° 78-17. C'est sans doute une des nouveautés majeures qu'apporte la Directive dans le domaine du droit à l'information en prescrivant d'informer la personne concernée même en cas de collecte indirecte des données. Néanmoins la portée de ces droits à l'information se trouve limitée par la Directive qui laisse la possibilité aux États membres de prévoir de nouvelles exceptions à ces droits à l'information.

### **b Une redéfinition de la notion de «données sensibles»**

Concernant les données dites sensibles, on constate également des différences entre la loi n° 78-17 et la Directive 95/46/CE. Cette dernière en effet élargit la définition de données sensibles en considérant comme sensibles des données qui ne le sont pas au titre de la loi n° 78-17. Mais en même temps, la Directive retient un champ de dérogation plus large au principe de l'interdiction de traitement des données sensibles que celui prévu actuellement par la loi n° 78-17.

L'article 8-1 de la Directive européenne 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel «sensibles» énumère six catégories de données (l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la santé et à la vie sexuelle) dont le traitement est en principe interdit car leur traitement est susceptible de porter atteinte aux

---

<sup>1</sup> G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, op cit, p.291.

<sup>2</sup> CNIL ,Rapport d'activité n°14 1993, p. 66, délibération n°93-001 du 12 janvier 1993.

libertés fondamentales ou à la vie privée<sup>1</sup>. La loi française, pour se conformer à la Directive, doit compléter la liste des données dites sensibles actuellement en vigueur. En effet, le premier alinéa de l'actuel article 31 de la loi du 6 janvier 1978 interdit « de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes », considérées comme des « données sensibles »<sup>2</sup>. Ainsi dans la loi n° 78-17, il manque une référence aux données relatives à la santé et à l'orientation sexuelle. Les données de santé ne sont pas considérées comme des données sensibles car les données de santé font systématiquement l'objet d'un traitement pour les fins de la médecine, d'études et pour l'administration du système de santé. La transposition de la Directive va obliger le législateur à encadrer le traitement de données de santé en restreignant les catégories de destinataires de ces données. Ni la loi française ni la Directive européenne ne font référence à la protection des données relatives aux caractéristiques génétiques des personnes, alors que les données génétiques ont été reconnues comme sensibles par la déclaration adoptée lors de la conférence générale de l'Unesco en 1997. La déclaration précise en effet que « (...) la confidentialité des données génétiques associées à une personne identifiable, conservées ou traitées à des fins de recherche ou dans tout autre but, doit être protégée (...)»<sup>3</sup>. Alors que la loi française et la Directive interdisent le traitement de ces données, ce droit à la confidentialité des données sensibles n'est pas absolu. Dans le texte communautaire et la loi française, plusieurs dérogations sont prévues au principe de l'interdiction du traitement des données sensibles. Les paragraphes 2 à 5 de l'article 8 de la Directive énoncent huit catégories de dérogations parmi lesquelles certaines sont déjà prévues par l'article 31 de la loi n° 78-17. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 31 loi n° 78-17 autorise les « églises ou les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical » à tenir un registre

---

<sup>1</sup> Le considérant n° 33 précise dans ce sens: « considérant que les données qui sont susceptibles par leur nature de porter atteinte aux libertés fondamentales ou à la vie privée ne devraient pas faire l'objet d'un traitement, sauf consentement explicite de la personne concernée; (...)».

<sup>2</sup> Les mœurs ont été ajoutées par l'article 257 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

<sup>3</sup> La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997, précise à l'article 7 «La confidentialité des données génétiques associées à une personne identifiable, conservées ou traitées à des fins de recherche ou dans tout autre but, doit être protégée dans les conditions prévues par la loi.» Enfin, le 16 octobre 2003, «La Déclaration internationale sur les données génétiques humaines» a été adoptée par la Conférence générale de l'Unesco. Elle précise : à l'article 14 : Vie privée et confidentialité

de leurs membres sous forme automatisée sans qu'aucun contrôle ne puisse être exercé, de ce chef, à leur rencontre<sup>1</sup>. La Directive est plus précise et ajoute que ces traitements devraient être effectués dans le cadre de leurs activités légitimes et avec les garanties appropriées et que les données ne peuvent être communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées<sup>2</sup>. Enfin, la faculté de collecter et de traiter des données sensibles pour un motif « d'intérêt public » se retrouve dans les deux textes : l'article 31 le prévoit expressément, mais le subordonne à l'autorisation de la CNIL, et le point 4 de l'article 8 de la Directive 95/46 CE permet, sous réserve de garanties appropriées, aux États membres de prévoir, pour un motif « d'intérêt public important »<sup>3</sup>, d'autres dérogations, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle. A la différence de la Directive, la loi française ne prévoit pas la dérogation pour des motifs humanitaires, autrement dit, la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle (1°, c) du paragraphe 2 de l'article 8 de la Directive). Or, l'accès aux données sensibles devient nécessaire pour faire face à des situations d'urgence, comme par exemple en matière de santé dans le cas où le consentement de la personne concernée ne peut être recueilli, alors que sa survie est en jeu<sup>4</sup>. Enfin, la Directive indique plusieurs autres cas dans lesquels des dérogations sont possibles mais pas obligatoires. La Directive permet en effet aux lois nationales de prévoir que dans certains cas, l'interdiction ne puisse être levée par le consentement de la personne concernée; elle prévoit également une dérogation à l'interdiction

---

(a) Les États devraient s'efforcer de protéger, dans les conditions prévues par le droit interne en conformité avec le droit international des droits de l'homme, la vie privée des individus et la confidentialité des données génétiques humaines associées à une personne, une famille ou, le cas échéant, un groupe identifiables.»

<sup>1</sup> Selon le Rapport de la commission des lois du Sénat, projet de loi n° 203 (2001-2002) du Sénat op. cit p. 59 et sv, sont concernés principalement «les traitements mis en œuvre par les ministères de la défense ou de l'intérieur». A titre d'exemple, la CNIL a estimé par sa délibération n° 82-205 du 7 décembre 1982 que le recueil d'informations sur le « *type racial* » d'individus par la direction centrale des renseignements généraux était d'intérêt public, dès lors que ces informations constituaient des éléments de signalisation des personnes».

<sup>2</sup> Article 8 paragraphe 2 point d, Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Les considérants 34 à 36 précisent que sont susceptibles de constituer un motif d'intérêt public important :

- les traitements intervenant dans des domaines tels que la santé publique et la protection sociale (particulièrement afin d'assurer la qualité et la rentabilité en ce qui concerne les procédures utilisées pour régler les demandes de prestations et de services dans les régimes d'assurance-maladie) ;
- la recherche scientifique et les statistiques publiques (considérant 34), des garanties appropriées devant être prévues ;
- le traitement de données à caractère personnel par des autorités publiques pour la réalisation de fins prévues par le droit constitutionnel ou le droit international public au profit d'associations à caractère religieux officiellement reconnues (considérant 35) ;
- la collecte par les partis politiques de données relatives aux opinions des personnes, si requis pour le fonctionnement du système démocratique (considérant 36).

<sup>4</sup> V. rapport de la commission des lois du Sénat, projet de loi n° 203 (2001-2002), op.cit p.64.

du traitement de données sensibles pour les traitements nécessaires au respect d'obligations du responsable du traitement en matière de droit du travail<sup>1</sup>

## **B Une modification importante de l'obligation d'information**

La Directive apporte deux modifications importantes à l'obligation d'information prescrite par la loi n° 78-17. Premièrement elle modifie les circonstances de l'information en prescrivant une obligation d'information également dans le cas où les informations nominatives n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée(1). Enfin la Directive impose aussi la modification aux règles relatives au droit d'accès de la personne concernée(2).

### **1 L'information en cas de collecte de données auprès de la personne concernée comme dans le cas où les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée**

La Directive apporte deux modifications importantes à l'obligation d'information prescrite par la loi n° 78-17. Premièrement elle modifie les circonstances de l'information en prescrivant une obligation d'information également dans le cas où les informations nominatives n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée; deuxièmement, elle élargit le contenu de l'information à fournir.

La loi n° 78-17 prescrit une obligation d'information des personnes au sujet desquelles des données nominatives sont informatisées ou conservées dans des fichiers. Ces informations permettent à la personnes d'exercer le droit d'accès et le droit de rectification<sup>2</sup>. Ces droits à l'information vont devoir évoluer grâce à la Directive 95/46/CE. L'art. 27 de la loi n° 78-17 prévoit que doivent être obligatoirement fournies à toute personne auprès de laquelle sont recueillies des informations nominatives les informations suivantes:

- le caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- les conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;

---

<sup>1</sup> Paragraphe 2 point a et b article 8 Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Voir ci-dessus point c. La protection des personnes fondée sur la transparence.



- les personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

Ainsi, l'article 27 de la loi n° 78-17 ne prévoit pas l'obligation d'informer la personne concernée si les données proviennent d'une autre source que la personne elle-même. La Directive implique une refonte de ces droits en prescrivant non seulement l'obligation d'information de la personne concernée en cas de collecte directe<sup>1</sup>, mais également en cas de collecte indirecte<sup>2</sup>. Conformément à la Directive, la personne concernée doit être informée même quand les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, soit lors de la première communication des données à un tiers, soit dès l'enregistrement des données. C'est une disposition importante de la Directive, qui permet d'élargir le droit à l'information de la personne concernée. Cette disposition correspond à l'interprétation de la CNIL qui considère aussi que la personne concernée doit être préalablement informée de l'enregistrement de ses données personnelles même lorsque les dites informations nominatives n'ont pas été recueillies directement auprès des personnes concernées<sup>3</sup>. Or, une telle interprétation semble aller au-delà de la législation de la loi française. Ainsi, la Cour de cassation n'a pas suivi cette interprétation et ne considère pas que la personne concernée soit préalablement informée lorsque les informations nominatives n'ont pas été recueillies directement auprès des personnes<sup>4</sup>. Le Conseil d'État s'est également exprimé dans ce sens, lorsqu'il considère que, selon la loi précitée, l'administration n'est pas tenue, lors de l'exercice du droit d'accès, de communiquer le nom de ses informateurs en cas de collecte indirecte d'informations nominatives<sup>5</sup>. L'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 doit donc s'interpréter comme prescrivant l'obligation d'information des personnes uniquement lorsque la collecte de données est effectuée directement auprès de ces personnes à l'exclusion des cas de collecte indirecte<sup>6</sup>. Par conséquent, la transposition de la Directive en droit français devra garantir que les obligations existantes lors de la collecte directe soient étendues aux cas de

---

<sup>1</sup> Article 10, Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Article 11 Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> 14° rapport annuel d'activité de la CNIL pour 1993, p. 96-98.

<sup>4</sup> Cass.crim, 25 octobre 1995, GPR et autres; CA Paris 11° ch, 15 novembre 1994, cf. Ariane Mole, «L'interprétation de la CNIL a fait long feu» *Gazette du Droit des Technologies Avancées*, sommaire annoté, n°94, 95 des 3 et 4 avril 1996.

<sup>5</sup> CE, 16 janvier 1985, M.Thorel *Alian, Rec.*, T. 476; *AJ*, 1985. 163, note Richer; *D*, 1987, somm. 376, obs. Maisl.

<sup>6</sup> A. MOLE, «Jusqu'où ira le droit à l'information?», in *Gazette du Palais*, 22-23 Janvier 1997, p. 8-15.

collecte indirecte, qui sont de plus en plus nombreux<sup>1</sup>. Deuxièmement, concernant le contenu de l'information, il existe aussi une différence importante entre les informations qui doivent être fournies, en cas de collecte des données effectuée directement auprès de l'intéressé<sup>2</sup>. Selon la Directive, les renseignements qui doivent être fournis obligatoirement à la personne concernée, sauf si la personne en est déjà informée, sont:

- l'identité du responsable et le cas échéant de son responsable ;
- les finalités du traitement auxquelles les données sont destinées ;
- toute information supplémentaire telle que :

les destinataires ou les catégories de destinataires des données,

le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,

l'existence d'un droit d'accès aux données la concernant et de rectification de ces données, dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, ces informations supplémentaires sont nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données. Ainsi, de nouvelles exceptions pourront être prévues à ce droit à l'information conformément à la Directive. Certaines informations obligatoires prévues par l'article 27 de la loi précitée constituent, en vertu de la Directive, des exemples d'informations supplémentaires à fournir à la personne concernée, donc seulement si cette communication, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, apparaîtra nécessaire pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données. Il appartiendra à chaque État membre d'apprécier l'opportunité de cette information complémentaire à fournir. Néanmoins, la nouvelle version de la loi n° 78-17, respecte bien le principe que la Directive «ne doit pas conduire à affaiblir la protection (...) mais [doit] au contraire avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté»<sup>3</sup>. Il semble en effet que les modifications de la loi n° 78-17 prévues par le projet de loi reprennent les dispositions de l'actuel article 27 en les complétant avec les précisions nouvelles résultant de la transposition de la Directive sans affaiblir la protection déjà existante.

---

<sup>1</sup> En effet, des entreprises ont intérêt à acheter ou à vendre des fichiers de données à caractère personnel constituant ainsi une liste de clients potentiels: par exemple, un fournisseur d'accès à internet peut transmettre ses fichiers à une entreprise de matériel informatique. Ainsi ces données sont collectées de façon indirecte sans que la personne concernée en soit informée.

<sup>2</sup> Concernant les cas où les données ne sont pas collectées auprès de la personne, la directive garantit de toute façon un niveau de protection supérieur à celui de la loi n° 78-17 qui prévoit uniquement l'information lorsque les informations nominatives sont collectées auprès d'elle.

<sup>3</sup> Considérant 10 de la Directive 95/46/CE.

Ainsi, la loi modifiée devra fournir les informations relatives à la finalité du traitement et l'identité du responsable du traitement ou son représentant, sauf si la personne en est déjà informée<sup>1</sup>. La consécration du principe de finalité est explicite dans la Directive, à la différence de la loi française de 1978 où le principe apparaît de manière incidente dans l'article 19<sup>2</sup>. La communication de la finalité représente ainsi un apport non négligeable d'informations à la personne concernée par le traitement, principalement pour permettre d'empêcher l'utilisation des données pour d'autres finalités. Par ailleurs, le paragraphe 1 point b de l'article 6 de la Directive affirme que les données à caractère personnel doivent être : «collectées pour des finalités déterminées». Toutefois, dans le cas de la collecte indirecte des données à caractère personnel, des exceptions au droit à l'information peuvent être prévues, conformément au paragraphe 2 de l'article 11 de la Directive, en particulier pour les traitements à finalité statistique ou de recherche historique ou scientifique ou si l'information de la personne concernée se révèle impossible ou implique des efforts disproportionnés<sup>3</sup>. Parmi les droits de la personne concernée, la Directive apporte une modification du droit de la personne concernée à s'opposer à ce que ses données fassent l'objet d'un traitement. L'actuel article 26 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit en effet que toute personne a le droit de s'opposer, «pour des raisons légitimes», à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement. Ce droit ne s'applique pas aux traitements devant être autorisés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la CNIL (art15), c'est-à-dire aux traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public. Mais la loi ne prescrit pas une obligation d'informer les personnes de l'existence de ce droit d'opposition, étant donné que le droit d'opposition ne figure pas dans la liste des renseignements à donner prévus par l'article 26 de la loi<sup>4</sup>. De son côté,

---

<sup>1</sup> Dans l'état actuel de la loi n° 78-17, seul l'article 22 permet de connaître la finalité d'un traitement à travers la consultation des listes de traitements mises à disposition par la CNIL, mais, en aucun cas, la finalité du traitement n'est communiquée au moment de la collecte. Naturellement il existe des cas où la finalité du traitement apparaît évidente, résultant des circonstances mêmes de la collecte. Par exemple, pour un traitement mis en œuvre lors de la souscription d'un contrat fournisseur d'électricité, la personne concernée est dans ce cas automatiquement informée de l'identité du responsable du traitement et de la finalité à condition que les données ne soient pas utilisées ou transmises à d'autres fournisseurs, donc pour d'autres finalités.

<sup>2</sup> Cf. PONTTHOREAU Marie-Claire, «La Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles et à la libre circulation de ces données», *RFD adm.* n°13 1 janvier-fév 1997, p. 125-138.

<sup>3</sup> L'information ne s'applique pas lorsque «en particulier pour un traitement à finalité statistique ou de recherche historique ou scientifique, l'information de la personne concernée se révèle impossible ou implique des efforts disproportionnés ou si la législation prévoit expressément l'enregistrement ou la communication des données.

<sup>4</sup> La seule exception réside dans le domaine de la santé: en effet la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1994 oblige d'informer la personne concernée de son droit d'opposition également lorsque les informations sont collectées auprès d'un

l'article 14 de la Directive, relatif au droit d'opposition des personnes, prévoit (sous réserve des traitements répondant à une obligation légale<sup>1</sup>) que, dans le domaine particulier des traitements mis en œuvre à des fins de prospection, il y a obligation d'informer les personnes de leur droit d'opposition, préalablement à toute communication ou utilisation pour le compte de tiers des données les concernant<sup>2</sup>. On remarque que la Directive ne précise ni la formalité particulière ni selon quelles modalités une telle information devra être effectuée. Ainsi, le droit d'opposition affirmé par la Directive correspond à ce qu'a affirmé la CNIL depuis 1993, en indiquant que la personne concernée a le droit de s'opposer à une transmission de ses informations nominatives à des fins de prospection commerciale<sup>3</sup>, comme le fait déjà le code de déontologie de professionnel du marketing qui prévoit la possibilité de s'opposer à ce que les données concernant la personne soient utilisées à des fins de prospection commerciale<sup>4</sup>. Parmi les informations communiquées à la personne concernée se trouve aussi la communication de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

---

tiers pour les traitements ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé (art 40-5 alinéa 5 de loi n° 78-17).

<sup>1</sup> Sont concernés les traitements nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées art. 7 point e Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> « Les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit (...) de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection, ou, d'être informée avant que les données à caractère personnel ne soient pour la première fois communiquées à des tiers ou utilisées pour le compte de tiers à des fins de protection et de se voir expressément offrir le droit de s'opposer, gratuitement, à ladite communication ou utilisation».

<sup>3</sup> 14<sup>e</sup> rapport annuel d'activité de la CNIL pour 1993, p. 96-98, précité.

<sup>4</sup> Dans le secteur du marketing, il existe depuis le 8 décembre 1993, un «Code de déontologie des professionnels du marketing direct vis-à-vis de la protection des données à caractère personnel». Ce code prévoit la possibilité des personnes de s'opposer que leurs nom et adresse fassent l'objet d'une cession ou d'une mise à disposition commerciale. Ainsi, l'information préalable des personnes quant à leur droit d'opposition va au-delà de la loi n° 78-17 et respecte les dispositions relatives au droit à l'opposition de la Directive 95/46/CE.

## **2 La modification des règles relatives au droit d'accès aux données à caractère personnel**

Il faut faire une distinction entre le droit d'accès direct ( a) et le droit d'accès indirect (b).

### **a Le droit d'accès direct aux données à caractère personnel**

Conformément à l'art 22 de la loi n° 78-17, la CNIL met à la disposition du public la liste des traitements, en précisant pour chacun d'eux

- la loi ou l'acte réglementaire décidant de sa création ou la date de sa déclaration ;
- sa dénomination et sa finalité ;
- le service auprès duquel est exercé le droit d'accès prévu au chapitre V ci-dessous ;
- les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations<sup>1</sup>.

Ainsi, chaque personne physique peut exercer le droit d'accès qui est l'élément central du système de la protection des données à caractère personnel. Reconnu comme tel par les deux textes, l'exercice de ce droit est garanti par la loi française de 1978 au titulaire du droit d'accès (défini par l'article 34 comme étant la personne justifiant de son identité). Conformément à la loi du 6 janvier 1978, l'intéressé a la possibilité d'interroger les services ou organismes chargés de mettre en œuvre les traitements, afin d'obtenir la confirmation que des données le concernant sont ou ne sont pas traitées, et d'obtenir la communication sous une forme intelligible des données faisant l'objet d'un traitement<sup>2</sup>. S'agissant des fichiers publics, la demande doit être adressée au service auprès duquel s'exerce le droit d'accès. Au cas où la demande n'est pas adressée au bon service, il y a obligation de transmission au bon service<sup>3</sup>.

Ni la loi ni la Directive ne spécifient de quelle façon la demande d'accès doit être présentée. La pratique a montré que la demande d'accès peut être présentée sur place ou par

---

<sup>1</sup> Article 22, loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>2</sup> Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Voix image et protection des données personnelles*, La documentation française, Paris 1996, p. 119 (60).

<sup>3</sup> V. CE, 30 nov. 1984, Bertin, *Rec.*, 393; *AJ*, 1985. 245, chr. Hubac et Schoettl.

écrit par le titulaire du droit d'accès lui-même<sup>1</sup>. Concernant le temps de réponse du service auprès duquel s'exerce le droit d'accès, il doit être en principe immédiat, car la loi prévoit que la communication de l'information peut être retardée uniquement quand le responsable du fichier saisit contradictoirement la commission afin que celle-ci lui accorde «un délai de réponse» ou «l'autorisation de ne pas tenir compte de certaines demandes manifestement abusives par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique»<sup>2</sup>. La communication des informations s'accompagne d'un droit d'obtenir une copie des informations enregistrées contre perception d'une redevance forfaitaire qui sera remboursée au demandeur s'il obtient la modification de l'information<sup>3</sup> et à condition que la demande soit présentée par le titulaire du droit d'accès (art. 35, al. 2). Les dispositions de la Directive relative au droit d'accès vont obliger de modifier l'actuel droit d'accès garanti par la loi n° 78-17 en garantissant un droit d'accès à l'information élargi : en effet, en plus du droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées et le droit d'obtenir la communication sous une forme intelligible des données faisant objet des traitements des informations, la Directive prévoit d'obtenir les informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données, aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquelles les données sont communiquées, ainsi que toute information disponible sur l'origine des données, enfin aussi la connaissance de la logique qui sous-tend tout traitement automatisé des données la concernant (art. 12-a). Le droit d'accès ne se limite donc pas uniquement à la communication des données, mais va désormais permettre à la personne concernée de connaître aussi la logique qui sous-tend le traitement et la finalité de celui-ci. C'est à travers ce droit d'accès que la personne concernée a la possibilité<sup>4</sup>, que soient «(...) rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite» ; et lorsqu'il y a lieu de craindre la dissimulation ou la disparition des informations, et même avant l'exercice d'un recours juridictionnel, la personne concernée peut demander au juge compétent que soient ordonnées toutes mesures de nature à éviter cette dissimulation ou cette disparition (art. 35 alinéa 4). La

---

<sup>1</sup> V. Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 394 et sv.

<sup>2</sup> Article 35, al. 3 loi n° 78-17.

<sup>3</sup> Décret du 16 juin 1982, art. 3.

<sup>4</sup> Selon l'article 36 alinéa 1 de la Loi du 6 janvier 1978.

nouveauté introduite par la Directive<sup>1</sup> est que les États membres, en plus de la rectification et de l'effacement, doivent garantir le droit de verrouiller les données par volonté de la personne concernée notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données<sup>2</sup>. Au contraire, la Directive ne prévoit pas l'obligation pour le responsable du traitement de justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé à la modification demandée par l'intéressé<sup>3</sup>. Par ailleurs, il est prévu par que «si une information a été transmise à un tiers, sa rectification ou son annulation doit être notifiée à ce tiers, sauf dispense accordée par la commission»<sup>4</sup>. Ainsi, la loi n° 78-17 prévoit une obligation de résultat alors qu'avec la Directive il ne s'agira plus désormais que d'une obligation de moyen<sup>5</sup>, qui prévoit la notification au tiers des modifications uniquement si cela ne s'avère pas «impossible ou ne suppose pas un effort disproportionné».

En somme, la loi 6 janvier 1978 permet déjà de connaître un grand nombre d'informations mais qui sont limitées aux traitements déclarés auprès de la CNIL. La Directive, au contraire, ne limite pas l'accès aux traitements déclarés, le droit d'accès est indépendant de cette formalité car de nombreux traitements ne seront plus déclarés à l'autorité de contrôle. Désormais, concernant les catégories de traitements qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées, les États peuvent prévoir des simplifications de la notification ou de dérogation à cette obligation, à condition de préciser «les finalités des traitements, les données ou catégories de données traitées, la ou les catégories de personnes concernées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées et la durée de conservation» (art. 18- 2). C'est le responsable du traitement qui est obligé, de manière indépendante, d'assurer l'application interne des dispositions nationales prises en application de la Directive et de tenir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement, consultable par toute personne (art. 21- 2), et donc également de permettre l'exercice du droit d'accès. La loi n° 78-17, comme la

---

<sup>1</sup> Article 12 paragraphe b. Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Le droit de demander le verrouillage des données à caractère personnel trouve ses origines dans la loi fédérale relative à la protection des données de 1990, art. 20 alinéa 3 : «Au lieu d'effacer les données, on les bloque dans la mesure où

1° des délais d'archivage légaux, statutaires ou contractuels s'opposent à un effacement,

2° il y a raison de supposer qu'un effacement pourrait porter atteinte aux intérêts à protéger de la personne concernée, ou

3° un effacement n'est pas possible ou n'est possible que par une mise en œuvre démesurée en raison de la particularité de l'enregistrement. »

<sup>3</sup> Deuxième alinéa de l'article 36 Loi n° 78-17.

<sup>4</sup> Article 38 Loi n° 78-17, 6 janvier 1978.

<sup>5</sup> Conformément au point c) de l'article 12 de la Directive 95/46/CE.

Directive 95/46/CE, prévoient un droit d'accès indirect aux données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement de souveraineté intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique.

### **b L'accès indirect concernant les traitements de souveraineté**

Le droit d'accès, de rectification, et d'effacement garanti par le régime général est incompatible avec les traitements de données à caractère personnel de souveraineté, qui sont celles intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique. En effet, l'article 39 de la loi n° 78-17 prévoit une procédure d'accès indirect (exercé par un membre de la CNIL pour le compte de la personne) aux données intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique et pour celles constituées à des fins de recherche et de constatation des infractions ou à des fins fiscales. Ainsi, la personne mettant en œuvre le traitement ne communique pas l'information directement à la personne concernée - c'est le cas, par exemple, si les informations sont contenues dans le fichier central de la direction des renseignements- mais à la CNIL elle-même<sup>1</sup>. Actuellement, le 2° de l'article 21 de la loi prévoit déjà que la CNIL peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres ou de ses agents, assistés, le cas échéant, d'experts, de procéder à l'égard de tout traitement à des vérifications sur place et de se faire communiquer tous renseignements et documents utiles à sa mission. Ainsi, tous les traitements, y compris ceux dits de souveraineté sont susceptibles de faire l'objet de vérification. La personne concernée doit adresser une demande à la CNIL qui envoie l'un des membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. La CNIL informe le requérant qu'il a été procédé aux vérifications sans faire connaître le résultat des vérifications. Ce droit d'accès ne comporte donc aucun droit à la transmission d'aucune donnée aux intéressés. La seule exception est constituée par le décret<sup>2</sup> qui permet d'élargir le droit d'accès indirect<sup>3</sup> aux informations figurant dans les fichiers constitués par les services des renseignements généraux s'exerce auprès de la CNIL, dans les conditions prévues par l'article 39 de la loi ; toutefois la CNIL,

---

<sup>1</sup> CE 27 avril 1988, Mme Loschak, Rec., 173; D, 1988. IR. 150.

<sup>2</sup> Décret n° 91-1051 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'art. 31 al. 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

<sup>3</sup> Article 7 du Décret n° 91-1051.



«(...) en accord avec le ministre de l'Intérieur, peut constater que ces informations ne mettent pas en cause la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique et qu'il y a donc lieu de les communiquer à l'intéressé.» Si le ministre de l'Intérieur refuse la communication au « requérant de tout ou partie des informations le concernant lorsque cette communication peut nuire à la sûreté de l'État, à la défense ou à la sécurité publique», la CNIL informe l'intéressé qu'il a été procédé aux vérifications. La personne concernée est placée ainsi presque dans la même situation que pour les autres fichiers protégés en vertu de l'article 39 de la loi n° 78-17; la seule différence est que, conformément à l'article 7, la CNIL peut, avec l'accord du ministre de l'Intérieur, indiquer au demandeur qu'aucune information le concernant ne figure dans le fichier. Néanmoins, le ministre dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour savoir si la divulgation peut nuire, et non pas seulement porter atteinte aux intérêts généraux qu'il doit protéger<sup>1</sup>. Le ministre de l'Intérieur pourra refuser l'accès aux données en lui opposant l'article 413-10 du Code pénal, interdisant toute divulgation de secrets intéressant la défense nationale<sup>2</sup>.

Quant à la Directive, on constate qu'elle<sup>3</sup> ne s'applique «pas au traitement de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire (...) et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (...)». Néanmoins, le point 4 de l'article 28 de la Directive prévoit que pour les traitements de souveraineté, les États prévoient un accès indirect, à travers l'autorité de contrôle qui peut être saisie par toute personne ou par une association la représentant, d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel. L'autorité de contrôle pourra notamment être saisie d'une demande de vérification de la légitimité d'un traitement lorsque les dispositions nationales ont prévu des exceptions au droit d'accès en vertu de l'article 13 de la Directive. La personne concernée est informée des suites données à sa demande et la personne est à tout le moins informée de ce qu'une vérification a eu lieu. Ainsi, comme dans le cas de la loi française, l'intéressé n'a pas accès aux données ni au résultat des vérifications.

---

<sup>1</sup> Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, op. cit., p. 398.

<sup>2</sup> La création avec la loi du 8 juillet 1998 de la Commission consultative du secret de la défense nationale devrait permettre d'élargir le droit d'accès à travers la déclassification. Cette commission est chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du Code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises» (art. 1er).

<sup>3</sup> Premier tiret du paragraphe 2 de l'article 3 Directive 95/46/CE

Toutefois la Directive admet que les États puissent limiter le droit d'accès pour les traitements de souveraineté, puisque l'article 13 de la Directive prévoit deux types d'exceptions. Premièrement les États membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus lorsque une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la sûreté de l'État, la défense, la sécurité publique, la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou de manquements à la déontologie dans le cas des professions réglementées, un intérêt économique ou financier important d'un État membre, ou de l'Union, ou la protection des personnes concernées ou des droits et libertés d'autrui. Deuxièmement, les États ont la possibilité de limiter, par une mesure législative, uniquement le droit d'accès garanti par l'article 12 dans les cas où il n'existe aucun risque d'atteinte à la vie privée de la personne concernée lorsque les données sont traitées exclusivement pour des fins de recherche scientifique ou stockées sous forme de données à caractère personnel pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la seule finalité. Cette hypothèse n'est pas prévue par la loi n° 78-17 et n'est pas reprise par loi n° 801-2004 du 6 août 2004.

Un problème se pose alors: il peut exister en effet des différences entre les États membres pour considérer certains traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et des libertés des personnes concernées. Car le considérant n° 53 de la Directive renvoie aux États membres le soin «s'ils le souhaitent de préciser dans leur législation de tels risques». Ne risque-t-on pas de cette manière de ne pas garantir la même protection à l'intérieur de l'Union en cas de traitement de données transfrontalières si la définition «de risque d'atteinte à la vie privée» est différente d'un État à l'autre?

Il est enfin à remarquer que l'article 13 de la Directive 95/46/CE impose une mesure législative pour transposer les exceptions et limitations prévues par la Directive, alors que normalement, les Directives n'imposent pas d'instrument juridique pour la transposition. De fait, pour les autres mesures de transposition, la Directive 95/46/CE n'impose pas un instrument juridique précis<sup>1</sup>.

L'article 25 de la loi française affirme que «la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite» : elle lie ainsi la qualité des données à la

---

<sup>1</sup> Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente Directive (...). Directive 95/46/CE, article 32 paragraphe 1.

seule opération de collecte. La Directive, elle, dispose <sup>1</sup> que le traitement doit être loyal et licite, termes qui sont définis par les considérants 38 et 39 qui affirment l'obligation d'informer les personnes concernées au moment de la collecte ou lorsque les données sont communiquées pour la première fois à un tiers; cette information doit être effective et complète au regard des circonstances de cette collecte. Par conséquent, les modalités de l'art 6 s'appliquent à l'ensemble des opérations constitutives du traitement (énumérées par l'art . 2).

Le législateur français aurait dû se conformer à la plupart des dispositions de la Directive, (conformément à l'article 32), avant le 25 octobre 1998. Force est de constater que c'est seulement plus de cinq ans après l'expiration de ce délai, que le législateur a assuré la transposition avec la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>2</sup>.

## **SECTION II La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 est maintenue, mais est profondément remaniée**

Le gouvernement a préféré remanier profondément la loi du 6 janvier 1978, en raison de son caractère historique et symbolique, plutôt que d'élaborer une loi entièrement nouvelle. L'existence de la loi du 6 janvier 1978 a posé sans doute des problèmes pour la transposition. En effet, l'importance de cette loi, acquise avec le temps, ne peut être ignorée au moment de transposer la Directive européenne, mais elle ne peut pas justifier les cinq ans de retard acquis par la France. Concernant le retard dans le terme de transposition, une situation comparable s'est vérifiée pour le droit allemand qui disposait depuis 1990 de sa deuxième loi fédérale pour la protection des données à caractère personnel (la première loi date de 1977). L'Allemagne a toutefois transposé en 2001 la Directive 95/46/CE avec la nouvelle loi

---

<sup>1</sup> Paragraphe 1 point a de l'article 6 directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Étant donné la date récente d'adoption de la nouvelle loi n° 2004-801, du 6 août 2004, il nous a été impossible d'apporter toutes les modifications nécessaires à notre travail. Toutefois, la section II tiendra compte du projet de loi et des travaux parlementaires jusqu'à la fin 2003. Cela dit, le projet de loi voté par le Sénat correspond pratiquement au texte final adopté le 6 août 2004, et permet donc de faire une première analyse des modifications apportées au système de protection garanti par la loi n° 78-17.

fédérale BDSG pour la protection des données à caractère personnel. La nouvelle loi française, elle, se caractérise d'une part par un niveau rehaussé de protection des droits et libertés des personnes concernées (§1), et, d'autre part, par l'extension des pouvoirs de la CNIL (§2) puisque cette dernière est désormais dotée d'amples pouvoirs de sanction.

## **§1 Un niveau de protection des droits et libertés des personnes concernées rehaussé**

Pour apprécier la portée de la loi modifiée sur les droits et libertés des personnes concernées, une première constatation s'impose. la nouvelle loi ne tient pas compte uniquement des prescriptions de la Directive, mais au contraire, choisit de suivre l'ordre de la Directive: elle traite en effet dans un premier temps de la légitimité des traitements, puis des données sensibles, des obligations des responsables de traitements, ensuite des différentes formalités préalables, des pouvoirs de contrôle de la CNIL et des voies de recours, pour terminer par les flux transfrontaliers de données à caractère personnel. Le projet de loi substitue ainsi aux chapitres existants de la loi du 6 janvier 1978 de nouvelles dispositions, et déplace des dispositions figurant déjà, par ailleurs, dans la loi en vigueur. Les modifications introduites par la nouvelle loi, élargissent le champ d'application matériel (A) et permettent un meilleur accès à l'information de la personne concernée (B).

### **A Un élargissement du champ d'application matériel de la protection des données à caractère personnel**

La nouvelle loi, conformément à la Directive, étend le champ de la protection des personnes par l'utilisation de la nouvelle notion de «données à caractère personnel» (1). Néanmoins ce renforcement de protection est limité par l'élargissement du champ de dérogation à l'interdiction de traitement des données à caractère personnel (2).

#### **1 La nouvelle notion de «données à caractère personnel»**

Les mesures de protection s'appliquent aux traitements, automatisés ou non, de données à caractère personnel. Désormais les traitements non automatisés sont visés par la nouvelle loi à l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités

exclusivement personnelles<sup>1</sup>. La nouvelle loi substitue la notion de «données à caractère personnel» à celle «d'informations nominatives» qui est définie comme «toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres»<sup>2</sup>. Ainsi, toute information, quelle que soit sa nature, entre dans cette définition et donc étend le champ de la protection aux domaines de la voix et de l'image<sup>3</sup>. La nouvelle loi reprend le considérant 26 de la Directive: «que (...) pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne (...); que les principes de la protection ne s'appliquent pas aux données rendues anonymes d'une manière telle que la personne concernée ne soit plus identifiable». Cette disposition tend à préciser la distinction entre données anonymes et données indirectement nominatives pour éviter que des données rendues anonymes soient encore soumises à la loi. De cette manière, une personne est identifiable seulement si les moyens utilisés pour l'identifier sont raisonnables. La volonté est donc d'éviter l'identification au moyen d'efforts exceptionnels<sup>4</sup>. Ce système permet finalement d'éviter les recoupements d'informations anonymes.

La définition de «traitement de données à caractère personnel » de la nouvelle loi<sup>5</sup> couvre un champ plus vaste que celui de l'actuelle loi n° 78-17 de « traitement automatisé d'informations nominatives ». Sont ainsi également considérées comme traitements les opérations telles que la « communication par transmission», la « consultation » ou la « diffusion » des données à caractère personnel. Et surtout, la nouvelle loi vise aussi bien les traitements automatisés que les traitements de fichiers manuels, alors que l'ancienne version de la loi du 6 janvier 1978 ne soumet ces derniers qu'à des obligations restreintes. La seule référence à la notion de traitement suffit pour appliquer les règles de la protection. En effet, une seule des opérations énoncées par le troisième alinéa de l'article 2 (modifié) de la loi du 6

---

<sup>1</sup> Premier alinéa de l'article 2 (modifié) de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>2</sup> Deuxième alinéa du nouvel article 2 loi n° 78-17.

<sup>3</sup> Le texte de la directive exclut dans le préambule (considéranants 16 et 17) les traitements de son et d'images comme dans le cas de la vidéo-surveillance, si leurs finalités concernent la sécurité publique, la défense, la sécurité nationale ou les activités de l'État dans le cadre des lois pénales ou d'autres activités qui n'entrent pas dans le cadre du droit communautaire.

<sup>4</sup> Voir dans ce sens-là également en Allemagne: la loi fédérale sur la protection des données à caractère personnel du 23 mai 2001 précise, dans le 6 de l'article 3, que «la dépersonnalisation signifie la modification des données à caractère personnel effectuée de telle sorte que l'information relative à des caractéristiques personnelles ou matérielles ne peut plus, ou seulement au prix de délais et de moyens financiers et humains disproportionnés, être rattachée à un individu identifié ou identifiable ».

<sup>5</sup> Troisième alinéa de l'article 2 loi 78-17 ( modifiée).

janvier 1978 suffit à caractériser le traitement de données. La notion de fichier est donc dépassée. Ainsi, la nouvelle loi s'applique à toutes formes de traitements, qu'ils se rapportent ou non à l'exploitation de fichiers ou de bases de données.

Une modification importante est introduite par la nouvelle loi : il s'agit de la définition du responsable du traitement. Ce dernier n'est actuellement défini qu'implicitement<sup>1</sup>, alors qu'il s'agit de la personne physique ou morale sur laquelle pèsent les obligations. La nouvelle loi<sup>2</sup> définit conformément à la Directive le responsable du traitement comme «la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens de traitement de données à caractère personnel». La définition est importante car elle permet aussi de déterminer quelle loi s'applique au traitement. Justement le paragraphe I de l'article 5 (modifié) de la loi du 6 janvier 1978, conformément à la Directive<sup>1</sup>, afin d'éviter des conflits de lois, et de clarifier le régime applicable aux traitements, ainsi qu'à leurs responsables, prévoit des critères de territorialité de la personne et des moyens utilisés. Ainsi, le responsable est soumis à la seule loi française lorsqu'il est établi sur le territoire français, c'est-à-dire qu'il y exerce une activité « effective » dans le cadre d'une « installation durable», quelle que soit sa forme juridique, simple succursale ou filiale, mais aussi lorsque le responsable n'est pas installé sur le territoire français ou sur celui d'un autre État membre de l'Union européenne, mais qu'il recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français. Une telle modalité oblige le responsable situé à l'étranger de désigner à la CNIL un représentant établi sur le territoire français, chargé d'accomplir les obligations prévues par la loi n° 78-17 modifiée, à l'encontre du responsable, afin de permettre l'exercice de droits comme le droit d'accès et de rectification, alors même que ces données se trouvent dans des pays tiers. La nouvelle loi apporte une innovation importante concernant la légitimité des traitements de données à caractère personnel, concernant surtout l'utilisation future des données collectées. Conformément à la Directive, la nouvelle loi, au 4° alinéa de l'article 6 (modifié), pose le principe, pour l'utilisation future des données collectées, de l'interdiction de tout traitement ultérieur des données « incompatible avec les finalités pour lesquelles elles ont été collectées». Le principe de finalité se trouve donc transposé en droit interne, alors que

---

<sup>1</sup> Article 19 de la loi, où il est indiqué que la demande d'avis ou de déclaration précise: « la personne qui présente la demande est celle qui a le pouvoir de décider la création du traitement ou, si elle réside à l'étranger, son représentant en France ».

<sup>2</sup> Article 3 loi n° 78-17 modifiée.

l'ancienne version de la loi du 6 janvier 1978 ne se réfère en effet à la finalité des traitements que de manière incidente, dans les dispositions relatives aux obligations de déclaration. Ainsi, dans l'ancienne version, au moment de la collecte des données, le but du traitement n'est pas communiqué à la personne concernée. La question suivante se pose alors: comment la personne concernée pourrait-elle juger que le traitement de ses données ne va pas porter atteinte à sa vie privée si elle n'a aucune connaissance de ce que vont devenir les informations qu'elle a communiquées? Grâce à la Directive 95/46/CE, la nouvelle loi dispose que la finalité doit être déterminée dès le stade de la collecte, et cette finalité doit être respectée lors des traitements ultérieurs pour empêcher tout usage injustifié. Le principe de finalité n'est donc plus un régime d'exception lié uniquement au domaine de la recherche médicale.

Néanmoins, la nouvelle loi<sup>2</sup> prévoit qu'il peut être procédé à un traitement à d'autres finalités que celles pour lesquelles les données à caractère personnel ont été collectées et traitées, sans même que cela soit fait à des fins historiques, statistiques ou scientifiques<sup>3</sup>. La nouvelle loi étend ces possibilités aux traitements de recherche en matière de santé<sup>4</sup>

La nouvelle loi consacre le principe de proportionnalité que la CNIL respectait déjà en pratique et que la Directive<sup>5</sup> cite parmi les principes relatifs à la qualité des données. Ainsi, la loi n° 78-17<sup>6</sup> prévoit désormais que le traitement ne doit porter que sur des données « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ». L'une des conditions de légitimité du traitement posée par la Directive (art. 7) et reprise par l'article 7 (modifié) de la loi du 6 janvier 1978 est que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si la personne concernée a donné son consentement. Dans l'ancienne version, le consentement n'est pas requis : la seule disposition qui se rapproche de celle de consentement est l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 (ancienne version), qui permet à toute personne de

---

<sup>1</sup> Article 4 de la Directive 95/46 CE.

<sup>2</sup> Deuxième alinéa de l'article 36 modifié de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>3</sup> À condition que:

- soit que la personne concernée ait donné son accord exprès ;
- soit que la CNIL l'ait autorisé ;
- soit qu'il s'agisse de données dites sensibles (relatives aux origines raciales ou ethniques, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou à l'appartenance syndicale des personnes ou à leur santé ou leur orientation sexuelle) quand l'intérêt public l'impose (pour les traitements soumis à autorisation de la CNIL - article 25 I- ou autorisés par décret en Conseil d'État après avis publié et motivé de la CNIL - article 26 II-).

<sup>4</sup> Article 37 modifié de la loi du 6 janvier 1978).

<sup>5</sup> 1er paragraphe point c. article 6 Directive 95/46/CE.

<sup>6</sup> Le 3° de l'article 6 (modifié) loi n° 78-17.

s'opposer « pour des raisons légitimes » à ce que des informations la concernant fassent l'objet d'un traitement.

Cependant, l'exigence de consentement prévue par le nouvel article 7 modifié a une portée limitée, car, conformément à la Directive, elle prévoit un ensemble d'exceptions de caractère quelquefois très général à l'exigence de consentement de la personne qui font en sorte que, en réalité, le principe de consentement de la personne se trouve fortement limité dans sa portée effective. Le consentement n'est pas requis dans les cinq cas énumérés par l'article 7 (modifié). Le premier de ces cas permet de légitimer les traitements lorsqu'ils sont nécessaires au respect par le responsable du traitement d'une obligation légale auquel il est soumis (1°). Le deuxième cas justifie la mise en place du traitement de données par la nécessité de sauvegarder un intérêt vital de la personne concernée (2°), comme par exemple les données médicales ou les impératifs de santé publique. Le troisième cas justifie la mise en place du traitement de données par la nécessité qui résulte de l'exécution d'une «mission de service public» dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement (3°). Il s'agit en effet des traitements effectués dans l'intérêt public, en liaison avec les actions de l'administration publique; la Directive évoque d'ailleurs l'exécution d'une mission d'intérêt public de l'autorité publique<sup>1</sup>. Le quatrième cas justifie la mise en place du traitement de données par la nécessité qui résulte de l'exécution soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à sa demande (4°). Dans ce cas, la personne concernée, en donnant son consentement au contrat, a donné indirectement son consentement au traitement des données. Le dernier cas<sup>2</sup> justifie le traitement par la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable. C'est sans doute le cas plus général: il est tellement ambigu qu'il n'est pas exclu qu'à terme presque l'ensemble des traitements du secteur privé pourra être considéré réalisé pour des motifs «d'intérêt légitime». Et ce, d'autant plus que le considérant 30 de la Directive donne des exemples pouvant fonder la légitimité de traitements parmi lesquels on trouve même la prospection commerciale, qui peut être un motif « d'intérêt légitime»<sup>3</sup>. Ainsi, les exceptions à l'utilisation de l'information à caractère personnel montrent bien que conformément à la Directive, la libre circulation et

---

<sup>1</sup> Article 7-e de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Qui reprend fidèlement les termes du paragraphe f) de l'article 7 de la Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Parmi les exemples donnés par le considérant 30 pouvant fonder la légalité de traitements, se trouvent: les activités de gestion courante des entreprises et autres organismes, la prospection commerciale, la prospection par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique. L'énumération donnée par le considérant 30 est loin d'épuiser toute la directive; il laisse en effet aux États membres la liberté de préciser les finalités possibles.



l'exploitation des données à caractère personnel prévalent sur l'intérêt de la personne de protéger ses données. Ces cinq exceptions créent finalement des domaines dans lesquels les données sont traitées librement et en toute légitimité<sup>1</sup>.

## **2 L'élargissement du champ de dérogation à l'interdiction de traitement des données à caractère personnel**

Concernant les données «sensibles», on constate qu'il existe sur le plan national comme sur le plan communautaire une interdiction d'utilisation assortie dans tous les cas de nombreuses exceptions. L'article 8 (modifié) de la loi du 6 janvier 1978 reprend dans le paragraphe I la liste des données dites sensibles déjà en vigueur, tout en la complétant, conformément à la Directive, par une référence aux données relatives à la santé et à l'orientation sexuelle. Les données de santé sont ainsi dorénavant considérées comme des données sensibles. Il est curieux de constater que la nouvelle loi, comme la Directive, a omis de rattacher les données génétiques aux données sensibles, alors que le rapport présenté par M. Guy Braibant proposait de les inclure, à moins de rattacher les données génétiques aux données relatives à la santé<sup>2</sup>, et que le Parlement européen insiste depuis 1990 sur la nécessité de protéger particulièrement ces données génétiques<sup>3</sup>. La nouvelle loi prévoit, conformément à la Directive<sup>4</sup>, que le consentement exprès de la personne concernée permette de déroger à l'interdiction de traitement des données sensibles, «sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée»<sup>5</sup>. C'est le cas des données très sensibles, dont l'utilisation pourrait signifier un risque d'atteinte grave à l'intimité de la personne concernée.

Le paragraphe II de l'article 8 (modifié) retient, conformément à l'article 8 de la Directive 95/46 CE, un champ de dérogations plus large que celui prévu par ancienne version.

---

<sup>1</sup> Voir à ce propos, Fatima El Atmani, *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Montpellier, 1996, P. 150-184.

<sup>2</sup> G.BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La documentation Française, op. cit p. 95.

<sup>3</sup> Rapport Braibant et rapport du Parlement européen, Willi Rothley et Carlo Casini (rapporteurs), *Problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique et de la fécondation humaine artificielle*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg 1990, p. 13. Selon ce rapport en effet «l'établissement de fiches génétiques individuelles ne peut être effectué que par un médecin; la communication, la collecte, la mise en mémoire ou l'évaluation de données génétiques par des autorités publiques ou des organismes privés doivent être interdites».

<sup>4</sup> Le paragraphe 2, a) de l'article 8 de la directive indique que les États membres peuvent prévoir que le consentement exprès de la personne concernée ne suffit pas.

<sup>5</sup> Article 8-II- 1° modifié, loi n° 78-17.

L'article 8 (nouveau) précise que ne sont pas soumis à l'interdiction la collecte ou le traitement des données à caractère personnel mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical, comme c'était déjà le cas dans l'article 31. Cependant, les informations traitées doivent désormais concerner leurs seuls membres «ou, le cas échéant», des personnes entretenant avec ceux-ci des contacts réguliers ; de plus, ces données ne doivent pas être communiquées à des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément (2°). Ainsi, la nouvelle loi reprend le contenu de l'article 8 (paragraphe 2 point d) de la Directive. Une différence existe néanmoins entre les deux textes. La Directive ajoute en effet que ces traitements doivent être effectués dans «le cadre de leurs activités légitimes et avec les garanties appropriées» (d), tandis que la nouvelle loi se contente de préciser que les traitements doivent concerner les seules données «correspondant à l'objet du dit organisme» et que les traitements effectués par ces organismes ne sont pas soumis à une déclaration préalable (article 22 (modifié)). La nouvelle loi maintient la faculté de collecter et de traiter des données sensibles pour un motif « d'intérêt public ». Conformément à la Directive<sup>1</sup>, les dérogations pour des motifs d'« intérêt public important » devront être notifiées à la Commission<sup>2</sup>.

Conformément à la Directive, dont la nouvelle loi reprend entre autres en partie fidèlement les termes<sup>3</sup>, l'interdiction ne concerne pas les traitements portant sur des données rendues publiques par la personne concernée (article 8- 3° modifié)<sup>4</sup> - celles nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine - mais ceux auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle (article 8- (1°)modifié). Sont ainsi également autorisés le traitement des données sensibles pour les traitements réalisés aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en

---

<sup>1</sup> Paragraphe 6 de l'article 8 Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Une application de l'article 8-2-4 de la directive, qui autorise les États membres à prévoir des conditions légales dérogatoires pour le traitement de catégories spéciales de données, y compris les données de santé, pour des motifs d'intérêt public important, les autorisant dans le secteur de la recherche médicale à procéder à des traitements de données dites sensibles selon les modalités prévues au chapitre IX de la loi du 6 janvier 1978, conformément au considérant 35 de la directive.

Ou encore les traitements d'anonymisation dont les procédés d'anonymisation auront été préalablement homologués par la CNIL, en vertu de l'article 11 modifié de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>3</sup> Voir, par exemple, le paragraphe 2 point c) de l'article 8 de la directive qui correspond à l'article 8-3° modifié.

<sup>4</sup> Cette dérogation doit cependant être lue en tenant compte du principe de finalité affirmé par l'article 6-2° (modifié) et donc les données sensibles sont également collectées pour des finalités déterminées et ne peuvent pas une fois rendues publiques par la personne concernée faire l'objet de n'importe quel traitement.

oeuvre par un membre d'une profession de santé ou une personne soumise à l'obligation de secret professionnel (article 8- (5°) modifié), conformément au paragraphe 3 de l'article 8 de la Directive); idem pour la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice (voir le 4°, e) de l'article 8 de la Directive.

Concernant le traitement des données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté, la Directive prévoit<sup>1</sup> que le traitement de ces données ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve de dérogations pouvant être accordées à l'État membre. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique. L'ancienne version de la loi du 6 janvier 1978<sup>2</sup> est plus restrictive, puisque seules les juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales et sur avis conforme de la CNIL, ainsi que les personnes morales gérant un service public, sont habilitées à traiter ces données, sauf dispositions légales contraires. La loi du 6 janvier 1978, modifiée<sup>3</sup>, reprend les dispositions de l'article 30, en y ajoutant l'autorisation aux victimes d'infractions de mettre en œuvre des traitements portant sur les auteurs d'infractions dont elles ont été victimes. Ces traitements ne peuvent donc être mis en œuvre que par: « les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales (1°), les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi (2°) et par les personnes morales victimes d'infractions, pour les stricts besoins de la lutte contre la fraude et dans les conditions prévues par la loi (3°).»

Ainsi, la nouvelle loi prévoit des améliorations directes des droits des personnes concernées par des traitements de données à caractère personnel en substituant à la notion d'informations nominatives la notion plus large de données à caractère personnel et en incluant les données de santé dans les données dites sensibles dont le traitement est en principe interdit.

---

1 Directive 95/46/CE, point 5 de l'article 8.

2 Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, article 30 .

3 Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, article 9 modifié.

## **B Un meilleur accès à l'information de la personne concernée**

La loi modifiée apporte une amélioration directe des droits à l'information en prévoyant une information obligatoire des intéressés en cas de collecte directe et indirecte des données traitées à travers l'élargissement des obligations des responsables des traitements (1) et des droits d'accès à l'information de la personne concernée (2).

### **1 Les obligations incombant aux responsables des traitements garantissent à la personne concernée un accès à l'information renforcé**

La nouvelle loi<sup>1</sup> transpose les dispositions des articles 10 et 11 de la Directive 95/46 CE et modifie l'ancien article 27 de la loi du 6 janvier 1978 relatif au droit d'information des personnes en y ajoutant que la personne auprès de laquelle sont recueillies les données doit être informée aussi de l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant, de la finalité de ce dernier et le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés vers des États tiers. Cette disposition permet une meilleure information des personnes concernées en élargissant les obligations incombant aux responsables de traitements. Ainsi, la nouvelle loi<sup>2</sup> reprend les dispositions de l'ancien article 27 en les complétant : la personne auprès de laquelle sont recueillies les données doit être informée :

- de l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant de celle de son représentant; de la finalité de ce dernier (cette précision nouvelle résultant de la transposition de la Directive) ;
- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses; des conséquences éventuelles à son égard d'un défaut de réponse ;
- de l'identité du destinataire du traitement.

La nouveauté majeure est sans doute l'information requise lorsque les données n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée.

Le projet de loi<sup>3</sup> prévoit en effet que lorsque les données n'ont pas été recueillies auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit lui

---

1 Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, article 32 modifié.

2 Idem.

3 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, paragraphe II de l'article 32 modifié.

fournir les mêmes informations en cas de collecte directe dès l'enregistrement des données ou, si une communication des données à des tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication des données. Il s'agit d'une transposition fidèle de l'article 11 de la Directive. Les obligations existent donc dans les cas de collecte directe et sont étendues aux cas de collecte indirecte, ce qui constitue une mesure de protection et d'information supplémentaire pour la personne concernée. Toutefois, conformément à la Directive<sup>1</sup>, il existe des exceptions à ces obligations d'information en cas de collecte indirecte lorsque le traitement est nécessaire à la conservation de données à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, dans les conditions prévues par la loi du 3 janvier 1979 sur les archives : lorsque ces données ont été initialement recueillies pour un autre objet (II); lorsque l'information de la personne concernée se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche (III); lorsque les données recueillies indirectement sont utilisées au profit d'un traitement dit « de souveraineté » mis en oeuvre pour l'État (intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou ayant pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté), dans la mesure où une telle limitation est nécessaire au respect des fins poursuivies par le traitement. Enfin, le paragraphe IV de l'article 32 modifié prévoit une dérogation s'agissant des traitements de données ayant pour objet la prévention, la recherche ou la poursuite d'infractions pénales. A cet ensemble d'exceptions, la commission du Sénat a ajouté une exception prévue tant par le considérant 40 que par l'article 11 de la Directive à l'obligation d'information de la personne en cas de collecte indirecte de données la concernant si la personne concernée est déjà informée. Enfin, la nouvelle loi prévoit la possibilité de rendre anonymes les données permettant ainsi de protéger l'individu en modifiant les données à caractère personnel de sorte que les informations qui y sont contenues ne peuvent plus être associées à une personne. D'un autre côté, le fait de rendre anonymes les données a comme conséquence de restreindre le champ des informations à fournir aux personnes concernées. La Directive 95/46/CE permet en effet un régime d'autorisation allégé au bénéfice des traitements collectant des données en vue de l'anonymisation à brève échéance de celles-ci<sup>1</sup>: les États membres peuvent adopter des dispositions limitant l'obligation d'information préalable prévue. Ainsi, la nouvelle loi prévoit (article 32-II bis) pour les traitements d'anonymisation des données préalablement homologuées par la CNIL de n'exiger la communication que de l'identité du responsable du traitement et de la nature de sa

---

<sup>1</sup> Point 2 de l'article 11; article 13 et point d) de l'article 13 de la Directive 95/46/CE.

finalité, certaines des garanties prévues par l'article 32 modifié ne pouvant pas en effet matériellement être apportées par le responsable du traitement une fois les données anonymisées (droit d'accès et de rectification notamment). Il est donc essentiel que ce soit l'autorité de contrôle qui détermine si une donnée est anonyme, et non l'exploitant du traitement ou du fichier. L'autorité de contrôle devient donc l'élément central de protection.

## **2 Le droit d'accès à l'information de la personne concernée**

La nouvelle loi reprend les dispositions des actuels articles 34 et 35. La nouvelle version de la loi n° 78-17 apporte quelques précisions afin de transposer l'article 12 de la Directive : la loi prévoit en effet désormais que toute personne physique justifiant de son identité a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir la confirmation que des données la concernant font ou ne font pas l'objet d'un traitement: les informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées; la communication, sous une forme accessible, des données la concernant ainsi que de toute information disponible sur leur origine; les informations permettant de connaître et de contester la logique sous-tendant le traitement automatisé lorsque ses résultats lui sont opposés. Le droit d'accès de la personne concernée se voit ainsi renforcé. Désormais, lors de la demande d'accès, la personne concernée pourra connaître les finalités du traitement et les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées. La nouvelle loi prévoit d'élargir le droit d'accès en permettant à la personne concernée de savoir si des données la concernant ont été transférées à des États tiers<sup>2</sup>.

Une mesure ultérieure qui doit permettre de faciliter l'exercice du droit d'accès est la limitation du prix pour l'obtention d'une copie des données. L'ancien article 35 prévoit déjà qu'une copie des données est délivrée à l'intéressé à sa demande, mais dorénavant, la délivrance de cette copie pourra être subordonnée au paiement d'une somme qui ne peut excéder le coût de la reproduction, alors que l'ancienne version, il est exigé une redevance forfaitaire variable selon la catégorie de traitement et dont le montant est fixé par décision de la CNIL et homologué par arrêté du ministre de l'Economie et des Finances. La nouvelle loi<sup>3</sup> ne modifie pas les dispositions de l'ancien article 35 relatives aux compétences du juge

---

<sup>1</sup> Voir considérant 26 Directive 95/46/CE)

<sup>2</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 39-2° bis.

<sup>3</sup> Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, le dernier alinéa du paragraphe I article 39 modifié.

en cas de risque de dissimulation ou de disparition des données. Par conséquent, la loi garantit que le juge compétent peut ordonner, y compris en référé, toute mesure de nature à éviter cette disparition ou cette dissimulation. Au contraire, la nouvelle loi modifie la disposition permettant de s'opposer aux demandes manifestement abusives par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique. Désormais ces trois situations ne constituent plus une liste exhaustive d'exceptions : elles ne sont plus citées qu'à titre d'exemples permettant ainsi d'élargir le champ d'exceptions.

Enfin, le dernier alinéa du paragraphe II de l'article 39 modifié de la loi du 6 janvier 1978 exclut du bénéfice du droit d'accès les données à caractère personnel conservées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à l'établissement de statistiques dans les conditions prévues par la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 portant sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques. La Directive demandait aux États membres de garantir à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la Directive. L'article 40 modifié reprend donc la liste actuelle de l'article 36 en la complétant avec la notion de verrouillage. La nouvelle loi améliore également l'exercice du droit d'accès indirect.

La loi<sup>1</sup> reprend le droit d'accès indirect prévu par l'ancien article 39 de la loi du 6 janvier 1978, mais modifie la procédure en renforçant l'information de la personne concernée. En effet, lorsque la Commission constate, en accord avec le responsable du traitement, que la communication des données ne met pas en cause les finalités poursuivies par ces traitements, ces données ou résultats seront communiqués au requérant et, seulement dans le cas contraire, la CNIL informera le requérant uniquement qu'il a été procédé aux vérifications.

S'agissant des traitements mis en œuvre par les administrations publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public ayant pour objet de prévenir, rechercher ou constater des infractions ou de contrôler ou recouvrer des impositions, un tel droit a été prévu par l'autorisation délivrée par la CNIL, par arrêté ou par décret<sup>2</sup>. Le rapport de M. Guy Braibant s'inquiétait de l'ampleur de ces dérogations potentielles, notamment s'agissant des traitements fiscaux<sup>3</sup>. Il soulignait néanmoins que seuls les traitements ayant pour but de lutter contre la fraude fiscale (ce qui exclut la plupart des traitements fiscaux qui

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 41 et 42 modifiés.

<sup>2</sup> Articles 25, 26 et 27 modifiés, loi n° 78-17.

<sup>3</sup> G.BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La documentation Française, op. cit.

ont pour finalité d'établir et de percevoir l'impôt) pourraient bénéficier de cet article, et que la pratique de l'administration fiscale en matière de droit d'accès aboutissait déjà en fait à priver les personnes d'un droit d'accès direct. L'article 42 de la nouvelle loi permet aux administrations et services publics ayant pour mission de prévenir, rechercher, constater des infractions ou recouvrer des impositions de s'opposer à l'exercice du droit d'accès, lorsqu'elles estiment que celui-ci risquerait de porter atteinte à l'accomplissement de leurs missions, ce qui revient à reconnaître un pouvoir décisionnel au seul organisme destinataire des données, dont l'exercice est placé sous le seul contrôle du juge administratif. Ce régime concerne en particulier des données régulièrement transmises non pas par la personne concernée, mais par des tiers, sur le fondement d'obligations déclaratives, comme les déclarations fiscales à la charge des employeurs. Il s'agit de données très différentes de celles inscrites dans les autres traitements soumis au droit d'accès indirect puisque les données ainsi traitées concernent la quasi-totalité de la population et n'ont pas en elles-mêmes de caractère sensible.

## **§2 L'extension des pouvoirs de la CNIL**

Les effets de la transposition de la Directive 95/46/CE se font sentir sur le mode de fonctionnement de la CNIL qui est amenée à évoluer pour être plus efficace ou, comme le dit M. Guy Braibant, qui doit devenir une «autorité de protection» puisque la Directive, comme la Convention de l'Europe, parlent de protection des personnes<sup>1</sup>. Cela dit, les modifications apportées par la transposition de la Directive 95/46/CE ont confirmé la mission d'information de la CNIL (A) tout en diminuant les pouvoirs de contrôle pour les traitements les plus délicats (B) mais en lui conférant un pouvoir de sanction (C).

### **A Une mission d'information confirmée**

L'article 28 de la Directive prévoit l'institution dans chaque État membre « d'une ou plusieurs autorités de contrôle ». La CNIL est l'organisme prévu par la loi du 6 janvier 1978, chargé de surveiller l'application des dispositions relatives à la protection des données à

---

<sup>1</sup> Voir rapport M. GUY BRAIBANT, Données personnelles et société de l'information; Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la Directive no 95/46 le 3 mars 1998, La Documentation française, p. 86.



caractère personnel et d'informer les personnes concernées par le traitement des données les concernant. La transposition de la Directive nécessite que son rôle et ses méthodes de fonctionnement soient revus. Ainsi désormais, les dispositions de la CNIL se trouvent dans les neuf articles, 11 à 21 (modifiés) de la loi n° 78-17 à la place des articles 6 à 13 ancienne.version. Les changements concernant la CNIL portent sur sa composition, ses missions et ses pouvoirs.

D'une façon générale, la composition de la CNIL est peu modifiée par l'article 3 de la nouvelle loi : le Conseil économique et social ne désigne plus qu'un commissaire au lieu de deux, le second étant remplacé par une personnalité qualifiée pour sa connaissance en informatique. Il faudrait au contraire sans doute augmenter de façon considérable le nombre d'agents de la CNIL pour permettre une action de contrôle plus efficace sur l'ensemble du territoire français<sup>1</sup>. Parce qu'il s'avère nécessaire de faire siéger des professionnels de l'informatique, le projet de loi modifie les dispositions relatives à l'incompatibilité avec la qualité de membre de la CNIL. Actuellement (article 8 loi du 6 janvier 1978), la qualité de membre de la CNIL est incompatible avec la qualité de membre du Gouvernement et avec l'exercice de fonctions ou la détention de participation dans les entreprises concourant à la fabrication de matériel utilisé en informatique ou en télécommunication, ou à la fourniture de services en informatique ou en télécommunication.

La nouvelle loi assouplit cette disposition permettant aux membres d'exercer une compétence dans le secteur de l'informatique. Toutefois, aucun membre de la commission ne peut « – participer à une délibération ou procéder à des vérifications relatives à un organisme au sein duquel il détient un intérêt direct ou indirect, exerce des fonctions ou détient un mandat »<sup>2</sup>. Si la formation plénière demeure la règle avec la prépondérance de la voix du président, en cas de partage égal des voix, le projet de loi renforce considérablement le champ des délégations de compétence aux président et vice-président<sup>3</sup>. La nouvelle loi a étendu le

---

<sup>1</sup> La CNIL comptait en 2002 74 agents, ce qui est peu par rapport à l'autorité allemande qui compte plus de 250 agents. Il est prévu d'augmenter les effectifs de la CNIL dès 2005 à 97: ce nombre sera-t-il suffisant pour faire face aux nouvelles compétences de la CNIL? Cela est incertain.

<sup>2</sup> Article 14-II loi n° 78-17 modifié

<sup>3</sup> Désormais la commission peut charger le président et le vice-président des compétences relatives: au droit d'accès indirect (articles 41 et 42 modifiés) : c'est-à-dire relatives aux traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou les traitements mis en œuvre par les administrations publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du contrôle ou du recouvrement des impositions; à l'agrégation des données de santé communiquées à des fins statistiques d'évaluation des pratiques de soins et de prévention en vue de garantir la non-identification des patients et à la vérification par la CNIL au regard de la finalité des traitements de l'anonymisation des données (articles 63 et 64 nouveaux -anciennement articles 40-12 et 40-13 créés par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle); à l'avis du Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la

champ des délégations parmi lesquelles celles relatives au droit d'accès indirect<sup>1</sup>, et donc celles qui concernent les traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, la réception des réclamations, plaintes et pétitions relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel, ainsi que l'information de leurs auteurs sur les suites à donner. La nouvelle loi institue formellement un bureau de la CNIL composé du président et de deux vice-présidents<sup>2</sup>. Des formations plus restreintes font leur apparition par les articles 16 et 17 modifiés de la loi du 6 janvier 1978. Ces formations sont chargées de fonctions spécifiques composées du président, des vice-présidents et de trois membres élus par la commission en son sein pour la durée de leur mandat, la voix du président étant prépondérante en cas de partage égal des voix. Les formations restreintes vont devenir l'instrument principal d'action de la CNIL, doté de pouvoirs importants parmi lesquels le pouvoir de prendre des sanctions<sup>3</sup>. Ainsi elle pourra prononcer un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement ne respectant pas les obligations de la loi du 6 janvier 1978, voire le mettre en demeure de faire cesser le manquement constaté. Le cas échéant, s'il persiste, la CNIL pourra prononcer à son encontre, après une procédure contradictoire, une sanction pécuniaire, voire une injonction de cesser le traitement ou de procéder à sa destruction si celui-ci était soumis à déclaration. La formation restreinte pourra désormais également décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement ou le verrouillage de certaines données, pour une durée maximale de trois mois en cas d'urgence et, après une procédure contradictoire, lorsque la mise en œuvre d'un traitement ou l'exploitation des données traitées entraîne une violation des droits et libertés protégés par la CNIL<sup>4</sup>. Néanmoins cette dernière

---

santé sur la méthodologie de la recherche, la nécessité du recours à des données à caractère personnel et la pertinence de celles-ci par rapport à l'objectif de la recherche (article 54 nouveau -ancien article 40-2 de la loi créé par la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé); à l'association à la préparation de la position française aux négociations internationales (article 11-3° c ); à l'information délivrée par la CNIL à la Commission des Communautés européennes et aux autorités de contrôle des autres États membres des décisions d'autorisation de transfert de données à caractère personnel qu'elle prend (dernier alinéa de l'article 69).

<sup>1</sup> Articles 41 et 42 loi n° 78-17 modifiée.

<sup>2</sup> Actuellement le bureau n'est prévu que par le règlement intérieur (article 9) de la CNIL. Avec le projet de loi, le bureau prononce un avertissement à l'égard du responsable du traitement ne respectant pas les obligations découlant du présent projet de loi, et peut le mettre en demeure de faire cesser le manquement constaté dans un certain délai (premier alinéa du paragraphe I de l'article 45 modifié de la loi du 6 janvier 1978) ; le bureau peut être chargé de l'autorisation de certains traitements en cas d'urgence.

<sup>3</sup> Sanctions prévues aux paragraphes I et 1° du II de l'article 45 modifié de la loi de 1978.

<sup>4</sup> Dans le cadre du 1° du paragraphe II de l'article 45 modifié. Cette possibilité est toutefois exclue s'agissant des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État et intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou ayant pour objet la prévention, la recherche ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. Pour ces traitements ainsi que ceux portant sur des données sensibles, il appartiendra à la formation plénière de saisir le Premier ministre afin de faire cesser la violation constatée.

possibilité ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel sensibles et ni à celles mises en œuvre pour le compte de l'État et intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou ayant pour objet la prévention, la recherche ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. Dans ce cas, la formation plénière doit saisir le Premier ministre afin de faire cesser la violation constatée.

Conformément au nouveau régime de protection instauré par la Directive, la nouvelle loi confère à la CNIL de nouvelles missions, puisque les traitements du secteur public et du secteur privé seront soumis aux mêmes règles pour réaliser ces missions. Conformément à la Directive (point 3 de l'article 28 de la Directive), l'autorité de contrôle doit être dotée «de pouvoirs d'investigation, tels que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement et de recueillir toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission de contrôle». Ainsi, la Directive entraîne un changement radical des modalités d'intervention: la CNIL devra désormais réorienter son action sur le contrôle *a posteriori* alors que le contrôle *a priori* se voit réduit.

## **B Les pouvoirs de contrôle sont dans l'ensemble amoindris pour les traitements les plus délicats**

La nouvelle loi réaffirme les missions de contrôle déjà prévues par l'ancienne loi du 6 janvier 1978 tout en élargissant ses compétences à de nouvelles missions. Ses missions anciennes sont confirmées: la CNIL autorise les traitements portant sur des données sensibles, génétiques, infractions, condamnations ou mesures de sûreté, mais ne donne qu'un avis sur les traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique<sup>1</sup>; reçoit les déclarations relatives aux autres traitements, la simple déclaration devenant ainsi le principe, alors qu'actuellement c'est le contrôle préalable qui continue à établir et à publier des normes simplifiées<sup>2</sup>; donne des avis préalables à la mise en œuvre des traitements ou édicte des règlements; reçoit les réclamations, pétitions et plaintes mais doit désormais informer leurs auteurs des suites données à celles-ci<sup>3</sup>; a toujours un rôle consultatif auprès des pouvoirs

---

1 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, articles 25 ; 26 ; 27 modifiées.

2 Actuellement art17 ancien.

3 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ( art. 11-1°-c) modifiée.

publics et, le cas échéant, des juridictions; informe le procureur de la République des informations dont elle a connaissance.

Mais la Directive impose un changement des formalités préalables pour la mise en œuvre des traitements. Désormais c'est la nature des données qui détermine les formalités préalables à la mise en œuvre des traitements et non plus le caractère organique, comme le fait l'ancienne version de la loi n° 78-17, qui visait principalement à empêcher une utilisation attentatoire aux libertés des traitements automatisés d'informations nominatives par les pouvoirs publics. Par ce projet de loi, les traitements publics ou privés sont désormais soumis à un simple régime de déclaration préalable auprès de la CNIL<sup>1</sup>. En vertu de l'article 23 modifié de la loi réitérant l'obligation prévue par l'article 16 actuel, la déclaration doit comporter l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi ; cette déclaration peut être adressée à la CNIL par voie électronique. Ainsi, la déclaration est érigée en procédure de droit commun. Par ailleurs, conformément à la Directive<sup>2</sup>, des déclarations simplifiées, voire des dispenses de déclaration sont prévues par le projet de loi.

La nouvelle loi<sup>1</sup> dispense de toute formalité préalable les traitements ayant pour seul objet la tenue d'un registre destiné à l'information du public en vertu de dispositions législatives ou réglementaires (cette possibilité est prévue par l'article 18-3 de la Directive) ainsi que les traitements mis en œuvre par les organismes à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical. La nouvelle loi dispense de déclaration les traitements pour lesquels le responsable a désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel chargé d'assurer d'une manière indépendante l'application des obligations prévues au présent chapitre IV (Formalités préalables à la mise en œuvre des traitements) et de tenir un registre des traitements effectués. Néanmoins, même si le responsable est dispensé des formalités préalables liées au contrôle *a priori*, prévues par la loi, ces traitements ne sont pas exemptés de tout contrôle *a posteriori* et le dernier paragraphe de l'article 22 précise toutefois qu'en l'absence de déclaration préalable, le responsable du traitement doit communiquer à toute personne en faisant la demande certaines informations: dénomination et finalité du traitement, identité et adresse du responsable ou de son représentant s'il est établi hors de l'Union européenne, personne ou service auprès duquel s'exerce le droit d'accès, données à caractère personnel faisant l'objet du traitement, destinataires habilités à en recevoir communication, ainsi que transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État tiers

---

<sup>1</sup> Article 22 de la loi du 6 janvier 1978 modifié.

<sup>2</sup> Articles 18 et 19 Directive 95/46/CE.

(2° à 6° de l'article 31). La nouvelle loi prévoit donc de créer, conformément à la Directive, l'institution du correspondant à la protection des données à caractère personnel, comme il existe déjà, notamment en Allemagne où les entités tant publiques que privées de plus de quatre employés doivent avoir un « data protection officer ». Certains États, comme l'Allemagne, les Pays-Bas et la Suède exemptent les entreprises employant un délégué à la protection des données de certaines obligations légales (comme la déclaration des traitements de données à l'autorité de protection). La mise en place de cette institution permet à la CNIL de disposer de correspondants, comme cela existe déjà dans le secteur public. Concernant les normes simplifiées pour les catégories les plus courantes de traitements, qu'elles soient de caractère public ou privé, la nouvelle loi reprend ce qui est déjà prévu par l'ancien article 17 de la loi du 6 janvier 1978. Seule une déclaration simplifiée de conformité à l'une de ces normes doit alors être déposée auprès de la CNIL. Le projet de loi précise que ces normes sont établies par la CNIL, « après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs », et reprend fidèlement les précisions exigées par la Directive.

Concernant les traitements à risques particuliers, la Directive prévoit que les traitements «(...) susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées» soient examinés avant leur mise en œuvre<sup>2</sup>. Mais la Directive ne fixe pas de liste de traitements devant être soumis à l'examen préalable de l'autorité de contrôle, tout en affirmant que le nombre de traitements pouvant être soumis à autorisation «devrait être très restreint»<sup>3</sup>, et que «le contrôle *a posteriori* par les autorités compétentes doit être en général considéré comme une mesure suffisante»<sup>4</sup>. La nouvelle loi prévoit<sup>1</sup> plusieurs catégories de traitements soumis à l'autorisation préalable de la CNIL en se fondant, d'une part, sur la nature des données concernées et, d'autre part, sur la finalité des traitements: les traitements, automatisés ou non, concernant des données dites sensibles, lorsque l'intérêt public l'impose (III de l'article 8); les traitements automatisés portant sur des données génétiques, sauf ceux mis en œuvre par des médecins ou des biologistes et nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements; les traitements, automatisés ou non, portant sur les infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf ceux mis en œuvre par des auxiliaires

---

1 Article 22- II modifié de la loi n° 78-17.

2 Directive 95/46/CE, article 1.1°.

3 Directive 95/46/CE, considérant 54.

4 Directive 95/46/CE, considérant 52.

de justice (c'est-à-dire les avocats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avoués près les Cours d'appel, commissaires priseurs, experts judiciaires, greffiers de commerce, huissiers de justice, notaires, syndics et administrateurs judiciaires); les traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR); les traitements de données portant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ; les traitements portant sur des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes<sup>2</sup>. Ces deux dernières catégories ne figuraient pas dans l'avant-projet de loi et ont été introduites à la suite des observations formulées par la CNIL. Cependant, au niveau international, la CNIL ne sera plus en mesure de peser sur les accords internationaux et cela peut avoir une conséquence directe sur le traitement des données sensibles<sup>3</sup>.

Doivent être autorisés en raison de leur finalité les traitements automatisés ayant pour finalité de sélectionner les personnes susceptibles de bénéficier d'un droit, d'une prestation ou

---

1 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 article 25 modifié.

2 Concernant ces données, la Commission européenne a proposé, fin septembre 2003, un projet de Règlement du Conseil modifiant les Règlements n° 1683/95 et 1030/2002 régissant, pour le premier, le modèle type de visa et, pour le second, le modèle type de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers. Elle a également proposé, le 18 février 2004, un projet de Règlement concernant l'établissement des normes pour les dispositifs de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports des citoyens de l'Union européenne. V. Proposition de la Commission, du 11 décembre 2003, de Règlement du Conseil établissant des normes pour les dispositifs de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports des citoyens (COM (2004) 116 final) concernant le développement du SIS. Or, une première analyse de cette proposition montre que ces initiatives sont susceptibles d'avoir de fortes répercussions sur les droits fondamentaux des personnes concernées (à savoir tout étranger demandant un visa), et que le groupe de travail, «groupe 29 protection des données», a estimé que la proposition risque de soulever d'importantes difficultés pour la protection des droits et libertés fondamentaux. Voir WP 96 Avis n° 7/2004 sur l'insertion d'éléments biométriques dans les visas et titres de séjour en tenant compte de la création du système d'information Visas (VIS) adopté le 11 août 2004.

3. En témoigne l'affaire du transfert des fichiers passagers des transporteurs aériens européens aux autorités fédérales américaines. Dans sa décision du 14 mai 2004, la Commission a estimé que le Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis (US Customs and Border Protection, ci-après appelé le «CBP» ) assurait un niveau de protection adéquat des données de dossiers passagers (ci-après dénommées les «PNR» ) transférées depuis la Communauté en ce qui concerne les vols à destination ou au départ des États-Unis. Décision de la Commission du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les documents des passagers aériens transférés au Bureau des Douanes et de la Protection des frontières des États-Unis d'Amérique (C(2004) 1914), JO L 235, 6.7.2004, p. 11. Cette décision peut avoir des conséquences directes sur le traitement des données sensibles, car, en vertu de la législation des États-Unis, le CBP recevra certaines données sur les voyages et les réservations, dénommées « données des dossiers passagers » ou « données de PNR » (Passenger Name Record/PNR), concernant les passagers effectuant un vol entre l'Union européenne et les États-Unis. Le CBP s'est engagé à utiliser ces données de PNR aux fins de prévenir et de combattre le terrorisme et d'autres crimes graves de nature transnationale. Les PNR peuvent comprendre les informations fournies au cours de la procédure de réservation ou détenues par les compagnies aériennes ou les agences de voyage. Ces informations seront conservées pendant au moins trois ans et demi et peuvent être partagées avec d'autres autorités. Certaines données qualifiées de « sensibles » peuvent être comprises dans les dossiers passagers PNR lorsqu'elles sont transférées à partir des systèmes de réservation et/ou de départ des transporteurs aériens de l'UE vers le CBP. Ces données « sensibles » peuvent inclure certains renseignements révélant l'origine raciale ou ethnique du passager, ses opinions politiques, sa religion, son état de santé ou ses préférences sexuelles.

d'un contrat alors que les personnes en cause ne sont exclues de ce bénéfice par aucune disposition légale ou réglementaire. Ce dernier cas est est d'ailleurs expressément prévu par la Directive. Ne sont pas concernés par cette procédure d'autorisation par la CNIL les traitements mentionnés aux articles 26 et 27 modifiés, c'est-à-dire ceux susceptibles de mettre en cause la souveraineté nationale ayant pour fins la sécurité publique, la sûreté publique ou la défense nationale ou qui ont pour objet la prévention, la poursuite ou la recherche des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté (article 26 modifié). Ces traitements seront désormais mis en œuvre par décret, après simple avis de la CNIL. Le rapport de M. Guy Braibant préconisait de confier à la CNIL le pouvoir d'autorisation s'agissant de certains traitements, comme l'a fait la loi de bioéthique du 1er juillet 1994 qui a d'ailleurs déjà confié à la CNIL le pouvoir d'autoriser elle-même les « traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé ». Le paragraphe I article 26 de la nouvelle loi prévoit qu'ils doivent être autorisés par arrêté du ou des ministres compétents, pris après avis motivé et publié de la CNIL. L'ancienne version de la loi prévoit, au contraire, un avis conforme de la CNIL<sup>1</sup>. Ainsi, la nouvelle loi prévoit la suppression de la procédure de l'avis conforme, ce qui signifie que peuvent être mis en œuvre, malgré un avis défavorable de la CNIL, les fichiers de police, de justice, les fichiers comportant le numéro de sécurité sociale ou nécessitant sa consultation, ainsi que les interconnexions de fichiers nécessaires à l'établissement ou au recouvrement de l'impôt, c'est-à-dire des fichiers concernant la totalité ou la quasi-totalité de la population française.

Concernant les informations devant figurer dans les actes autorisant les traitements<sup>2</sup>, la nouvelle loi les reprend en complétant les dispositions figurant au premier alinéa de l'ancien article 20 de la loi du 6 janvier 1978, qui prévoit que l'acte réglementaire doit préciser «notamment» la dénomination et la finalité du traitement, le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès et les catégories d'informations nominatives enregistrées, ainsi que les destinataires ou les catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations. L'article 29 nouveau le complète en prévoyant que doivent être précisées, le cas échéant, les dérogations à l'obligation d'information incombant aux responsables de traitements ouvertes par le III de l'article 32 modifié. Par conséquent, des dérogations sont possibles à ces obligations d'information de la personne prévues lorsque des données à

---

<sup>1</sup> Article 31 de la loi n° 78-17 ancienne version.

<sup>2</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 26-26-27 modifié.

caractère personnel la concernant n'ont pas été recueillies auprès d'elle, lorsque ces données sont utilisées lors d'un traitement mis en œuvre pour le compte de l'État et intéressant la sûreté de l'État, la défense, la sécurité publique ou ayant pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté, dans la mesure où une telle limitation est nécessaire au respect des finalités poursuivies par le traitement.

Par ailleurs, la nouvelle loi étend la possibilité de dispenser de publication l'acte réglementaire autorisant les traitements relevant de la souveraineté de l'État ainsi que les traitements ayant pour objet la prévention, la recherche ou la poursuite des infractions pénales, ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté ou portant sur des données dites sensibles<sup>1</sup>. Néanmoins une information minimum des traitements de souveraineté est garantie en publiant simultanément à la publication du décret autorisant la dispense de publication de l'acte réglementaire «le sens de l'avis émis» par la CNIL. Mais cette mesure montre bien que si la loi a comme objet de renforcer la transparence, en fin de compte, elle permet aussi d'élargir le champ des traitements régis par le secret en dispensant de toute publicité les traitements les plus dangereux pour la vie privée. L'article 28 modifié de la loi n° 78-17 prévoit que la CNIL rende ses avis dans les deux mois à compter de la réception de la demande, si la demande d'avis d'un traitement présenté à la CNIL qui n'a pas fait l'objet d'une décision expresse à l'expiration du délai prévu, est réputée favorable, puisqu'il s'agit d'une simple consultation et non d'une autorisation : son avis sur la création d'un fichier de sécurité deviendra purement consultatif. Autrement dit, la CNIL ne pourra plus s'opposer aux nouveaux fichiers de l'État.

La nouvelle loi ne modifie pas en profondeur les dispositions communes concernant les régimes de déclaration et d'autorisation relatifs aux informations que doivent contenir les déclarations, demandes d'autorisation et demandes d'avis adressées à la CNIL. Néanmoins, la nouvelle loi donne quelques précisions nouvelles en ajoutant parmi les informations: l'identité et l'adresse (précision nouvelle) du responsable du traitement; la finalité du traitement et, le cas échéant, sa dénomination, ainsi que, pour les traitements nécessitant une autorisation (précision nouvelle), la description générale de ses fonctions; pour les traitements soumis à autorisation (précision nouvelle), les catégories de personnes qui, en raison de leurs fonctions

---

<sup>1</sup> La CNIL ne s'est pas montrée très virulente à l'égard de ces Règlements. En 1986, la légalisation des fichiers de la Direction de la Surveillance du Territoire (DST), de la Direction Générale de la Sécurité Extérieure (DGSE) et de la Direction de la Protection et de la Sécurité de la Défense (DPSD, ex-sécurité militaire) a été réalisée sans en passer par la CNIL, l'État utilisant - fait rare - son droit à ne pas publier les actes réglementaires créant certains fichiers touchant à la défense et à la sécurité publique. Cf. S.FOUCART, « L'heure du passeport biométrique, le contrôle des fichiers internationaux est plus sensible que jamais », *Le Monde* 14 juillet 2004.



ou pour les besoins du service, ont directement accès aux données enregistrées, l'identité et l'adresse de la personne ou du service auprès duquel s'exerce le droit d'accès, ainsi que les mesures relatives à l'exercice de ce droit (précision nouvelle). La nouvelle loi, comme d'ailleurs le fait déjà l'ancien article 22 de la loi n° 78-17, prévoit que la CNIL mette à la disposition du public la liste des traitements automatisés ayant fait l'objet de déclarations, demandes d'avis ou d'autorisation, à l'exception des traitements dits de souveraineté et ceux portant sur les données sensibles (mentionnés au III de l'article 26 modifié). Mais la nouvelle loi complète cette obligation en prévoyant que cette liste doit préciser pour chacun des traitements: l'acte décidant de la création du traitement ou la date de la déclaration de ce traitement, la dénomination et la finalité du traitement, l'identité et l'adresse du responsable du traitement ou, si celui-ci n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne, celles de son représentant (précision nouvelle), la personne ou le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès, les données à caractère personnel faisant l'objet du traitement ainsi que les destinataires et catégories de destinataires habilités à en recevoir communication, le cas échéant les transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État tiers (précision nouvelle). Enfin la nouvelle loi érige en principe la communication au public des avis, décisions et recommandations de la CNIL. L'ancienne disposition nécessitait un décret fixant les conditions de cette communication n'est donc plus reprise.

Si la CNIL demeure l'instrument du contrôle indirect des citoyens sur leurs données personnelles fichées par les différentes administrations, elle perd une part importante de son pouvoir de contrôle sur les fichiers publics. La création de fichiers de sécurité (police, gendarmerie, renseignements généraux, etc.) ne sera plus suspendue à son aval. Elle rendra un avis consultatif, qui sera publié au Journal officiel, mais n'influera pas, *in fine*, sur la création de ces fichiers.

Par ailleurs, la nouvelle loi confère de nouveaux pouvoirs d'investigation et de contrôle sur place à la CNIL qui font que, dorénavant, la CNIL est la seule à exercer pleinement ce pouvoir de contrôle *a posteriori*, alors que l'actuel article 11 de la loi de 1978 lui permet de demander l'aide de magistrats délégués pour des mesures d'investigation et de contrôle.

Conformément au point 3 de l'article 28 de la Directive, la procédure de contrôle doit devenir le mode d'intervention ordinaire de la CNIL. Ainsi, la nouvelle loi (article 44 modifié) prévoit deux types de procédure. Une procédure simplifiée<sup>1</sup> de droit commun

---

<sup>1</sup> Paragraphe I article 44 modifié loi n° 78-17.

prévoyant une simple information préalable du procureur de la République et une deuxième procédure requérant l'autorisation du président du tribunal de grande instance ou du juge délégué par lui en cas d'opposition du responsable des lieux.

Concernant la procédure simplifiée, les membres (ou agents habilités) ont accès de 6 heures à 21 heures<sup>1</sup>, pour l'exercice de leurs missions de contrôle «aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé» et peuvent se faire communiquer toute pièce utile à leur mission, le délit d'entrave à l'action de la CNIL étant puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende<sup>2</sup>. Ainsi sont exclues du contrôle uniquement les parties des locaux affectées au domicile privé: elles font partie en effet de la sphère de la vie privée et sont donc protégées<sup>3</sup>. L'information préalable du procureur de la République territorialement compétent est considérée par la CNIL comme « dépourvue de toute utilité et de nature à renforcer l'idée d'un contrôle sanction alors même que les contrôles sur place sont appelés à devenir le mode d'intervention ordinaire de la Commission »<sup>4</sup>. La commission des Lois du Sénat la considère comme peu contraignante<sup>5</sup>. En fin de compte, on peut s'interroger sur l'utilité réelle de cette information et se demander si elle ne va pas contre le principe de l'indépendance de la CNIL: ne serait-il pas plus utile d'informer le procureur de la République uniquement une fois le contrôle exercé? Au cas où le responsable des lieux s'oppose à la visite, celle-ci ne peut se dérouler qu'avec une autorisation judiciaire du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter ou du juge délégué par lui avec un contrôle constant de la part du juge<sup>6</sup>. Ainsi, la visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge.

---

<sup>1</sup> L'encadrement des horaires de contrôle -de 6 heures à 21 heures- s'inspire des règles applicables aux perquisitions judiciaires des domiciles privés, prévues par l'article 59 du code de procédure pénale. Voir pour plus de précision Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, op. cit. p.134 et sv.

<sup>2</sup> Article 51 modifié loi n° 78-17.

<sup>3</sup> La CNIL se voit ainsi attribuer des pouvoirs plus importants que d'autres autorités administratives indépendantes.

En effet, les membres de la Commission des opérations de bourse par exemple ne peuvent accéder qu'aux locaux professionnels « à condition que ceux-ci soient exclusivement consacrés à cet usage » comme il est précisé dans sa décision n° 87-240 DC du 19 janvier 1988.

<sup>4</sup> Avis de la CNIL du 26 septembre 2000.

<sup>5</sup> V.Examen des amendements en deuxième lecture (19 Juillet 2004).

<sup>6</sup> Selon paragraphe II de l'article 44 modifié de la loi du 6 janvier 1978, le magistrat compétent est saisi par requête du président de la CNIL. Il statue par une ordonnance motivée, conformément aux dispositions des articles 493 à 498 du nouveau code de procédure civile, relatifs aux ordonnances sur requête. Il s'agit de décisions provisoires rendues non contradictoirement lorsque le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse, notamment lorsqu'il y a crainte que les documents soient détruits ou que des pressions soient exercées.

Enfin une mesure nouvelle qui renforce les droits de la défense est que les visites et vérifications effectuées par les membres de la CNIL doivent faire l'objet d'un procès-verbal dressé contradictoirement (dernier alinéa de l'article 44 modifié).

### **C Les pouvoirs de sanctions affirmés**

La CNIL ne peut qu'adresser des avertissements et dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance<sup>1</sup>. C'est seulement «en cas de circonstances exceptionnelles» que la CNIL peut prescrire des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'informations<sup>2</sup>. La Directive prévoit que l'autorité de contrôle doit disposer de plus de pouvoirs d'intervention<sup>3</sup>. Le rapport de M. Guy Braibant insistait sur la nécessité que la CNIL devait pouvoir se constituer partie civile, du moins présenter des observations écrites et orales dans la procédure de ses décisions prononçant des sanctions pécuniaires, ainsi que dans les procédures pénales, et qu'elle devait pouvoir former des recours pour excès de pouvoir contre les actes portant atteinte à son statut ou à ses prérogatives<sup>4</sup>. La Directive précise que les autorités de contrôle doivent être aussi dotées du « pouvoir d'ester en justice en cas de violation des dispositions nationales prises en application de la présente Directive ou [du] pouvoir de porter ces violations à la connaissance de l'autorité judiciaire »<sup>5</sup>.

Or, la nouvelle loi confère à la CNIL des pouvoirs de sanctions administratives importantes, parmi lesquels figure celui de prononcer des sanctions pécuniaires (article 45 modifié de la loi) qui par ailleurs n'est pas prévu par la Directive. Selon la nouvelle loi, la CNIL pourra prononcer un avertissement à l'égard du responsable du traitement, ou le mettre en demeure de faire cesser le manquement, si le responsable d'un traitement ne se conforme pas à la mise en demeure qui lui est adressée. La CNIL peut prononcer à son encontre, après

---

En cas d'opposition s'appliquent naturellement en parallèle les sanctions pénales au titre du délit d'entrave à l'action de la CNIL prévu par l'article 51 nouveau.

<sup>1</sup> Conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale, (le 4° de l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>2</sup> 3° de l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978.

<sup>3</sup> Le point 3 de l'article 28 de la directive prévoit en effet que l'autorité de contrôle dispose notamment de pouvoirs effectifs d'intervention tels que : - ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou interdire temporairement ou définitivement un traitement, ou adresser un avertissement ou une admonestation au responsable du traitement ; - saisir les parlements nationaux ou d'autres institutions politiques ; - ester en justice en cas de violation des dispositions nationales prises en application de la directive ou porter ces violations à la connaissance de l'autorité judiciaire.

<sup>4</sup> M. GUY BRAIBANT, Données personnelles et société de l'information; Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive no 95/46 le 3 mars 1998, La Documentation française, p. 86.

<sup>5</sup> Directive 95/46/CE, article 28, point 3.

une procédure contradictoire, une sanction pécuniaire, une injonction de cesser le traitement ou, en cas d'urgence, décider l'interruption de la mise en œuvre du traitement pour une durée maximale de trois mois ou saisir le Premier ministre, s'agissant des traitements de souveraineté, si la mise en œuvre du traitement ou l'exploitation des données entraîne une violation des droits et libertés. En cas d'atteinte grave et immédiate aux droits et libertés, le président de la CNIL pourra demander par voie de référé au juge compétent d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, toute mesure de sécurité nécessaire<sup>1</sup>. Contrairement à ce que prévoit l'ancienne loi en vigueur, la nouvelle loi ne reprend pas la possibilité pour la CNIL de détruire des données en cas de refus d'obtempérer. Cette disposition qui avait disparu dans le projet de loi initial a été rétablie par l'Assemblée nationale et est donc de nouveau supprimée par le Sénat, car, selon la commission des lois du Sénat, celle-ci pourrait avoir des conséquences importantes pour une entreprise. La sanction, qui, en vertu de l'article 17 modifié, est prononcée par la formation restreinte doit être motivée, notifiée aux intéressés et susceptible de faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. Enfin, comme le responsable du traitement peut déposer des observations et se faire représenter ou assister, il s'agit bien d'une procédure contradictoire. L'article 47 modifié prévoit que le montant de l'amende ne peut excéder les 300 000 euros.

Par ailleurs, dans le domaine de l'information, on note que, bien que la Directive ne le prévoie pas, la nouvelle loi prévoit l'information de la CNIL par les juridictions : c'est un mécanisme original d'information de la CNIL par les autorités judiciaires. Enfin le procureur de la République avise le président de la CNIL de « toutes les poursuites » relatives aux infractions, c'est-à-dire celles relatives aux « atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques »<sup>2</sup>. En outre, le procureur de la République doit l'informer, le cas échéant, des suites données aux poursuites. La juridiction d'instruction -le magistrat instructeur ou la chambre de l'instruction- ainsi que la juridiction de jugement peuvent appeler le président de la CNIL ou son représentant à déposer ses observations ou à les développer oralement à l'audience. Enfin, la CNIL a désormais la possibilité de présenter des observations dans les procédures pénales relatives aux infractions informatiques<sup>3</sup>.

La limitation des formalités préalables doit permettre à la CNIL de se concentrer sur les traitements présentant des risques particuliers pour les libertés (article 25 modifié) et d'opérer un contrôle plus approfondi, notamment sur les traitements comportant des données

---

<sup>1</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 45 III, modifié.

<sup>2</sup> Prévues par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal.

<sup>3</sup> Dans les conditions prévues à l'article 52 nouveau de la loi.

relatives aux difficultés sociales ou biométriques des personnes. Si la France a transposé seulement très tardivement la directive 95/46/CE, l'Allemagne qui disposait depuis 1977 d'une loi fédérale relative à la protection des données à caractère personnel a transposé également avec retard la directive 95/46/CE.

## CHAPITRE III Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit allemand

Le danger du traitement des données à caractère personnel est plus que jamais d'actualité, comme le précise le chargé à la protection des données à caractère personnel du *Land de Nordrhein-Westfalen* en affirmant : « Jamais comme aujourd'hui les données à caractère personnel n'ont pu être collectées, traitées et utilisées systématiquement dans une telle quantité. La possibilité d'accéder à travers les moyens technologiques modernes à des données à caractère personnel a fait que la qualité de l'information a acquis une nouvelle dimension »<sup>1</sup>. Or, l'Allemagne a été le premier pays à se doter d'une loi pour la protection des données à caractère personnel. C'est le *Land de Hesse* qui dispose, depuis le 7 octobre 1970, de la loi la plus ancienne au monde<sup>2</sup> en matière de protection des données qui font l'objet d'un traitement automatisé<sup>3</sup>. Cette loi concernait uniquement la protection des citoyens contre l'État, elle fut suivie par les lois de six autres *Länder*, puis par la loi fédérale du 27 janvier 1977<sup>4</sup>. Cette dernière a été remplacée par la loi du 20 décembre 1990<sup>5</sup>. L'entrée en vigueur de la Directive 95/46/CE a nécessité de modifier la loi de 1990 pour permettre la transposition de cette Directive<sup>6</sup>. Cette transposition est intervenue avec la nouvelle loi

---

<sup>1</sup> *Datenschutzbericht* der Landesbeauftragten für den Datenschutz Nordrhein-Westfalen.

<sup>2</sup> *Datenschutzgesetz Hessen*, GVBl Hessen 12 octobre 1970, p. 625.

<sup>3</sup> Voir pour un commentaire de cette loi : J.Nungesser, *Hessisches Datenschutzgesetz : Kommentar für die Praxis* / von Jochen Nungesser. – 1<sup>er</sup> éd - Mainz : Dt. Gemeindeverl., 1988. - XIV, p. 232.

<sup>4</sup> *Bundesdatenschutzgesetz*, BGBl, 1977, I, p. 201.

<sup>5</sup> *Bundesdatenschutzgesetz* BGBl I. p. 2954.

<sup>6</sup> La question s'est posée de savoir si la directive, pour entrer en vigueur en droit allemand, nécessitait une modification de la loi allemande de 1990. Il n'existe plus de doutes aujourd'hui : la nouvelle loi de 2001 a modifié l'ancienne loi. Plusieurs voix se sont levées pour critiquer le droit de la directive d'apporter des modifications au droit national dans le secteur de l'organisation de l'administration. C'est le cas de la directive 95/46/CE qui impose des modifications à l'organisation et au fonctionnement de l'autorité de contrôle. Selon ces critiques, la Communauté européenne ne posséderait pas cette compétence, réservée aux États. Leurs revendications s'appuient sur les critères du droit international selon lequel c'est aux États de choisir leur organisation étatique. Mais cette théorie peut se contredire : en effet, même si la Communauté européenne ne possède pas la compétence pour organiser le fonctionnement des institutions administratives des États membres, elle peut imposer qu'un État membre attribue à une certaine institution administrative nationale certaines compétences; autrement les compétences de la Communauté seraient tellement limitées que les politiques communautaires seraient pratiquement impossibles à réaliser.

fédérale relative à la protection des données adoptée le 18 mai 2001<sup>1</sup> (ci-après BDSG) et entrée en vigueur le 23 mai 2001<sup>2</sup>. Ainsi, l'Allemagne, comme la France, les Pays-Bas, l'Irlande et le Luxembourg<sup>3</sup>, n'a pas respecté la date du 24 octobre 1998, terme ultime pour transposer la Directive 95/46CE.

L'évolution de la BDSG de 1977 à la version de 2001 se caractérise par l'élargissement du champ d'application de la loi BDSG, par une transparence renforcée, par un ensemble de mesures nécessaires pour autoriser le traitement, la collecte et l'utilisation, et par un système de contrôle renouvelé. Dans ce système de protection des données à caractère personnel, l'information de la personne concernée occupe une place centrale. Cette protection ne peut être effective que «(...) si la personne concernée a la possibilité d'obtenir des informations relatives à qui sait quoi sur elle, quand et dans quelle occasion»<sup>4</sup>. Ainsi, l'accès à l'information de la personne concernée est un élément essentiel de tout le système de protection des données à caractère personnel sans lequel toute collecte, tout traitement et toute utilisation seraient contraires aux principes reconnus par la Cour constitutionnelle. C'est seulement si la personne concernée est informée sur le traitement de ses données qu'elle peut contrôler la légitimité de ce traitement et peut faire valoir ses droits par rapport au traitement des données. L'examen de la BDSG permet de constater une évolution progressive depuis 1977 à 2001 des droits à l'information garantis par la BDSG à la personne concernée, mais aussi le rôle essentiel de la Directive dans la phase la plus récente de cette évolution. Cela dit, un rôle important revient au juge constitutionnel qui a proclamé un nouveau droit constitutionnel, à savoir le droit à l'autodétermination informationnelle.

L'étude du droit d'accès à l'information suppose que le rôle du juge constitutionnel soit d'abord précisé (Section I), afin de permettre d'apprécier l'importance qu'ont acquise la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès à l'information comme élément essentiel de cette protection. L'examen de la spécificité du droit d'accès à l'information garantie par la BDSG pourra ensuite être entrepris (Section II).

---

<sup>1</sup> Bundesdatenschutzgesetz 22 mai 2001, BGBl I. n. 23 p. 904.

<sup>2</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la BDSG du 18 mai 2001, celle-ci a été modifiée à plusieurs reprises : la version actuellement en vigueur est celle du 14 janvier 2003, BGBl I. n. 3 du 24 janvier 2003, p. 66.

<sup>3</sup> En décembre 1999, la Commission a décidé de poursuivre la France, l'Allemagne, l'Irlande, le Luxembourg et les Pays-Bas devant la Cour européenne de justice pour défaut de notification de l'ensemble des mesures nécessaires à la mise en œuvre de la Directive 95/46/CE. Dans le cas du Luxembourg, l'action de la Commission a conduit à la condamnation de ce pays par la CJCE pour manquement à ses obligations. La directive a alors été mise en œuvre par le biais d'une nouvelle loi qui est entrée en vigueur en 2002.

<sup>4</sup> BVerfGE 65, 1 (43), notre traduction.

## **SECTION I Le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance du droit d'accès à l'information concernant la protection des données à caractère personnel**

La structure fédérale de l'Allemagne fait que la protection des données est une compétence partagée entre l'État fédéral et les *Länder*, ce qui implique que le droit applicable résulte de la nouvelle BDSG (version actuelle du 14 janvier 2003), et des lois équivalentes des *Länder*. De manière générale, la loi fédérale détermine les règles applicables à l'administration fédérale et au secteur privé. Les lois des *Länder*, elles, s'appliquent aux administrations des *Länder* et aux administrations locales, mais pas aux secteurs privés pour lesquels la loi fédérale est compétente. Les dispositions des *Länder* sont, dans leur contenu, très proches ou même identiques à celles de la loi fédérale dont les lois des *Länder* s'inspirent obligatoirement. Ainsi, la législation fédérale doit être vue comme le cadre général que complètent les législations sectorielles, comme c'est le cas dans les secteurs des renseignements nationaux, de la santé publique, ou du droit du travail<sup>1</sup>. La spécificité du système allemand se caractérise ainsi par le partage de compétences entre fédération et *Länder*, le développement de législations sectorielles de protection des données personnelles, et la distinction entre secteur public et secteur privé. Cinq ans après l'entrée en vigueur de la première loi BDSG (1977), la protection des données à caractère personnel a reçu une consécration constitutionnelle avec le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale, en date du 15 décembre 1983 relatif à la loi relative au recensement de la population<sup>2</sup>. Ce jugement mérite encore aujourd'hui d'être particulièrement pris en considération. En effet, la Cour constitutionnelle fait de la protection des données à caractère personnel un élément important de l'État démocratique en proclamant un nouveau droit constitutionnel, à savoir le droit, pour l'individu, de décider de la communication et de l'emploi des informations relatives à sa

---

<sup>1</sup> Voir par exemple la loi «Gesetz über den Bundesnachrichtendienst BNDG» (20.12.1990 BGBl. I. 2979 dans la version du 9.1.2002 BGBl. I p. 361; ou la «Postgesetz», Code des postes et télécommunications ; loi pour les étrangers, Ausländergesetz AuslG du 9 juillet 1990 BGBl. I. p. 1354; il y aurait en effet plus de 80 lois sectorielles au niveau fédéral selon le rapport « Données personnelles et société de l'information» de Guy BRAIBANT, op. cit. p. 243.

<sup>2</sup> BVerfGE 65, 1 – arrêt relatif au recensement de la population du premier Sénat (*Volkszählung Urteil des Ersten Senats*) 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. oktober 1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden.



personne ; ce droit est défini comme le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle, « *informationnelle Selbstbestimmung* »<sup>1</sup>.

Dans un premier temps, il est ainsi nécessaire de préciser le fondement constitutionnel du droit à l'autodétermination informationnelle (§1) avant de constater la garantie des droits à l'information à travers le droit à l'autodétermination informationnelle (§2).

## **§1 Le fondement constitutionnel du droit à l'autodétermination informationnelle**

Le droit allemand de la protection des données à caractère personnel a été fortement marqué par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale du 15 décembre 1983 relative au recensement de la population. Plusieurs recours constitutionnels déposés contre la loi autorisant le recensement démographique de 1983 furent à l'origine du jugement de la Cour constitutionnelle.

La Cour a en effet estimé que la loi sur le recensement de la population ne respectait pas les droits fondamentaux de la personne, étant donné qu'elle ne prévoyait pas l'information des recensés sur leur droit, et ne garantissait pas de façon satisfaisante l'anonymat. Ainsi, la Cour a annulé les trois premiers paragraphes de l'article 9 de la loi, qui autorisaient les diverses autorités étatiques et communales à transmettre des données recueillies dans des conditions qui ne garantissaient pas suffisamment l'anonymat. De plus, la loi autorisait les autorités de police, chargées de tenir le registre de la population à vérifier l'exactitude de celui-ci, grâce aux renseignements recueillis par les recenseurs<sup>2</sup>. En outre, elle a estimé que la loi sur le recensement de la population était insuffisante, car le législateur aurait dû prévoir : l'information des recensés sur leurs droits, la définition des conditions de recrutement des recenseurs, la détermination précise du moment où les renseignements permettant l'identification des déclarants doivent être détruits, les mesures nécessaires pour que le questionnaire soit bien conforme aux exigences de la loi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BVerfGE 65, 70, dans *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 428.

<sup>2</sup> Parmi les informations collectées figurés entre autres : le nom de famille, l'adresse, le numéro de téléphone, le sexe, la date de naissance, l'état civil (marié ou célibataire), la croyance religieuse, la nationalité, des informations sur le travail (actif, étudiant, femme au foyer, élève) et sur la formation (diplôme). Pour les personnes exerçant un métier, le recensement demandait aussi le temps de trajet pour se rendre au travail, le nombre d'heures travaillées par semaine, le salaire et enfin si la personne était membre d'une association du personnel du travail. Concernant l'habitat, le recensement demandait le loyer mensuel et la surface de l'habitat.

<sup>3</sup> Voir Guy BRAIBANT, Rapport au Premier ministre, *Données personnelles et société de l'information*, p. 240, 241.

Ainsi, la Cour a posé le principe de la nécessité de garantir le respect de l'ensemble des droits destinés à protéger la personnalité humaine. Ces droits ont déjà été au centre des jugements précédents de la Cour constitutionnelle<sup>1</sup>. Dans son jugement de 1983, la Cour définit le droit à l'autodétermination informationnelle comme faisant partie des droits de la personnalité. En effet, pour permettre le libre épanouissement de la personnalité, chaque individu doit avoir la possibilité de décider librement quand et dans quelles limites divulguer des informations concernant sa vie privée. Ce droit nécessite selon la Cour d'être protégé, surtout à cause du développement des moyens technologiques qui permettent de plus en plus le traitement informatisé des données personnelles<sup>2</sup>. Chacun doit donc être protégé contre la collecte, le stockage, l'utilisation et la transmission sans limite de ses données à caractère personnel. Par conséquent, chaque traitement des données à caractère personnel est une violation de la vie privée de la personne concernée si la personne concernée n'a pas donné son consentement. Pour la première fois, la Cour a considéré que chaque acte souverain qui limite le droit de l'individu de décider de la communication et de l'emploi des informations relatives à sa personne ou le droit à l'autodétermination informationnelle (*informationnelle Selbstbestimmung*), est une ingérence et une atteinte de ses droits d'informations<sup>3</sup>. Ainsi, la Cour a proclamé un nouveau principe constitutionnel, à savoir le droit, pour l'individu, de décider de la communication et de l'emploi des informations relatives à sa personne qui est défini comme le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle « *informationnelle Selbstbestimmung* ». La Cour<sup>4</sup> a déduit la protection des données à caractère personnel au niveau constitutionnel du droit du libre développement de la personnalité humaine garanti par le § 1<sup>er</sup> de l'article 2<sup>5</sup> et par la dignité de l'être humain garantie par l'art 1 §.1 de la loi fondamentale<sup>6</sup>.

Néanmoins, la Cour constitutionnelle fixe des limites à ce droit à l'autodétermination informationnelle. Selon la Cour, en effet, les informations individuelles constituent une « illustration de la réalité sociale » qui ne peut être associée uniquement à la personne

---

<sup>1</sup> BVerfGE -Microzensus; E27; 344 (350)- Scheidungsakten; E32, 372 (379) et Arztkartei; E 35, 202 (220).

<sup>2</sup> BVerfG E 65 (41).

<sup>3</sup> Simitis, Spiros/Dammann, Ulrich, Mallmann, Otto/ Reh, Hans Joachim: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3<sup>e</sup> édition, Baden Baden 1991, article 1 p.188 et sv.

<sup>4</sup> BVerfGE 65, 1. p. 43. Voir NJW 1984, p. 422.

<sup>5</sup> Article 2 [Liberté d'agir, liberté de la personne]

(1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale.

<sup>6</sup> Article 1 [Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique]

concernée<sup>1</sup> et, par ailleurs, le législateur peut limiter le droit à l'autodétermination informationnelle de chacun si l'intérêt général prédominant le justifie<sup>2</sup>. Ainsi, les restrictions au droit à l'information personnel peuvent être apportées uniquement pour garantir des intérêts de la collectivité et pour le bien-être de la communauté (intérêt public)<sup>3</sup>. Néanmoins, cette limitation ne peut intervenir que si une loi fixe « clairement et donc de manière reconnaissable pour la personne concernée, les conditions et l'étendue de ces limites »<sup>4</sup>. Mais la Cour ajoute que le législateur doit garantir une protection procédurale particulière afin d'éviter que le traitement des données à caractère personnel ne puisse constituer une atteinte au droit général de la personnalité<sup>5</sup>. Comme mesure de protection, la Cour demande que l'utilisation pour des finalités autres que celles pour lesquelles les données ont été collectées soit interdite et que les droits d'accès à l'information, l'obligation d'effacement ainsi que la participation du commissaire indépendant chargé du contrôle du traitement automatisé des informations nominative (*Datenschutzbeauftragter*)<sup>6</sup> soient garantis. En effet, la loi sur le recensement permettait l'utilisation des données collectées pour d'autres finalités sans les spécifier<sup>7</sup>. Ainsi, dans le cas de la loi sur le recensement démographique de 1983, ces droits n'étaient pas respectés, puisque l'individu concerné par le recensement ne savait pas quelles informations concernant sa vie privée étaient en possession des autorités publiques, alors que la Cour insistait sur la nécessité de protéger chaque individu contre une enquête, la divulgation et l'utilisation sans limites des données personnelles<sup>8</sup>.

En partie la doctrine considère que la Cour constitutionnelle n'a pas créé un nouveau droit constitutionnel<sup>9</sup>, mais que la décision de la Cour constitutionnelle doit être considérée dans la perspective du développement des droits fondamentaux déjà existants<sup>10</sup>, en donnant

---

(1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

<sup>1</sup> BVerfGE E 65 1. (44). BAUMANN, *DVBl* 1984, p. 615 ; E. DENNINGER, « Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und innere Sicherheit », in *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat*, p. 107.

<sup>2</sup> BVerfGE E 65, 1. (44).

<sup>3</sup> Cf. JARASS, « Konferenz der Datenschutzbeauftragten » *DÖV*, 1984, p. 505.

<sup>4</sup> BVerfGE E 65 1. (44).

<sup>5</sup> BVerfGE E 65, 1. (44).

<sup>6</sup> BVerfGE E 65, 1. (46).

<sup>7</sup> Article 9 alinéa 2 loi sur le recensement démographique *Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung (Volkszählungsgesetz 1983)* 25 mars 1982, BGBl. I p. 369.

<sup>8</sup> BVerfGE E 65 (43).

<sup>9</sup> Dans ce sens, KLOEPFER, *Datenschutz*, p. 40 et sv; Mäckenberger, *KJ* 1984, 3.

<sup>10</sup> Article 1 [Dignité de l'être humain, caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique]

(1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

Article 2 [Liberté d'agir, liberté de la personne]

une nouvelle interprétation à l'ensemble des droits destinés à protéger la personnalité humaine<sup>1</sup>. Sur la base de l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle, on ne peut que constater que la Cour fait du droit à l'information un élément indissociable de la protection des données à caractère personnel.

## **§2 La garantie des droits à l'information à travers le droit à l'autodétermination informationnelle**

La Cour ne considère que « si la loi sur le recensement démographique empêche les citoyens de connaître qui, où et quelles données à caractère personnel la concernant (...) sont utilisées, sa protection juridique sera insuffisante. C'est pour cette raison que le paragraphe 4 de l'article 19 de la loi fondamentale oblige l'office des statistiques (...) à établir un procès-verbal lors de la transmission des données à caractère personnel, de façon à permettre aux citoyens d'avoir la connaissance de cette transmission »<sup>2</sup>. S'il existe des limites légales au droit à l'autodétermination informationnelle, les limites doivent être identifiables par la personne concernée<sup>3</sup>. Il est en effet fondamental que la personne concernée ait un droit à l'information comme mesure de sécurité procédurale<sup>4</sup>. Le fait de déduire le droit à l'information du droit à l'autodétermination informationnelle a été approuvé par plusieurs auteurs<sup>5</sup>.

Ces derniers considèrent que la décision de la Cour constitutionnelle relative au recensement de la population fait apparaître clairement ce droit à l'information comme élément indispensable pour exercer le droit à l'autodétermination informationnelle : « Il n'est pas possible d'avoir le droit à l'autodétermination informationnelle d'un côté, et de l'autre de ne pas savoir qui, quand, et quel type d'information personnelle est utilisé par les autorités publiques »<sup>6</sup>. Mais la personne concernée doit connaître aussi les mesures autorisant le traitement des données personnelles pour pouvoir faire contrôler leur conformité au droit dans

---

(1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale.

<sup>1</sup> Voir dans ce sens, S.Simitis, op. cit. NJW 1984, p. 399.

<sup>2</sup> Notre traduction, BVerfGE 65,70 = NJW 1984,428.

<sup>3</sup> BVerfGE 65( 41-43).

<sup>4</sup> BVerfG E65 -NJW 1984,422.

<sup>5</sup> Voir dans ce sens Bäumlér, NVWZ 1988,199, Baumann, DVBl 1984, 618 DENNIGER, Informationelle Selbstbestimmung, p. 128; Weichert, Informationelle Selbstbestimmung, p. 129; Konferenz der datenschutzbeauftragten, DÖV 1984, p. 507; Simitis/Fuckner, NJW 1990, 2713.

<sup>6</sup> DENNIGER, *Informationelle Selbstbestimmung*, op.cit. p. 128.

une phase juridictionnelle<sup>1</sup>. La jurisprudence des tribunaux administratifs semble reconnaître ce droit d'accès à l'information travers le paragraphe 1<sup>er</sup> art 2 et le paragraphe 1<sup>er</sup> art 1 de la Loi fondamentale<sup>2</sup>, tout en reconnaissant la possibilité de limiter ce droit pour des motifs d'intérêts généraux prédominants<sup>3</sup>. En outre, selon l'interprétation de certains tribunaux administratifs, les affirmations de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relatives au recensement de la population nécessiteraient au contraire une concrétisation législative pour être effectives.<sup>4</sup>

Un autre aspect soulevé est qu'un droit à l'information pourrait être déduit aussi par le principe constitutionnel du paragraphe 1 de l'article 103 de la Loi fondamentale qui garantit le droit à être entendu devant les tribunaux pendant les procédures judiciaires. Ce principe qui est considéré comme un principe général de l'État de droit est aussi appliqué aux procédures administratives<sup>5</sup>. Reconnaître que le paragraphe 1 de l'article 103 garantit un droit d'accès à l'information dans le cas des traitements des données personnelles nécessite de considérer le traitement des données à caractère personnel comme une procédure administrative. Sur la base de l'article 9 VwVfG, afin de pouvoir considérer le traitement automatisé des données personnelles comme une procédure administrative, il faut que le traitement soit lié à l'émission d'un acte administratif qui, pour produire des effets, doit être communiqué à l'intéressé<sup>6</sup>. On peut douter que tout traitement d'information nominative de la part des autorités publiques soit considéré comme un acte administratif. La différence principale entre procédure administrative et traitement automatisé des données est l'effet externe de la procédure et l'effet principalement interne du traitement des données. Le traitement des données peut être considéré comme *sui generis*, étant donné que le traitement a un caractère administratif seulement dans la phase de la collecte des informations et pendant la transmission au tiers de ses données. Ainsi donc, la protection effective des données à caractère personnel à travers un droit d'accès à l'information dans le système juridique allemand n'est possible qu'à travers une loi spécifique relative à la protection des données à caractère personnel.

---

<sup>1</sup> Voir Bäumlér, *NVwZ* 1988, p. 199 et sv.

<sup>2</sup> BVerwG, *NJW* 1990, 2762.

<sup>3</sup> BVerwG, *NJW* 1992, 451 et *NJW* 1990, 2761; Bay VGH, BayVBl 1991, 467.

<sup>4</sup> BVerwGNJW 1992, 451 (453); OVG Berlin, *NVwZ* 1987, 817-818.

<sup>5</sup> Article 103 [Droit à être entendu, interdiction des lois pénales rétroactives et du cumul des peines] (1) Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu.

<sup>6</sup> Stephan W. Lodde, *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, 1995 Heymanns Verlag Köln, p. 40-41.

Suite au jugement de la Cour constitutionnelle, il était nécessaire de modifier la loi pour la protection des données à caractère personnel de 1977 (ci-après BDSG), car elle ne correspondait pas aux exigences affirmées par la Cour constitutionnelle en 1983. Ainsi, l'Allemagne, qui s'était dotée en 1977 de sa première loi fédérale pour la protection des données à caractère personnel, a modifié pour des motifs strictement nationaux la loi de 1977. La nouvelle loi BDSG de 1990 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1991<sup>1</sup>. Cette loi a dû être modifiée à la suite de l'adoption de la Directive 95/46/CE. Ainsi, depuis le 18 mai 2001, l'Allemagne dispose d'une nouvelle loi fédérale dans le domaine de la protection des données à caractère personnel. Pour avoir une vue globale de l'évolution des droits à l'information garantie par la BDSG, il faut tenir de l'évolution que la protection des données à caractère personnel a connue grâce à la Directive communautaire 95/46/CE et voir en particulier de quelle façon les droits à l'information de la personne concernée ont évolué.

## **SECTION II La spécificité du droit d'accès à l'information garanti par la BDSG**

La transposition de la Directive 95/46/CE a comporté un ensemble de modifications importantes de la loi BDSG de 1990. Néanmoins, cette loi garantissait déjà un niveau élevé de protection des données surtout dans le domaine public. L'examen du droit d'accès à l'information garanti par la BDSG nécessite dans un premier temps de tenir compte de la loi BDSG de 1990 afin de pouvoir apprécier le rôle du droit communautaire dans l'évolution de la loi BDSG (§1). L'examen des dispositions garantissant l'information de la personne concernée permettra d'apprécier l'évolution du droit d'accès à l'information (§2).

### **§1 L'évolution de la loi BDSG grâce au droit communautaire**

Afin de pouvoir apprécier l'évolution de la protection des données à caractère personnel, il est nécessaire d'analyser le champ d'application matériel et personnel de la loi BDSG de 1990 (A) avant d'examiner les modifications apportées par la nouvelle loi BDSG de 2001 (B).

---

<sup>1</sup> Loi du 20 décembre 1990 relative au développement du traitement des données et de la protection des données, *Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes*, BGBl. I. 1990, p. 2954.

## A Le champ d'application matériel et personnel de la BDSG

La loi BDSG de 1990 se caractérisait par le fait qu'elle réglementait de façon différente la collecte des données (article 13) et l'utilisation de celle-ci (articles 14 et 28) et qu'elle faisait une distinction entre les traitements du secteur privé et du secteur public. Dans le secteur public, la protection des données démarrait au moment de la collecte de ces dernières et son champ d'application était plus vaste. Il ne se limitait pas aux fichiers, mais s'étendait à tous les dossiers, documents officiels, y compris aux enregistrements audiovisuels<sup>1</sup>. La loi s'appliquait à la collecte, le traitement et l'utilisation de données personnelles par des organes publics de l'État et des organes publics des *Länder*, dans la mesure où la protection des données n'était pas réglementée par une loi du *Land*, où ces organes publics appliquaient le droit fédéral ou agissaient en tant qu'organes de la justice et où il ne s'agissait pas d'affaires administratives (article 1 paragraphe 2 point b). Dans le secteur public, le principe de finalité était consacré par l'article 13 de la loi aux termes de laquelle la collecte des données n'était admissible que dans la mesure où celle-ci était nécessaire à l'exécution des missions des organes qui recueillaient les données (paragraphe 1) et où les données étaient collectées auprès de la personne concernée : la finalité de la collecte devait alors lui être indiquée (article 13 paragraphe 3).

Ainsi, la loi garantissait un ensemble de droits à la personne concernée par le traitement parmi lesquels le droit d'être informée sur les données enregistrées sur sa personne et sur la finalité de l'enregistrement<sup>2</sup>. Au contraire, ces droits d'information n'étaient pas garantis par rapport aux autorités chargées de la sécurité de l'État ou d'un *Land*. Néanmoins, la loi de 1990 prévoyait un accès indirect à l'information. À la demande de la personne concernée, les informations la concernant devaient être fournies au délégué fédéral à la protection des données, mais dans ce cas, l'information de la personne concernée par le délégué fédéral ne devait pas permettre de tirer des conclusions concernant le niveau de connaissance de l'organe qui possédait les données (paragraphe 6 article 19). La loi permettait à la personne concernée de demander de corriger les données si elles étaient inexactes, et de demander leur blocage dans la mesure où leur exactitude était contestée par la personne concernée. L'effacement était prévu pour les données personnelles si leur enregistrement

---

<sup>1</sup> Article 3 paragraphe 3 loi BDSG 1990  
<sup>2</sup> BDSG, 1990, article 19.

n'était pas admissible ou si leur connaissance n'était plus nécessaire à l'autorité qui enregistrerait les données<sup>1</sup>. Elle posait le principe selon lequel l'usage des données relatives à la personne n'était autorisé qu'avec le consentement de la personne concernée ou en vertu d'une disposition légale (article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>).

Par ailleurs, dans le secteur privé, la loi de 1990 n'imposait pas d'obligations particulières : le champ d'application, délimité par la notion de fichiers, permettait d'exclure les fichiers à usage personnel<sup>2</sup>. La loi fédérale de 1990 ne faisait pas référence explicitement au principe de finalité dans le secteur privé. Ainsi, la loi autorisait le traitement des données pour d'autres finalités que celles pour lesquelles elles avaient été collectées. Sur ce point, la compatibilité de la loi allemande avec la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel n° 108 de Strasbourg était déjà en cause dans la mesure où ladite Convention affirmait que : « les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé » sont : « enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes, et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités »<sup>3</sup>. En effet, la personne concernée n'était informée de l'enregistrement, de sa finalité et de la nature des données que lors du premier enregistrement « à des fins propres ». La personne concernée était donc informée de leur première transmission et de la nature des données transmises<sup>4</sup>, mais rien n'était prévu concernant l'information au moment de la collecte des données.

S'ajoutait à cela un ensemble d'exceptions qui permettait de réduire considérablement l'obligation d'information de la personne concernée. Il n'y avait pas d'obligation d'information, dans le cas de traitement effectué par des organismes privés quand « l'information pouvait nuire considérablement aux buts commerciaux de l'organisme qui enregistre, à moins que l'intérêt d'informer prédomine sur le risque encouru par l'organisme »<sup>5</sup> ou lorsque « les données sont enregistrées dans un fichier qui n'est conservé que provisoirement et qui sera effacé dans un délai de trois mois après sa création »<sup>1</sup>. Dans le secteur privé, les organes qui enregistreraient des données pour le compte d'autrui étaient tenus

---

<sup>1</sup> Paragraphes 1 ; 2 ; 3 et 4 de l'article 20 de la loi BDSG de 1990.

<sup>2</sup> Selon paragraphe 3 de l'article 1, la loi s'applique pour la collecte, le traitement et l'utilisation de données personnelles par « des organes non publics, dans la mesure où ils traitent, utilisent les données dans ou issues de fichiers conformément à l'usage commercial ou pour des buts professionnels ou commerciaux ».

<sup>3</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel n° 108 de Strasbourg par son article 5 b.

<sup>4</sup> Article 33 paragraphe 1 BDSG, 1990.

<sup>5</sup> Paragraphe 6 point b article 33 BDSG 1990.



de déclarer dans un délai d'un mois le commencement et l'achèvement de leur activité aux autorités de surveillance. En revanche, l'utilisation des données pour les besoins propres de l'entreprise était considérée comme licite quand l'enregistrement, la modification ou la transmission de données personnelles étaient nécessaires pour des « finalités résultant d'un contrat, ou de rapports de confiance avec la personne concernée semblable à un contrat »<sup>2</sup>.

En ce qui concerne les données sensibles, celles-ci n'étaient pas définies par la loi BDSG de 1990 : une marge d'appréciation était laissée aux autorités de contrôle et aux juridictions afin de tenir compte du contexte, dans chaque cas<sup>3</sup>. Concernant le traitement des données à caractère personnel par les autorités publiques, la procédure prévoyait un contrôle externe de la part du délégué fédéral à la protection des données auprès des organes publics de la Fédération, et des délégués des *Länder* à la protection des données auprès des organes publics des *Länder*. Le délégué fédéral à la protection des données contrôlait le respect par les organes publics de la Fédération le respect des dispositions de la loi BDSG et des autres dispositions en matière de protection des données (article 24). Mais, il n'existait aucun régime d'autorisation préalable dans le cadre de la loi BDSG de 1990. Ainsi, le délégué fédéral faisait part du résultat de son contrôle à l'organe public. Ce faisant, il pouvait faire des propositions visant à améliorer la protection des données, notamment à éliminer des défauts constatés lors du traitement (paragraphe 5 de l'article 24) ou faire des observations s'il constatait des violations des dispositions de la loi BDSG. Par conséquent, le délégué fédéral exerçait une mission de contrôle sur l'utilisation des données personnelles. Il intervenait de son propre chef ou sur la plainte d'un citoyen et disposait d'un droit d'accès général à tous les dossiers<sup>4</sup>, à condition qu'il existe un soupçon de violation de la loi (article 24 1er paragraphe). En revanche, le délégué fédéral n'avait pas le pouvoir d'interdire un traitement du secteur public, à la différence des autorités de surveillance (article 38) qui contrôlaient le secteur privé. Ce dernier pouvait au contraire, afin de garantir la protection des données, ordonner que des mesures visant à éliminer des défauts constatés soient prises<sup>1</sup>. En cas de défauts graves, notamment s'ils étaient liés à une atteinte particulière à la vie privée, l'autorité de surveillance pouvait interdire un traitement (5e paragraphe article 38).

---

<sup>1</sup> Paragraphe 5 article 33 BDSG 1990..

<sup>2</sup> Paragraphe 1 article 28 BDSG 1990.

<sup>3</sup> Cf. H. AUERNHAMMER, *Bundesdatenschutzgesetz : [BDSG] ; du 20 Dezember 1990 ; - Köln ; Berlin ; Bonn ; München : Heymann, 1991. - XII, p. 192.*

<sup>4</sup> 1<sup>er</sup> et 4<sup>ème</sup> paragraphes de l'article 24 de la BDSG de 1990.

Enfin, la BDSG de 1990 prévoyait pour les organes non publics un système de contrôle interne qui était exercé par le « délégué à la protection des données » (article 36). Cette autorité de contrôle était obligatoire dans le secteur privé pour toutes les entreprises qui comptaient au moins cinq agents affectés au traitement automatisé de données à caractère personnel<sup>2</sup>. Au contraire, dans le secteur public, cela n'était pas obligatoire, mais on a pu constater que les administrations dans leur majorité n'ont pas hésité à désigner un délégué à la protection des données<sup>3</sup>. En dernier ressort, il revenait aux tribunaux d'assurer l'application de la loi. Les poursuites pénales étaient déclenchées uniquement sur plainte de l'intéressé et non sur plainte du délégué fédéral à la protection des données.

Alors que la loi de 1990 garantissait surtout un système de protection pour le traitement des données à caractère personnel du secteur public, l'entrée en vigueur de la Directive 95/46/CE, qui a comme finalité deux des plus vieilles ambitions du projet d'intégration européenne : l'achèvement d'un marché intérieur (dans le cas présent, la libre circulation des données personnelles) et la protection des libertés et des droits fondamentaux des individus<sup>4</sup>, ont nécessité que la loi BDSG de 1990 soit modifiée afin de respecter les dispositions de la Directive.

## **B Les modifications apportées à la BDSG par la transposition de la Directive 95/46/CE**

Les modifications apportées par la nouvelle loi BDSG de 2001 ont permis d'élargir le champ d'application matériel et personnel et de renforcer les droits de la personne concernée. L'examen prendra particulièrement en considération les éléments permettant d'une façon directe ou indirecte l'information de la personne concernée par le traitement des données à caractère personnel. Ainsi, il est nécessaire d'examiner d'abord les modifications concernant le champ d'application matériel et personnel (1), puis les dispositions relatives à la collecte, le

---

<sup>1</sup> Les gouvernements des *Länder* ou les organes autorisés par eux déterminent les autorités de surveillance compétentes pour surveiller la réalisation de la protection des données dans le secteur privé (paragraphe 6 article 38).

<sup>2</sup> Article 36 paragraphe 1.

<sup>3</sup> Seuls certains *Länder* ainsi que le code de sécurité sociale rendent obligatoire la désignation d'un détaché à la protection des données. Voir pour plus de détails S.SPIRIS, *Kommentar zum Datenschutzgesetz*, 4 éd., op. cit.

<sup>4</sup> Cf. Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE, COM(2003)265 final, 15/05/2003, p. 3 et sv.

traitement et l'utilisation des données (2) et enfin les nouvelles dispositions concernant le transfert des données en dehors du territoire national (3).

## **1 Le champ d'application matériel et personnel élargi**

Par la définition de l'objet et du champ d'application de la loi<sup>1</sup>, la BDSG s'applique désormais aux traitements automatisés des données et à l'ensemble de données à caractère personnel non automatisées à condition d'être « structurées de façon similaire, (...) accessibles et [de pouvoir] être évaluées selon des critères déterminés » (article 3 paragraphe 2). En revanche, dans l'ancienne version, les données personnelles non automatisées étaient protégées par la loi BDSG uniquement si elles étaient « structurées de manière identique et pouvaient être classées, réorganisées et exploitées suivant certaines caractéristiques ». Ainsi, conformément à la Directive 95/46/CE<sup>2</sup>, l'application de la loi ne dépend plus de la finalité du traitement, mais au contraire de ses modalités<sup>3</sup>. Désormais, seuls les traitements des données effectués exclusivement pour « l'exercice d'activités personnelles ou domestiques sont exclus<sup>4</sup>, alors que le champ d'application de la loi de 1990 était limité aux données issues de fichiers à usage commercial ou professionnel dans le domaine privé.

L'article 1, paragraphe 5 de la nouvelle loi BDSG régit l'application territoriale de la loi BDSG. Ce n'est plus le lieu du traitement (principe de territorialité), mais le siège de l'organisme responsable du traitement qui importe pour l'application de la loi. La loi ne s'applique donc pas si un organisme responsable situé dans un autre État membre de l'Union européenne traite ou utilise des données à caractère personnel en Allemagne. Au contraire, la loi s'applique si le traitement ou l'utilisation sont réalisés par un établissement situé en Allemagne. Par conséquent, la loi BDSG ne s'applique pas si un organisme responsable qui offre un service d'internet français, mais n'a pas d'établissement en Allemagne, utilise des données d'utilisateurs d'internet allemands. Mais dans ce cas, le contrôle du traitement et l'utilisation des données sont effectués par l'autorité allemande de contrôle qui, pour le contrôler, s'appuie sur la loi de l'État français. En effet, l'article 38 paragraphe 1 de la BDSG constitue une innovation essentielle de la loi pour la protection des données à caractère

---

<sup>1</sup> Article 1 paragraphe 2 loi BDSG 1990.

<sup>2</sup> Directive 95/46/CE, article 3.

<sup>3</sup> Traitement automatisé en tout ou en partie, ou non automatisé de données contenues ou appelées à figurer dans un fichier.

<sup>4</sup> Selon BDSG, 2001, article 1er paragraphe 2 point 3.

personnel, puisqu'il détermine l'autorité de contrôle garant de la protection qui surveille l'application de la loi BDSG ainsi que des autres dispositions en vigueur dans le domaine de la protection des données. Sa compétence s'étend « y compris au droit des États membres » lorsqu'un organisme responsable situé dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un autre État signataire de l'Accord sur l'Espace économique collective, traite ou utilise des données à caractère personnel en Allemagne. Cela signifie en effet que les lois sur la protection des données à caractère personnel des autres États membres peuvent s'appliquer sur le territoire la République fédérale<sup>1</sup>.

Cette formulation posera sans doute des problèmes aux autorités de contrôle qui doivent déterminer si l'application de la BDSG est exclue<sup>2</sup> et, si c'est le cas, vérifier s'il y a eu violation de la loi pour la protection des données de l'État membre où le responsable du traitement est établi. Cela signifie que l'autorité de contrôle doit avoir une connaissance approfondie de toutes les lois relatives à la protection des données de tous les États membres. Cette disposition pose un problème si l'autorité allemande de contrôle constate une violation de la réglementation d'un l'État membre, étant donné que la prescription de l'article 38 paragraphe 1 lui donne uniquement un pouvoir de contrôle et non pas un pouvoir d'intervention. Dans ce cas, aucune mesure, sanction, ou amende selon le BDSG ne peut s'appliquer, vu que ce droit ne s'applique pas. La seule solution pourrait être l'information de la part de l'autorité allemande de contrôle de l'autorité de contrôle de l'État membre concerné. Il manque néanmoins une base juridique dans la BDSG autorisant cette transmission d'informations entre autorités de contrôle. Au contraire, conformément à l'article 1 paragraphe 5 BDSG, la loi s'applique dans la mesure où un organisme responsable qui n'est pas situé dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un autre État signataire de l'Accord sur l'Espace économique européen collective, traite ou utilise des données à caractère personnel en Allemagne.

Une modification importante est intervenue dans les définitions données par la loi BDSG. Cette dernière, pour s'adapter aux prescriptions de la Directive 95/46/CE, a remplacé

---

<sup>1</sup> Art. 38 Autorité de contrôle (1) «L'autorité de contrôle surveille l'application de la présente loi ainsi que des autres dispositions en vigueur dans le domaine de la protection des données, dans la mesure où celles-ci régissent le traitement automatisé de données à caractère personnel ou le traitement ou l'utilisation de données à caractère personnel dans des fichiers ou à partir de fichiers non automatisés, y compris du droit des États membres dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 5 (...).» L'article 1 paragraphe 5 précise : «(5) La présente loi ne s'applique pas dans la mesure où un organisme responsable situé dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un autre État signataire de l'Accord sur l'Espace économique européen collective, traite ou utilise des données à caractère personnel en Allemagne, sauf si ceci est réalisé par un établissement en Allemagne.»

<sup>2</sup> Comme lorsque le responsable n'a pas d'établissement en Allemagne.

la définition de fichier de la loi BDSG de 1990<sup>1</sup> par la définition de « traitement automatisé » de la nouvelle BDSG de 2001<sup>2</sup>. Néanmoins, la définition de fichier n'est pas complètement exclue, étant donné que le fichier non automatisé est défini par la deuxième phrase du nouveau paragraphe 2 de l'article 3 BDSG. Par conséquent, le champ d'application de la loi BDSG est élargi de façon importante par l'utilisation du terme « traitement automatisé ». L'important n'est plus le fait que les données se trouvent dans des fichiers, mais que les données fassent l'objet d'un traitement automatisé indépendamment du fait que celui-ci figure dans un fichier. Le seul critère est que la collecte, l'utilisation et le traitement des données à caractère personnel ait lieu à travers l'utilisation « d'équipement de traitement de données »<sup>3</sup>. Ainsi, la nouvelle BDSG considère désormais également la collecte comme un traitement automatisé quand celle-ci utilise des équipements de traitement de données, alors que la loi de 1990 ne cite la collecte que par son article 28 paragraphe 1 point. Concernant le fichier non automatisé, celui-ci ne doit plus être structuré « de manière identique »<sup>4</sup>, mais « structuré de façon similaire et qui est accessible et peut être évalué selon des critères déterminés »<sup>5</sup>.

Par ailleurs, la définition de « pseudonymisation »<sup>6</sup> fait figure de curiosité de la nouvelle BDSG qui consiste dans « le fait de remplacer le nom et d'autres indications permettant une identification des personnes par une marque permettant d'exclure ou d'entraver considérablement l'identification de la personne concernée »<sup>7</sup>. Le but de la pseudonymisation est donc de remplacer le nom et d'autres indications permettant l'identification par une marque, et donc d'exclure ou d'entraver l'identification de la personne concernée. Cette définition apparaît problématique surtout parce qu'il est difficile de déterminer exactement la limite entre pseudonymisation et anonymisation<sup>8</sup>. Cette dernière est en effet définie comme « le fait de modifier des données à caractère personnel de telle sorte que les informations concernant la situation personnelle ou matérielle d'une personne puissent

---

<sup>1</sup> Voir article 3 paragraphe 2 de la loi BDSG de 1990.

<sup>2</sup> Voir article 3, paragraphe 2 BDSG 2001.

<sup>3</sup> Article 3, paragraphe 2 BDSG.

<sup>4</sup> Article 3 paragraphe 2 phrase 2 loi BDSG de 1990.

<sup>5</sup> Article 3 paragraphe 1 point 2 nouvelle BDSG.

<sup>6</sup> BDSG, 2001, article 3, paragraphe 6 a : « On entend par "pseudonymisation" le fait de remplacer le nom et d'autres indications permettant une identification des personnes par une marque permettant d'exclure ou d'entraver considérablement l'identification de la personne concernée. »

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> BDSG, 2001, article 3 paragraphe 6 : « On entend par "anonymisation" le fait de modifier des données à caractère personnel de telle sorte que les informations concernant la situation personnelle ou matérielle d'une personne ne puissent plus être rattachées à une personne physique identifiée ou identifiable ou seulement avec un effort disproportionné en termes de temps, de coûts ou de main-d'œuvre. »

plus être rattachées à une personne physique identifiée ou identifiable ou seulement avec un effort disproportionné en termes de temps, de coûts ou de main-d'œuvre ».

La nouvelle BDSG élargit aussi la définition de « destinataire » qui, dans l'ancienne version de la BDSG, n'était qu'une autre définition de « tiers », alors que dans la nouvelle version, le destinataire est toute personne qui reçoit les données. Ainsi, la nouvelle BDSG transpose la Directive 95/46/CE<sup>1</sup> en considérant comme destinataire, en plus du tiers, toute personne ou organisme qui collecte, traite ou utilise des données à caractère personnel pour le compte du responsable en Allemagne. Cette définition permet ainsi d'élargir les droits d'information de la personne concernée garantis par l'article 19 dans le cas du traitement mis en œuvre par les organismes publics. En effet, « la personne concernée doit obtenir des informations sur les destinataires ou catégories de destinataires à qui les données sont communiquées ». De plus, pour les traitements des données par des organismes privés, l'article 34 de la loi BDSG permet à la personne concernée « d'exiger qu'on lui donne les informations sur les destinataires ou catégories de destinataires à qui les données sont communiquées ». L'alinéa 9 de l'article 3 reprend textuellement la définition de l'article 8 paragraphe 1 relative au traitement portant sur des catégories particulières de données de la Directive 95/46/CE. Cette définition a un rôle fondamental dans le cadre du consentement (art 4 a) et dans la mesure où un contrôle préalable est notamment réalisé lorsque des catégories spéciales de données à caractère personnel sont traitées (article 4d paragraphe 5 BDSG).

En outre, la référence à « la réduction des données et l'économie des données » est tout à fait nouvelle<sup>2</sup>. Cette disposition a comme objectif de faire que les traitements et les données soient le moins possible, voire pas du tout utilisés. Elle incite au contraire à utiliser le plus possible l'anonymisation et la pseudonymisation des données. Pour respecter les dispositions de la Directive, le terme de collecte a été ajouté à l'article 4, paragraphe 1er de la BDSG: ainsi, la collecte, le traitement et l'utilisation des données à caractère personnel ne sont désormais admissibles que si cela est autorisé ou prescrit par la loi BDSG ou par une autre disposition juridique ou si la personne concernée a donné son consentement. Le point essentiel de cet article est que la disposition relative à la collecte s'applique désormais aussi au secteur privé, alors que dans la version de 1990 de la loi BDSG, l'application était limitée uniquement au secteur public. De plus, la collecte n'est désormais autorisée que si une disposition juridique l'autorise, ce qui n'était pas le cas dans l'ancienne version.

---

<sup>1</sup> Article 2 lettre g, Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> , Article 3 a. BDSG , 2001.

## 2 L'admissibilité de la collecte, du traitement et de l'utilisation des données

Pour le secteur public, l'obligation que les données soient collectées auprès de la personne concernée<sup>1</sup> existait déjà depuis longtemps. La nouvelle version article élargit donc au secteur privé cette obligation<sup>2</sup>. Néanmoins, selon la nouvelle version<sup>3</sup>, « les données peuvent être collectées auprès d'autres personnes ou organismes, quand la nature de la tâche administrative à remplir ou le but commercial rendent nécessaire une collecte auprès d'autres personnes ou organismes, ou si la collecte auprès de la personne concernée exige un effort démesuré ». Or, cela n'est pas tout à fait clair : comment est-il possible de déterminer exactement si on se trouve dans une situation justifiant la collecte auprès d'autres personnes ou organismes ?

L'article 4 a une importance particulière pour la personne concernée par le traitement de ces données, car il permet à la personne concernée d'être informée de la collecte des données, si elle n'a pas déjà eu connaissance d'une autre manière de l'identité de l'organisme responsable, des finalités de la collecte, du traitement ou de l'utilisation et des catégories de destinataires, dans la mesure où les circonstances ne permettent pas à la personne concernée de s'attendre à ce que les données leur soient transmises<sup>4</sup>. Mais si la nouvelle version de la BDSG dans ce cas renforce les droits à l'information de la personne concernée, elle élargit aussi les exceptions qui permettent de réduire cette obligation d'information. Avec la nouvelle version de la BDSG en effet, les données de la personne concernée sont protégées à partir du moment de la collecte<sup>5</sup>. La collecte ne peut être effectuée que si elle est autorisée ou prescrite par une disposition juridique ou si la personne concernée a donné son consentement, alors que, dans l'ancienne version, le traitement et l'utilisation des données étaient admis uniquement si une disposition légale le permettait ou dans la mesure où la personne concernée y avait consenti : rien n'était spécifié concernant la collecte.

Parmi les toutes nouvelles dispositions de la nouvelle loi BDSG se trouve la définition de « consentement »<sup>6</sup>. La loi transpose ainsi l'article 2 lett. h) de la Directive, selon la

---

<sup>1</sup> Voir article 13 BDSG de 1990.

<sup>2</sup> , Article 4 paragraphe 2 n 2. BDSG, 2001

<sup>3</sup> Article 4 paragraphe 2, n.2 points a et b. BDSG 2001

<sup>4</sup> Cf. l'article 4, paragraphe 3, n° 1, 2 et 3. BDSG 2001

<sup>5</sup> S.SPIROS, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz* / (Hrsg.). – 5 éd.- Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 2003. – p.1632.

<sup>6</sup>, Article 4 a, BDSG, 2001.

nouvelle version de la BDSG, le consentement de la personne concernée doit être exprimé librement, c'est par ailleurs la condition qui le rend légitime : le « consentement n'est valide que s'il repose sur la libre décision de la personne concernée ». De plus, pour les catégories spéciales de données à caractère personnel, le consentement doit se rapporter expressément à ces données (paragraphe 3 articles 4a) ; cette mesure transpose l'article 8 paragraphe 2 lett.a) de la Directive. Cette nouvelle disposition de la BDSG change radicalement l'ancien article 28 qui autorisait l'enregistrement, la modification ou la transmission même des données de santé s'il existait une base légale, et donc sans le consentement de la personne concernée, alors que la nouvelle version nécessite pour ces données le consentement de la personne concernée en plus de la disposition légale. Ainsi, par exemple, dans le cas de la signature d'un contrat d'assurance sur la vie, la société d'assurance devra désormais, pour toute collecte, traitement et utilisation, demander le consentement de la personne concernée<sup>1</sup>. Néanmoins, le nouvel article 28 paragraphes 6 et 7 autorise l'utilisation de catégories particulières de données sans le consentement de la personne concernée dans certaines conditions particulières<sup>2</sup>. Une question se pose : alors que l'article 13 paragraphe 2 n° 1 de la BDSG affirme que la collecte de catégories spéciales de données à caractère personnel par des organismes publics n'est admise que dans la mesure où une « disposition légale le prévoit (...) » ou que « la personne concernée a donné son consentement (...) », on ne comprend pas pourquoi l'article 28 de la nouvelle BDSG qui s'applique aux traitements des données par des organismes privés et des entreprises de droit public participant à la concurrence ne prévoit pas comme condition autorisant la collecte de catégories spéciales de données à caractère personnel, l'existence d'une disposition légale qui autorise cette collecte.

### **3 Le transfert des données et l'information de la personne concernée**

Parmi les innovations majeures de la nouvelle BDSG, se trouvent les dispositions relatives au transfert des données à caractère personnel à l'étranger. L'ancienne version de la BDSG réglementait uniquement dans le secteur public (article 17) le transfert des données à

---

<sup>1</sup> E. DUHR, H. NAUJOK, M. PETER, E. SEIFFERT, «Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft», *DUD. Datenschutz und Datensicherheit* 26 (2002) 1. p. 14.

<sup>2</sup> Paragraphe 6 point 1. «Cela est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement, point 2. il s'agit des données manifestement rendues publiques par la personne concernée, point 3. cela est nécessaire à l'exercice ou à la défense de droits en justice, point 4. cela est nécessaire aux fins de la recherche scientifique et que l'intérêt scientifique soit prépondérant par rapport à l'intérêt de la personne



des organes extérieurs au domaine d'application de la loi, alors que pour le secteur privé, rien n'était prévu. La nouvelle loi BDSG (article 4b) précise que la réglementation de la BDSG relative au transfert des données à caractère personnel à l'étranger ainsi qu'à des organismes supranationaux et internationaux s'applique au secteur public comme au secteur privé<sup>1</sup>. La réglementation relative au transfert transfrontalier de données à caractère personnel est placée au même niveau que la réglementation concernant le transfert qui intervient à l'intérieur du territoire national. Cela signifie que le transfert des données intracommunautaire ne peut plus être interdit en s'appuyant uniquement sur le franchissement des frontières, comme c'était le cas au contraire avec l'ancienne loi BDSG. L'assimilation du transfert intracommunautaire des données au transfert national s'applique néanmoins selon l'article 3, paragraphe 2 de la Directive uniquement aux traitements qui relèvent du champ d'application du droit communautaire.

La Directive ne s'applique donc pas en principe aux traitements des données à caractère personnel qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du Traité de l'Union européenne et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal. Dans ce cas, la nouvelle loi BDSG<sup>2</sup> dispose que le transfert de données à caractère personnel, de même que le transfert intracommunautaire de données aux autres organismes étrangers ou supranationaux dans le cadre d'activités qui ne relèvent pas, ni totalement ni en partie, du champ d'application du droit des Communautés européennes<sup>1</sup>, ce sont les dispositions du paragraphe 1 de l'article 4b qui s'appliqueront. Cette disposition renvoie donc aux dispositions applicables aux transferts effectués dans le cadre d'activités qui relèvent totalement du champ d'application du droit des Communautés européennes. Le législateur allemand a choisi ainsi d'appliquer les dispositions de la Directive de manière analogue également pour les transferts des données qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, avec la seule exception que ce transfert de données n'est admis que si les organismes situés dans les États membres de l'Union européenne comme dans des États tiers assurent un niveau de protection des données adéquat et que la personne concernée n'a pas un intérêt légitime à ce que le transfert soit exclu.

---

concernée. Le paragraphe 7 autorise la collecte de catégories spéciales de données à caractère personnel si elle est nécessaire aux fins de la médecine préventive».

<sup>1</sup> L'article 4b renvoie aux articles 15 (transfert à des organismes publics) et 16 (transfert à des organismes privés).

<sup>2</sup> Article 4 b paragraphe 2 BDSG.

Conformément au paragraphe 5 de l'article 4b, c'est l'organisme transmettant les données qui est responsable de l'admissibilité de la transmission et qui donc vérifie si le niveau de protection est adéquat.

Concernant le transfert des données dans le champ d'application du droit communautaire vers des pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne Il faut tenir compte également de la dernière phrase du 2<sup>ème</sup> paragraphe de l'article 4b qui prévoit des exceptions à l'obligation de vérifier si les mesures de protection sont adéquates. Si des motifs « principalement » d'intérêt public, ainsi que des motifs impérieux de défense le justifient<sup>2</sup>, la Directive attribue principalement à la Commission le pouvoir de vérifier si un État tiers garantit un niveau de protection adéquat, même si le paragraphe 3 de l'article 25 dispose que « les États membres et la Commission s'informent mutuellement des cas dans lesquels ils estiment qu'un pays tiers n'assure pas un niveau de protection adéquat (...) ». Mais la Directive précise que c'est la Commission qui peut constater « (...) conformément à la procédure prévue à l'article 31 paragraphe 2, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquate (...) », et que les « (...) États membres prennent des mesures nécessaires pour se conformer à la décision de la Commission » (paragraphe 6 article 25). Aucune disposition n'attribue ce pouvoir aux États membres<sup>3</sup>. L'effet d'une telle décision est que les données personnelles peuvent circuler des quinze États membres de l'UE et des trois États membres de l'EEE (Norvège, Liechtenstein et Islande) à un pays tiers sans qu'aucune garantie supplémentaire ne soit nécessaire. Au contraire, sur la base de la nouvelle BDSG, il n'est pas possible de déterminer qui exactement doit déterminer si dans un État tiers il existe des

---

<sup>1</sup> Principalement dans le secteur public, par exemple la sécurité intérieure.

<sup>2</sup> L'organisme responsable n'est pas obligé de contrôler s'il existe des mesures de protection adéquate « (...) si le transfert est nécessaire afin de permettre à un organisme public relevant de l'État fédéral de remplir ses propres fonctions pour des motifs impérieux de défense ou de s'acquitter d'obligations supranationales ou internationales dans le domaine de la gestion des crises ou de la prévention des conflits ou pour des mesures humanitaires » (3ème phrase paragraphe 2 article 4b).

<sup>3</sup> Le Conseil et le Parlement ont donné le pouvoir à la Commission de décider sur base de l'article 25(6) de la directive 95/46/CE qu'un pays tiers offre un niveau de protection adéquat en raison de sa législation interne ou des engagements pris au niveau international. La Commission a actuellement constaté le caractère adéquat de la protection des données à caractère personnel pour la Suisse : avis 5/99 du groupe de protection des données, Décision de la Commission 2000/518/CE du 26.7.2000 LOCE L. 215/1 du 25.8.2000 et , la Hongrie avis 6/99 du groupe de protection des données, Décision de la Commission 2000/519/CE du 26.7.2000 J.O.C.E. L. 215/1 du 25.8.2000 , les principes de la "sphère de sécurité" publiés par le Ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, avis, 4/99, le Canada, avis, 2/2001 du groupe des données , Décision de la Commission 2002/2/EC du 20.12.2001 - J.O.C.E. L 2/13 du 4.1.2002 et l'Argentine, avis, 4/2002 du groupe de protection des données, Décision de la Commission c(2003)1731 du 30.6.2003- JOCE L. 168, du 5.7.2003.

mesures de protection adéquates<sup>1</sup>. Alors que le Conseil et le Parlement ont donné le pouvoir à la Commission de décider sur base de l'article 25 (6) de la Directive 95/46/CE qu'un pays tiers offre un niveau de protection adéquat en raison de sa législation interne ou des engagements pris au niveau international<sup>2</sup>. Dans les autres cas, il faut que l'organisme vérifie les mesures de protection, le cas échéant à travers l'autorité de contrôle.

La nouvelle BDSG garantit l'information de la personne concernée lors de la transmission des données la concernant à des organismes privés dans des pays tiers par un organisme public<sup>3</sup>. L'organisme effectuant le transfert se charge d'informer la personne concernée du transfert de ses données, mais la disposition ne spécifie pas quel type d'information doit être communiqué à la personne concernée. En revanche, l'article 19 (information de la personne concernée) spécifie les informations à communiquer à la personne concernée, mais uniquement à sa demande : l'information de la personne concernée n'est donc pas spontanée. Néanmoins, l'obligation d'information ne s'applique pas lorsqu'on peut s'attendre à ce que la personne en ait eu connaissance d'une autre manière ou que cette information pourrait mettre en danger la sécurité publique ou être préjudiciable au bien-être de l'État fédéral ou d'un *Land*<sup>4</sup>. Enfin, les données transmises ne peuvent désormais et ne doivent être traitées ou utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles lui sont transmises, alors que l'ancienne version de la BDSG réglementait uniquement la transmission des données effectuées par les organismes publics<sup>1</sup>.

Conformément à la Directive 95/46/CE, la nouvelle BDSG (article 4c) prévoit un ensemble important d'exceptions s'appliquant au transfert des données vers les pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat, dans le cadre des activités qui relèvent, totalement ou en partie, du champ d'application du droit des Communautés européennes. Néanmoins, selon la BDSG (article 4c), le transfert des données est autorisé, même si le

---

<sup>1</sup> BDSG, 2001, article 4b, paragraphe 3 «(3) Le caractère adéquat du niveau de protection s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transfert de données; en particulier, sont pris en considération la nature des données, la finalité, la durée du traitement envisagé, les pays d'origine et de destination finale, les règles de droit ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui sont applicables au destinataire concerné.»

<sup>2</sup> Voir dans ce sens pour l'Argentine, Décision de la Commission C(2003)1731 du 30 juin 2003 - JO L 168, 5.7.2003 ; Canada, Décision de la Commission 2002/2/EC du 20.12.2001 - J.O. L 2/13 du 4.1.2002 ; Suisse Décision de la Commission 2000/518/EC du 26.7.2000 - O. J. L 215/1 du 25.8.2000 ; USA, Décision du Conseil du 17 mai 2004 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure (2004/496/CE).

<sup>3</sup> Voir paragraphe 4 de l'article 4b BDSG.

<sup>4</sup> L'article 4b ne s'applique pas, dans ces cas, selon le paragraphe 3 de l'article 16 de la nouvelle BDSG.

niveau de protection n'est pas adéquat, mais à condition de ne pas porter atteinte aux intérêts de la personne concernée. Dans les trois premières exceptions (n° 1-3), la personne concernée est informée de la nécessité du transfert de ses données à un pays tiers et a donc donné son consentement (n° 1 et 2) ; le transfert est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée (n° 3). Le transfert des données peut également être (n° 4) autorisé parce qu'il est nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt public important ou à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice. Enfin, le transfert des données est autorisé s'il est nécessaire pour la sauvegarde d'intérêts vitaux de la personne concernée (n° 5) ou si le principe de publicité pour les registres destinés à l'information du public le justifie (n° 6). En fin de compte, vu l'ampleur de ces exceptions, on peut se demander si les exceptions comme dans ce cas, mais aussi pour les autres dispositions, ne font que compliquer inutilement le droit à la protection des données pour la personne concernée. Cette situation apparaît tout particulièrement dans les dispositions relatives aux droits à l'information garantis par la nouvelle loi à la personne concernée.

## **§2 L'évolution du droit d'accès à l'information concernant les données à caractère personnel**

Le droit à l'information a été élargi suite à la transposition de la Directive 95/46/CE. Les droits à l'information ayant déjà connu une première évolution à la suite de l'entrée en vigueur de la loi BDSG de 1990, ces droits ont connu une évolution ultérieure avec la loi BDSG de 2001, permettant de renforcer la transparence des traitements des données à caractère personnel.

Cela dit, les droits d'accès garantis à la personne concernée par le traitement de ses données se trouvent en partie remis en cause, car la nouvelle version de la BDSG élargit aussi les exceptions qui permettent de réduire ces obligations d'informations.

L'étude du droit d'accès suppose que soit d'abord précisés les droits inaliénables de la personne concernée, parmi lesquels le droit d'accès aux données la concernant occupe une place centrale (A). L'examen de l'obligation de notification et de la fonction de détaché à la protection des données permettront de compléter l'étude de l'accès à l'information garanti par la nouvelle BDSG à la personne concernée (B).

---

<sup>1</sup> Voir paragraphe 4 de l'article 17 de la BDSG 1990, et article 4b paragraphe 6 BDSG 2001.

## **A Les droits inaliénables de la personne concernée**

La nouvelle version de l'article 6 de la BDSG considère comme droits inaliénables de la personne concernée « le droit d'accès de la personne concernée aux données la concernant » (art. 19 et 34)<sup>1</sup>, ainsi que son « droit à la rectification, à l'effacement ou au verrouillage de ces données » (art. 20 et 35). Mais surtout, ces droits ne peuvent « être ni exclus ni limités par un acte juridique »<sup>2</sup>. Les droits garantis par la nouvelle BDSG étaient déjà reconnus par la loi BDSG de 1990 et n'ont pas subi de modifications majeures. En effet, c'est surtout dans le passage de la loi BDSG de 1977 à celle de 1990 que les modifications ont été majeures.

Dès lors, pour apprécier la portée des droits à l'information reconnue par la nouvelle version de la BDSG, il faut tenir compte de l'évolution des droits à l'information de la personne concernée de la loi BDSG de 1977 à la loi de 1990 (1) avant d'examiner les modifications apportées par la transposition de la Directive 95/46/CE avec la nouvelle loi BDSG de 2001 (2).

### **1 L'évolution des droits à l'information de la personne concernée de la loi BDSG de 1977 à celle de 1990**

Suite au jugement de la Cour constitutionnelle fédérale, en date du 15 décembre 1983, relatif au recensement de la population, il était devenu urgent d'élargir les droits d'accès à l'information de la loi de 1977 pour répondre aux exigences du droit à l'autodétermination informationnelle reconnue par la Cour constitutionnelle<sup>3</sup>. Le passage de la loi BDSG de 1977 à la loi BDSG de 1990 marque une première évolution importante du droit à l'information de la personne concernée par le traitement des données personnelles par les autorités publiques. Selon l'article 13 BDSG (1977), l'objet du droit d'accès était constitué uniquement par les données qui se trouvaient dans les fichiers informatisés ainsi que par les actes et les dossiers

---

<sup>1</sup> Art. 19 Information de la personne concernée.

(1) Sur sa demande, la personne concernée doit obtenir des informations sur

1. les données enregistrées sur sa personne, également sur l'origine de ces données,
2. les destinataires ou catégories de destinataires à qui les données sont communiquées, et
3. les finalités de l'enregistrement.

<sup>2</sup> L'article 19 relatif à l'information de la personne s'applique relativement aux traitements des données par des organismes publics et l'article 34 relatif à l'information de la personne concernée dans le cas des traitements des données par des organismes privés et des entreprises de droit public participant à la concurrence.

<sup>3</sup> La Cour Constitutionnelle (*BVerwG*) considère que l'article 19 paragraphe 1 BDSG de 1990 respecte désormais les exigences constitutionnelles, *NJW* 1992, 453.

qui pouvaient être interprétés et modifiés par des systèmes automatisés (article 2 paragraphe 3 n.3 BDSG 1977)<sup>1</sup>. L'intéressé était renseigné (article 13 paragraphe 1 phrase 1) sur les données concernant sa personne qui se trouvaient dans un fichier. Mais ce droit d'accès à l'information, selon la BDSG de 1977<sup>2</sup>, n'était pas applicable auprès des services de protection de la Constitution, des services de renseignements, de la police judiciaire, des services de la police criminelle et des services de répression<sup>3</sup>. La communication des informations à la personne concernée se trouvait donc exclue dans certains cas prévus par l'article 13 de loi fédérale du 27 janvier 1977. Ainsi, la communication des données à la personne concernée était interdite si la communication de l'information mettait en péril l'exécution correcte des tâches relevant de la compétence du service qui tenait le fichier ou la sécurité ou l'ordre public ou causait des dommages et intérêts de la Fédération ou d'un *Land*. De même si les données personnelles ou le fait de leur mise en fichier devaient demeurer secrets en raison d'une disposition légale ou en raison de leur nature, notamment de la présence de l'intérêt légitime et prédominant d'un tiers.

Le droit d'accès à l'information était donc réduit par de multiples exceptions qui permettaient aux autorités publiques précitées d'apprécier si elles pouvaient ou pas donner accès aux données personnelles en leur possession<sup>4</sup>. À cela s'ajoutait que l'obtention d'information était redevable, sans qu'une redevance forfaitaire soit précisée : cela pouvait représenter un obstacle et un frein à la volonté de la personne concernée d'obtenir les informations la concernant. Par rapport à l'article 13 de la BDSG (1977), la loi de 1990 BDSG apporte de nouveaux droits à la personne concernée. L'article 19 paragraphe 7 de la BDSG (1990) ne soumet plus à taxation l'obtention de l'information. Le renseignement est donc désormais gratuit.

Le champ d'application du droit d'accès se trouve élargi par la loi de 1990 étant donné qu'elle ne limite pas l'application de la loi aux seuls fichiers, mais qu'au contraire elle affirme que « cette loi est valable pour la collecte, le traitement et l'utilisation de données personnelles (...) »<sup>5</sup>. C'est donc l'utilisation de l'information personnelle en général qui est

---

<sup>1</sup> TINNEFELD/TUBIES, *Datenschutzrecht*, op. cit. p. 70.

<sup>2</sup> Article 13 paragraphe 2 et article 12 paragraphe 2 numéro1 BDSG 1977.

<sup>3</sup> Concernant l'accès à l'information par rapport aux autorités pour la protection de la Constitution, comparer: Bäumlér *DVBl* 1990,865 sv. OVG Berlin, *NVwZ* 1987, 817, VG Köln, *NVwZ* 1983, 112, OVG Berlin, *NJW* 1986, 2004, BayVGH, *BayVBl* 1983, 402.

<sup>4</sup> Simitus, Spiros/Dammann, Ulrich, Mallmann, Otto/ Reh, Hans Joachim: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, 3 édition, Baden Baden 1981, article13 rn. 49 sv.

<sup>5</sup> Article 1 paragraphe 2, BDSG de 1990.

concernée par la loi<sup>1</sup>. Par ailleurs, la loi spécifie que le droit d'accès s'applique aussi si les données personnelles sont enregistrées dans des dossiers. Néanmoins, dans ce cas, le renseignement n'est fourni que dans la mesure où la personne concernée donne des indications qui permettent la recherche des données, et où la mise en œuvre nécessaire à la communication du renseignement n'est pas démesurée par rapport à l'intérêt d'information que la personne concernée a fait valoir (article 19 paragraphe 1, phrase 3). Ainsi, le requérant a droit aux renseignements uniquement s'il donne des informations précises afin de permettre la localisation des dossiers. De plus, les moyens mis en œuvre ne doivent pas être trop importants par rapport à l'information demandée. Le droit de connaître l'origine et le destinataire des données, mais aussi la finalité de l'enregistrement des données personnelles (article 19 paragraphe 3 numéros 1 et 2 BDSG), est nouveau. Au contraire, l'article 13 de l'ancienne version (1977) a été interprété comme si les indications sur l'origine ou le destinataire des données n'étaient pas des informations personnelles et donc étaient exclues du droit d'accès<sup>2</sup>. Enfin, le droit d'accès garanti par la loi BDSG de 1990 s'applique *a priori* à toutes les autorités, et donc aussi à ceux qui agissent pour la sécurité de l'État, comme les autorités de protection de la Constitution, ou le service de renseignement fédéral<sup>3</sup>.

Cependant, des restrictions au droit d'accès existent et plus précisément lorsque les données sont transmises à certaines autorités : les autorités de protection de la Constitution, le service de renseignements fédéral, le service de la protection militaire, les autres autorités du ministère de la Défense dans la mesure où la sécurité de l'État est affectée. Sans l'accord de ces autorités, le droit à l'information ne peut pas s'exercer. L'accès aux données personnelles se trouve généralement limité lorsque la communication des informations pourrait gêner l'exécution conforme des tâches soumises à la compétence des organes qui les détiennent, nuire à la sécurité de l'État, à l'ordre public ou porter atteinte au bien-être de l'État ou d'un *Land*, ou à cause d'une disposition légale ou des intérêts légitimes prédominants d'un tiers (article 19 paragraphe 4, numéros 1 à 3). Dans ce cas, la loi prévoit un droit d'accès indirect qui s'exerce par le délégué fédéral à la protection des données, mais l'information de la personne concernée par le délégué fédéral ne doit pas permettre de tirer des conclusions concernant le niveau de connaissance de l'organe qui enregistre, dans la mesure où ce dernier ne consent

---

<sup>1</sup> Voir DAMMANN, «Das neue Bundesdatenschutzgesetz», *NVwZ* 1991, p. 640.

<sup>2</sup> Dans ce sens voir J. ORDEMANN/ R. SCHOMERUS, *Bundesdatenschutzgesetz*, 4ed. München, article 13 Anm. 1.

<sup>3</sup> Article 19, paragraphe 3, BDSG de 1990.

pas à des renseignements plus détaillés (article 19 paragraphes 5 et 6). L'information de la personne concernée de la transmission des données personnelles à des autorités non publiques est également nouvelle : la loi oblige les autorités publiques qui transmettent les données personnelles à des organes non publics à informer la personne concernée de la transmission de ses données (article 16 paragraphe 3 numéro 1 BDSG). Mais la loi ne précise pas quand la personne concernée doit être informée. Néanmoins, même si la loi ne spécifie pas le moment exact de l'information, on peut considérer que l'information doit être donnée le plus tôt possible pour garantir la possibilité de faire valoir un intérêt à protéger qui doit être respecté au moment de la transmission. Dans le cas où les données sont collectées non pas auprès de la personne concernée, mais auprès d'un organe non public, l'organe concerné est obligé de fournir les renseignements à la personne concernée, mais uniquement sur sa demande (article 13, paragraphe 4) <sup>1</sup>. Avec la loi de 1990, le législateur a voulu par conséquent donner à la personne concernée, en élargissant le droit d'accès aux informations personnelles enregistrées aussi dans les dossiers, et aux transmissions et collectes auprès de tiers des données, un pouvoir de contrôle sur l'utilisation par les autorités publiques des informations personnelles la concernant<sup>2</sup>. Ainsi, la loi de 1990 a surtout renforcé des droits à l'information pour les traitements des données à caractère personnel dans le secteur public, alors que dans le secteur privé, les droits d'accès à l'information n'ont pas connu la même évolution.

## **2 Les modifications du droit d'accès à l'information apportées par la transposition de Directive 95/46/CE par la nouvelle loi BDSG de 2001**

La loi BDSG de 2001 marque un pas supplémentaire vers l'élargissement des droits à l'information de la personne concernée. La transparence se trouve renforcée par l'obligation d'informer la personne concernée lorsque les données n'ont pas été collectées auprès d'elle dans le secteur public (article 19a). L'introduction des droits à l'information, dans le cas de décisions individuelles automatisées qui ont des conséquences juridiques pour la personne concernée ou portant atteinte à ses intérêts de façon considérable (article 6a), l'introduction du contrôle préalable lorsque le traitement présente des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées (article 4d paragraphe 5), enfin l'obligation de désigner le délégué à la protection des données également dans le secteur public (article 4f)

---

<sup>1</sup> DAMMANN op.cit, NVwZ 1991, p. 642 et suivantes.

<sup>2</sup> Simitus, Spiros/Dammann, Ulrich, Mallmann, Otto/ Reh, Hans Joachim: *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, 3 édition, Baden Baden 1992, article 13 Rn. 4.



sont les modifications qui ont permis de renforcer la transparence des traitements des données à caractère personnel ainsi que les droits de la personne concernée.

Ainsi, il est nécessaire de faire la distinction entre l'information de la personne concernée selon que les données ont été collectées auprès (a) d'elle ou non (b). Enfin, le droit d'accès à l'information détenu par les autorités déléguées à la sécurité constitue une forme particulière d'accès(c).

### **a L'information de la personne concernée lorsque les données ont été collectées auprès d'elle**

La nouvelle BDSG (article 4, paragraphe 3) apporte une première grande modification : en effet, lorsque les données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée, celle-ci est informée, au moment de la collecte et dans la mesure où elle n'en a pas déjà eu connaissance d'une autre manière, de l'identité de l'organisme responsable, des finalités de la collecte, du traitement ou de l'utilisation et des catégories de destinataires. L'ancienne version, elle, se limitait à communiquer la finalité de la collecte (article 13 paragraphe 1 phrase 1 a. v.). De plus, pour les organismes publics, lorsque les données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée en raison d'une disposition légale rendant ces renseignements obligatoires ou si le fait de donner ces renseignements est la condition préalable nécessaire à la concession de bénéfices légaux, la personne concernée doit en être informée. Au contraire, l'ancienne version prévoyait que la personne concernée devait être informée, sur demande de la personne concernée, de la disposition légale et des conséquences d'un refus de réponse. Dans le secteur privé, cette disposition signifie que, au moment de la collecte, la personne concernée doit être renseignée sur les détails prévus par l'article 4 paragraphe 3.

Dans le secteur public, la loi oblige les autorités publiques qui transmettent les données personnelles à des organes non publics à informer la personne concernée de la transmission de ses données . Le nouvel article 16 paragraphe 3 correspond à l'ancien et n'a donc pas connu de modifications. Cela signifie que la loi ne précise toujours pas quand la personne concernée doit être informée de la transmission des données. Même si la loi ne spécifie pas le moment exact de l'information, on peut considérer que l'information doit être donnée le plus tôt possible pour garantir la possibilité de faire valoir un intérêt à protéger qui

doit être respecté au moment de la transmission ou, comme l'affirme la Directive communautaire 95/46 CE, pour «(...) assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données. » (art 11. paragraphe 1, point c. de la Directive). Par ailleurs, la Directive précise que lorsqu'une communication de données à un tiers est envisagée, l'information de la personne concernée doit être faite «(...) au plus tard lors de la première communication de données(...)».

L'article 19 de la nouvelle BDSG élargit le champ du droit à l'information, en prévoyant que sur sa demande, la personne concernée doit être informée sur les destinataires et catégories de destinataires des données. Cette modification correspond aux prescriptions du premier tiret de la lettre a de l'article 12 de la Directive et était absente dans l'ancienne version de l'article 19. La définition de destinataire est très large : l'article 3 paragraphe 8 phrase 1 considère comme « destinataire, toute personne ou tout organisme qui reçoit des données ». Ainsi, selon cette définition, le destinataire peut être les tiers, la personne concernée et les personnes ou organismes qui, conformément au champ d'application de la BDSG, traitent ou utilisent les données<sup>1</sup>. L'ancienne version de la loi de 1990 (article 6 paragraphe 2) garantissait uniquement à la personne concernée d'être informée sur les organes auxquels les données sont régulièrement transmises afin d'être « enregistrées ». Aucune information n'était donc transmise à la personne concernée si les données étaient uniquement communiquées à un organe sans que celles-ci soient mises en mémoire ou archivées sur des supports de données aux fins de traitement ou d'utilisation ultérieure<sup>1</sup>. La nouvelle version transpose ainsi l'article 2 paragraphe 1 lettre g de la Directive qui considère comme destinataire toute «(...) personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données (...)». Ainsi, dans la nouvelle version de la BDSG, la condition de « l'enregistrement » n'est plus nécessaire pour garantir l'information sur l'identité de la personne ou de l'organisme qui utilise les données à caractère personnel.

Deux éléments supplémentaires de l'article 19 ont une influence directe sur le droit d'accès à l'information de la personne concernée. Premièrement, le droit d'accès s'applique par rapport à l'organisme responsable et non plus seulement envers l'organe qui enregistre, comme c'était le cas dans l'ancienne version. Deuxièmement, le texte remplace les termes

---

<sup>1</sup> «Synopsis zu dem am 23 mai 2001 in Kraft tretenden Änderungen (nur) des BDSG (avec justifications du projet gouvernemental)», BT-14/4329 et BT-Innenausschusses du 04.04.2001, BT-14/5793, p. 21.

«enregistrées dans des dossiers» par « enregistrées dans des fichiers non automatisés » dans le paragraphe 1, alinéa 3. Cela a des conséquences importantes pour la personne concernée dans le domaine de l'accès à l'information puisque cela permet d'élargir son droit d'accès.

La définition d'organisme responsable est plus large que celle d'organisme qui enregistre. Selon la définition donnée par le nouvel article 3 paragraphe 7, est considéré comme organisme responsable tout organisme qui « collecte, traite ou utilise » des données, alors que, selon l'ancienne version, l'enregistrement se limite à la « mise en mémoire ou l'archivage » de données personnelles. Ainsi, la nouvelle définition permet à la personne concernée de faire valoir sa demande d'accès également devant l'organisme qui n'est pas l'organisme qui enregistre, mais qui utilise quand même ces données<sup>2</sup>.

De plus, le terme «dossiers» est remplacé par l'expression «fichiers non automatisés» dans la nouvelle définition de fichier non automatisé<sup>3</sup>. Le champ d'application de la BDSG se trouve donc modifié et élargi. Selon l'ancienne définition, était considéré comme fichier non automatisé « tout regroupement de données personnelles structurées de manière identique et pouvant être classé, réorganisé et exploité suivant certaines caractéristiques » (ancienne version article 3 paragraphe 2). Dans la nouvelle version est considéré comme fichier non informatisé « tout ensemble de données à caractère personnel non automatisé qui est structuré de façon similaire et qui est accessible et peut être évalué selon des critères déterminés »<sup>4</sup>. Ainsi, les données ne doivent plus être structurées de manière identique, mais il suffit qu'elles soient structurées de façon similaire. La loi précise par ailleurs qu'en plus du critère extérieur d'accès, il doit aussi exister un critère qui permet d'évaluer le contenu du dossier. Cela signifie qu'un dossier personnel serait considéré comme fichier non automatisé et donc sujet à la loi BDSG si le dossier était structuré pas seulement par ordre alphabétique, mais aussi selon une structure interne déterminée, par exemple selon la formation, le curriculum vitae, les contrats, etc<sup>5</sup>. Enfin, la nouvelle formulation ne fait plus référence aux seules données enregistrées dans des dossiers pour justifier l'obligation de la personne concernée à fournir des renseignements permettant la recherche des données (localisation).

---

<sup>1</sup> L'article 3 paragraphe 5 point 1 de la loi BDSG de 1990 définit l'enregistrement comme «(...) la mise en mémoire ou l'archivage de données personnelles sur un support de données aux fins de traitement ou utilisation ultérieurs».

<sup>2</sup> E. DUHR, H. NAUJOK, M. PETER, E. SEIFFERT, «Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft», *DuD*, n° 28, p. 10.

<sup>3</sup> Article 3, paragraphe 2 phrase 2 BDSG.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> «Synopsis mit der vom Kabinett am 14.06.00 verabschiedeten Fassung», op. cit p. 34.

Désormais cette obligation existe uniquement dans les cas où il ne s'agit pas de données à caractère personnel automatisées ni de données à caractère personnel contenues dans des fichiers non automatisés (article 19 paragraphe 1 point 3 nouvelle formulation). La personne concernée peut donc désormais être informée sur les données la concernant contenues dans des dossiers sans l'obligation d'apporter des indications permettant la recherche et la localisation des données. Au contraire, le principe selon lequel le renseignement n'est fourni que si les moyens mis en œuvre ne sont pas trop importants par rapport à l'information demandée (article 19 al.1 point 3) reste inchangé.

### **b L'information de la personne concernée lorsque les données n'ont pas été collectées auprès d'elle**

Selon la nouvelle BDSG, les données à caractère personnel ne peuvent être collectées sans la participation de la personne concernée, que si une disposition juridique prévoit ou pose comme condition impérative cette collecte ou si la nature de la tâche administrative à remplir ou le but commercial rendent nécessaire une collecte auprès d'autres personnes ou organismes <sup>1</sup>. À cette condition s'ajoute que les données peuvent être collectées sans la participation de la personne concernée si la collecte auprès d'elle exige un effort démesuré, mais à condition qu'il n'y ait aucun élément indiquant qu'il est porté atteinte aux intérêts légitimes prépondérants de la personne concernée<sup>2</sup>. Ainsi, la loi pose le principe de proportionnalité pour l'admissibilité de la collecte sans la participation de la personne concernée et cette collecte ne doit pas porter atteinte aux intérêts légitimes prépondérants de la personne concernée.

À cette obligation de prendre en considération les aspects et intérêts juridiques de la personne concernée, s'ajoute l'obligation d'informer prévue par l'article 11 de la Directive 95/46/CE. C'est l'article 19a. « Notification » de la nouvelle BDSG qui transpose cette disposition communautaire et qui dispose que la personne concernée par l'enregistrement de ses données doit être informée du transfert des données au plus tard lors du premier transfert. Cette obligation d'information constitue une innovation pour le secteur public où l'information était prévue uniquement lorsque les données étaient collectées auprès de la

---

<sup>1</sup> Article 4 paragraphe 2 points 1 et 2a, n.v.BDSG.

<sup>2</sup> Article 4 paragraphe 2 point 2b, n.v. BDSG.

personne concernée<sup>1</sup>. Les informations fournies à la personne concernée sont celles qui sont déjà prévues dans le cas de la collecte des données auprès de la personne concernée par l'article 4 paragraphe 3 n v de la BDSG. Ainsi, la personne concernée doit être informée «(...) de l'enregistrement des données, de l'identité de l'organisme responsable ainsi que de la collecte, du traitement ou de l'utilisation de données » comme aussi «des destinataires ou catégories de destinataires des données»<sup>2</sup>. Sans cette information, le traitement, et l'utilisation seraient contraires à la loi. Cette information doit intervenir au moment de l'enregistrement et au plus tard lors du premier transfert.

Comme la Directive <sup>3</sup>, la nouvelle BDSG prévoit un ensemble d'exceptions qui font que l'information de la personne concernée lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée n'est pas obligatoire. Ces exceptions sont lorsque « la personne concernée a déjà eu connaissance d'une autre manière de l'enregistrement ou du transfert des données, ou que l'information de la personne concernée implique des efforts disproportionnés ou enfin que l'enregistrement ou le transfert des données sont expressément prévus par la loi »<sup>4</sup>. Dans ces cas, conformément à la Directive communautaire<sup>5</sup>, l'article 19a de la n v. BDSG prévoit des mesures appropriées<sup>6</sup>. Ainsi, dans la nouvelle version, c'est l'organisme responsable qui décide quand l'information de la personne concernée implique des efforts disproportionnés et le détaché à la protection vérifie si l'organisme responsable respecte ses conditions. À travers la formulation de cette disposition, le législateur permet aux autorités publiques d'exclure facilement les obligations d'information, étant donné que c'est l'organisme responsable qui fixe les conditions faisant que l'information n'est pas obligatoire<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir article 6 paragraphe 2; article 13 paragraphe 2. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà affirmé, l'information fournie à la personne concernée se limite à renseigner la personne concernée sur la finalité de la collecte et de la transmission.

<sup>2</sup> Article 19a n.v. BDSG.

<sup>3</sup> Article 11 paragraphe 2 de la directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Article 19a, paragraphe 2 points 1 e; 2 et 3.

<sup>5</sup> Article 11 paragraphe 2, phrase 2.

<sup>6</sup> L'ancienne version de la BDSG prévoyait que pour les deux derniers cas d'exceptions, c'était à l'organisme responsable de fixer par écrit les conditions faisant que l'information n'était pas obligatoire et que le détaché à la protection des données œuvrait au respect de cette condition. Voir article 4g paragraphe 2 et article 19 paragraphe 2 phrase 2.

<sup>7</sup> On constate par exemple que le Code italien pour la protection des données prévoit que l'obligation d'information est exclue uniquement si la communication des informations à la personne concernée implique un emploi de moyens que le *Garante* estime manifestement disproportionnés par rapport au droit protégé, ou si le *Garante* estime cette communication impossible, ou encore lorsque les données sont traitées sur la base d'une obligation prévue par la loi, par un Règlement ou par les dispositions de droit communautaire. Ainsi, c'est à

### **c Le droit d'accès à l'information détenu par les autorités déléguées à la sécurité**

Le droit d'accès à l'information garanti par l'article 19 de la BDSG s'applique aussi aux services de protection de la Constitution, au service de renseignements, au service de sécurité militaire et aux administrations dépendantes du ministère fédéral de la Défense, dans la mesure où la sécurité de l'État fédérale est concernée. Cependant, pour ces autorités, la communication des informations n'est admissible qu'avec le consentement de ces organismes (article 19 paragraphe 3). Ainsi, si ces organismes consentent à l'accès à l'information, la personne concernée a le droit d'obtenir les informations prévues par le paragraphe 1 de l'article 19. Néanmoins<sup>1</sup>, l'obligation d'information ne concerne pas la communication de l'origine et du destinataire des données<sup>2</sup>. Cette réglementation laisse des doutes sur sa compatibilité avec le droit reconnu par la Cour constitutionnelle à l'« autodétermination informationnelle ». Au niveau légal, la protection des données personnelles garantie par la BDSG prévoit que la limitation du droit d'accès à l'information peut être justifiée seulement si cette limitation est nécessaire pour préserver le bien-être ou l'intérêt général de la collectivité. Il n'existe donc aucune raison pour limiter le droit d'accès en ne communiquant ni l'origine ni le destinataire *a priori*. Il semble bien qu'à travers cette disposition de la loi BVerSchG, le législateur ait voulu donner la préférence au silence de l'administration par rapport au principe de la transparence<sup>3</sup>.

Il faut ajouter à cela que le refus de fournir ces informations n'a pas besoin d'être justifié selon l'article 19, paragraphe 5. En effet, dans la mesure où la communication des raisons réelles et juridiques sur lesquelles la décision est basée mettrait en danger la fin recherchée par ce refus. La personne concernée peut dans ce cas s'adresser au délégué fédéral pour la protection des données, qui a accès aux données qui n'ont pas été fournies à la personne concernée, sauf si l'administration fédérale suprême constate que, dans ce cas

---

l'autorité de contrôle et non pas à l'organisme de fixer les conditions faisant que la notification n'est pas obligatoire ( voir article 13 paragraphe 5 point c).

<sup>1</sup> Conformément à l'article 15a.3 BVerSchG (loi relative à la protection du régime constitutionnel),

<sup>2</sup> Dans ce sens voir, Bergmann, Lutz/ Möhrle, Roland/ *Datenschutzrecht- Handkommentar*, Stand 1993, Stuttgart. article 19, Rn 48.

<sup>3</sup> Voir Simitis /Fuckner , op. cit. *NJW* 1990 , 2713 et sv.

particulier, cela mettrait en danger la sécurité de l'État fédéral ou d'un *Land*<sup>1</sup>. Le rôle du délégué fédéral à la protection des données a été modifié comme suite à l'article 28 de la Directive 95/46/CE relative à l'« autorité de contrôle ». Selon le paragraphe 1, « Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies ». C'est cette demande d'indépendance complète qui nécessitait de revoir le droit allemand de la BDSG concernant l'autorité de contrôle. La loi allemande de 1990 attribuait certes une fonction de contrôle au « délégué fédéral à la protection des données » en lui attribuant un ensemble de pouvoirs. Il pouvait intervenir de son propre chef ou sur plainte d'un citoyen, disposait d'un droit d'accès général à tous les dossiers, mais ne pouvait les consulter que s'il existait un soupçon de violation de la loi (article 24 paragraphe 1). La nouvelle loi BDSG de 2001, elle, ne pose plus les conditions spécifiques de soupçon de violation de la loi : le « délégué fédéral à la protection des données » peut désormais contrôler librement auprès des autorités publiques le respect des dispositions de la loi. Mais le délégué n'a pas le pouvoir d'interdire un traitement du secteur public ; il peut seulement faire des propositions visant à améliorer la protection des données, notamment à éliminer les irrégularités constatées (article 24 paragraphe 5). Il ne peut pas non plus déclencher de poursuites pénales. En cas de manquement aux dispositions de la loi BDSG ou d'autres irrégularités lors du traitement ou de l'utilisation des données à caractère personnel, il peut formuler une objection auprès de l'administration fédérale suprême <sup>2</sup>. Il doit en même temps informer l'autorité de contrôle compétente et demander à l'organisme d'émettre un avis. En revanche, dans le secteur privé, l'autorité de contrôle article 38 paragraphe 5 peut interdire un traitement dans le cas de défaut grave lié à une atteinte particulière à la vie privée. L'extension des pouvoirs de l'autorité de contrôle dans le secteur public a été vivement critiquée. Ces critiques sont dues au fait qu'on ne peut pas donner à une autorité de contrôle indépendante le droit d'interdire un traitement dans le secteur public, car ce serait contraire au principe constitutionnel de la responsabilité ministérielle. Mais la Directive doit s'appliquer au secteur public comme au secteur privé.

---

<sup>1</sup> Cf. article 19, paragraphes 3 et 5.

<sup>2</sup> Dans le cas où l'administration fédérale est concernée.

## **B L'obligation de notification et la fonction du détaché à la protection des données**

Parmi les mesures qui garantissent une transparence, l'obligation de notification (1) se retrouve complètement renouvelée ; de même, le rôle du détaché à la protection des données a été revu et est désormais prévu pour le secteur privé comme pour le secteur public (2).

### **1 L'obligation de notification relativisée**

Les dispositions relatives à l'obligation de notification ont été complètement renouvelées, s'appliquant désormais au secteur privé comme au secteur public. La nouvelle disposition se caractérise par l'attribution d'un rôle fondamental au détaché à la protection des données ainsi que par le contrôle préalable dans le système de protection allemand des données à caractère allemand personnel. Selon la BDSG, « préalablement à la mise en œuvre de procédures de traitements automatisés, les organismes privés responsables doivent adresser une notification à l'autorité de contrôle compétente de laquelle elles relèvent et les organismes publics responsables relevant de l'État fédéral ainsi que les entreprises du secteur des postes et télécommunications doivent adresser une notification au délégué fédéral pour la protection des données »<sup>1</sup>. Le but de cette notification est de garantir la transparence des procédures de traitement et de permettre le contrôle de ces traitements par les autorités de contrôle compétentes<sup>2</sup>. Néanmoins, conformément à la Directive, l'obligation de notification se trouve en réalité fortement limitée par un ensemble d'exceptions qui permettent de ne pas notifier à l'autorité de contrôle les traitements automatisés<sup>3</sup>.

Alors que la Directive prévoit la notification à l'autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé (art. 18, paragraphe

---

<sup>1</sup> BDSG, 2001, article 4d, paragraphe 1.

<sup>2</sup> L'obligation de notification se caractérise ainsi d'une part par l'article 4d qui transpose les dispositions de l'article 18, paragraphe 1 de la Directive relative à l'obligation de notification à l'autorité de contrôle et, d'autre part, par l'article 4e de la nouvelle loi BDSG qui précise les informations qui doivent figurer dans l'acte de notification.

<sup>3</sup> E. DUHR; H. NAUJOK; M. PETER; E. SEIFFERT, neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft, DUD, 26, 2002, p. 12.



1), elle dispose aussi que les États membres peuvent prévoir que les traitements non automatisés de données à caractère personnel font l'objet d'une notification (art. 18, paragraphe 5). Cette dernière faculté n'a pas été reprise par la nouvelle BDSG : la notification est *a priori* obligatoire uniquement préalablement à la mise en œuvre de « procédure de traitements automatisés » (article 4d, paragraphe 1). Une question se pose sur ce qu'il faut entendre par « procédure de traitement automatisé », car la nouvelle BDSG donne uniquement la définition de « traitement automatisé ». Selon le paragraphe 2 de l'article 2 BDSG en effet, on entend par « traitement automatisé la collecte, le traitement ou l'utilisation de données à caractère personnel à l'aide d'équipement de traitements de données (...) ». Ainsi selon cette définition, tous les types de traitements automatisés sont concernés par l'obligation de notification. En revanche, dans l'ancienne réglementation (paragraphe 1 de l'article 32), seuls le commencement et l'achèvement d'une activité commerciale qui avait comme but l'enregistrement (commercial) des données personnelles aux fins de transmission (même aux fins de transmission anonyme) ainsi que les traitements et utilisations sur ordre d'entreprises de prestation de service étaient soumis au régime de déclaration. Dans le secteur public, les organes publics, dont les fichiers étaient portés dans le registre du délégué fédéral à la protection des données, étaient tenus de transmettre au délégué fédéral un aperçu de la liste d'informations qu'ils étaient tenus de définir pour leurs fichiers (article 18 paragraphe 2 numéros 1 à 6).

Néanmoins, la nouvelle BDSG prévoit une série d'exceptions restreignant la portée de cette obligation. Le paragraphe 2 de l'article 4d prévoit en effet que « l'obligation de notification ne s'applique pas si l'organisme responsable a désigné un détaché à la protection des données ». Cela signifie que dès lors que les organismes publics sont tenus de désigner un détaché à la protection, ils sont soustraits à l'obligation de notification. Quant aux organismes privés qui collectent, traitent ou utilisent de façon automatisée des données à caractère personnel et qui emploient au moins vingt personnes, ils sont tenus de désigner un détaché à la protection des données. <sup>1</sup>Cette disposition n'est pas contraire au droit communautaire : la Directive (article 18 paragraphe 2 deuxième tiret) prévoit en effet la simplification ou la dérogation à l'obligation de notification justement si le responsable du traitement désigne un détaché à la protection des données à caractère personnel. L'origine de cette disposition se

---

<sup>1</sup> Cependant les organismes privés qui se chargent des traitements automatisés et qui sont soumis à un contrôle préalable, qui collectent, traitent ou utilisent des données à caractère personnel sur le plan commercial à des fins de transfert ou de transfert anonyme, doivent impérativement nommer un détaché à la protection des données, indépendamment du nombre de salariés (paragraphe 1, de l'article 4f).

trouve dans la loi allemande pour la protection des données à caractère personnel de 1990 : cette loi était la seule à prévoir la présence d'un détaché à la protection des données à caractère personnel dans le secteur privé<sup>1</sup>.

L'obligation de notification se trouve ultérieurement affaiblie par le 3e paragraphe de l'article 4d. selon lequel « l'obligation de notification ne s'applique pas non plus si l'organisme responsable collecte, traite ou utilise des données à caractère personnel à ses propres fins, à condition qu'il n'emploie pas plus de quatre salariés au total chargés de collecter, de traiter ou d'utiliser les données à caractère personnel et que, soit la personne concernée avait donné son consentement, soit la collecte, le traitement ou l'utilisation servent les finalités d'un contrat ou d'un rapport de confiance quasi contractuel avec la personne concernée ». Ces mesures sont autorisées par la Directive qui, par l'article 18, paragraphe 2, premier tiret, permet aux États membres de déroger aux obligations de notification lorsque « les catégories de traitement qui compte tenu des données à traiter ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes ». Finalement, la nouvelle BDSG fait de la notification une obligation impérative effectivement dans le cas où les données à caractère personnel sont enregistrées par l'organisme respectif sur le plan commercial à des fins de transfert ou à des fins de transfert anonyme.

Enfin, la nouvelle loi BDSG allemande (article 4d, paragraphe 5) prévoit, conformément à l'article 20 l'alinéa 1 de la Directive 95/46/CE, que, dans « la mesure où des traitements automatisés présentent des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées », ces traitements « sont soumis à un contrôle avant le début du traitement (contrôle préalable) ». C'est donc un contrôle matériel préalable avant leur mise en œuvre, lorsque des données sensibles à caractère personnel sont traitées<sup>2</sup>, ou lorsque le traitement des données à caractère personnel est destiné à évaluer la personnalité de la personne concernée, ses aptitudes, son rendement ou son comportement. Mais ce contrôle préalable n'est pas obligatoire lorsqu'une obligation légale existe ou que le consentement de la personne concernée a été donné ou encore si la collecte, le traitement ou l'utilisation servent les finalités d'un contrat ou d'un rapport de confiance quasi contractuel avec la personne concernée (art. 4d, paragraphe 5, numéro 2). Ainsi, le contrôle préalable devient caduc, même si le traitement concerne les données sensibles comme dans le cas de la

---

<sup>1</sup> C'est l'ancien article 36 BDSG qui prévoyait la figure du détaché à la protection des données.

<sup>2</sup> Sont définies par l'article 3, paragraphe 9 BDSG, comme catégories spéciales de données à caractère personnel « toutes les informations relatives à l'origine raciale et ethnique d'une personne, à ses opinions

souscription d'une assurance maladie, l'adhésion à un syndicat ou à un parti politique ou une association religieuse. L'organe compétent pour effectuer le contrôle préalable est, selon le paragraphe 6 de l'article 4d, le détaché à la protection des données, qui en cas de doute doit s'adresser, pour le secteur privé, à l'autorité de contrôle et, pour les entreprises du secteur des postes et télécommunications, au délégué fédéral pour la protection des données.

Pour les traitements automatisés qui seront soumis à l'obligation de notification, la loi (art.4e) prévoit un ensemble d'informations qui doivent figurer dans la notification<sup>1</sup>. Ainsi, l'acte de notification doit renseigner sur les catégories de données et des personnes concernées, la finalité de la collecte, du traitement ou de l'utilisation des données, les destinataires, les délais d'effacement des données et s'il est envisagé le transfert des données à des pays tiers. Le contenu de l'information qui doit figurer dans l'acte de notification à l'autorité de contrôle, selon art. 4e, a donc comme but de permettre de vérifier si des données sensibles font l'objet du traitement automatisé et quelle utilisation est faite de ces données. Par rapport à l'ancienne version de la BDSG, on constate dans la nouvelle version des innovations dues à la transposition de la Directive. L'article 4 reprend presque intégralement les prescriptions de l'article 19 de la Directive<sup>2</sup>. Ainsi, l'acte de notification doit dorénavant donner des informations sur les délais d'effacement des données, informer sur les transferts de données envisagés à destination des pays tiers, et donner une description générale permettant d'apprécier de façon préliminaire le caractère approprié des mesures prises pour

---

politiques, ses convictions religieuses ou philosophiques, son appartenance syndicale, sa santé ou sa vie sexuelle».

<sup>1</sup> Art. 4e Contenu de l'obligation de notification

Dans la mesure où des procédures de traitements automatisés sont soumises à l'obligation de notification, les informations suivantes doivent figurer dans la notification :

1. nom ou raison sociale de l'organisme responsable,
2. propriétaires, membres du Directoire, gérants ou autres responsables légaux ou désignés par les statuts de l'entreprise et personnes responsables de la gestion du traitement des données,
3. adresse de l'organisme responsable,
4. finalités de la collecte, du traitement ou de l'utilisation des données,
5. une description des catégories de personnes concernées et des données ou catégories de données s'y rapportant,
6. destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées,
7. délais normaux d'effacement des données,
8. les transferts de données envisagés à destination des pays tiers,
9. une description générale permettant d'apprécier de façon préliminaire le caractère approprié des mesures prises pour assurer la sécurité du traitement en application de l'article 9. L'article 4d, paragraphes 1 et 4, s'applique de la même façon à la modification des indications communiquées conformément à la phrase 1 ainsi qu'aux moments marquant respectivement le début et la fin de l'activité soumise à l'obligation de notification.

<sup>2</sup> L'article 4e, phrase 1 numéros 1 à 3, transpose l'article 19 paragraphe 1 point a de la Directive 95/46/CE; numéro 4 transpose art. 19 paragraphe 1 point b de la directive; numéro 5 transpose art. 19 paragraphe 1 point c

assurer la sécurité du traitement en application de l'article 9, informations qui n'étaient pas prévues dans l'ancienne version de la BDSG<sup>1</sup>.

En conclusion, on peut constater que le système de notification est fortement marqué par la figure du détaché à la protection des données. Ses fonctions sont réglementées par l'article. 4f. qui désormais réglemente les fonctions du détaché à la protection des données du secteur privé comme du secteur public par le même article, alors que, dans l'ancienne version, le détaché à la protection des données était uniquement prévu pour les traitements dans le secteur privé. Néanmoins, des différences existent entre le détaché à la protection des données du secteur privé et le détaché à la protection dans le secteur public, mais surtout, la nouvelle BDSG prévoit un ensemble d'exceptions qui permettent de limiter cette obligation de désigner un détaché à la protection des données.

## **2 Le détaché à la protection des données et ses fonctions**

Quelques remarques peuvent être exprimées sur la structure complexe de l'article 4f relatif au détaché à la protection des données. Dans son paragraphe 1, il affirme l'obligation pour les organismes publics et privés de désigner un détaché à la protection des données, puis il définit les exceptions à cette obligation et enfin il définit les exceptions à l'exception.

En effet, selon cet article, la désignation d'un détaché à la protection des données est directement liée au fait que le traitement ou l'utilisation des données à caractère personnel soient réalisés de façon automatisée<sup>2</sup>. Ensuite, cette obligation se trouve particulièrement limitée dans le secteur privé. L'obligation de nomination d'un détaché à la protection des données par les organismes privés n'existent pas pour les organismes qui emploient au maximum quatre salariés à la collecte, au traitement et l'utilisation des données à caractère personnel<sup>3</sup>. Cependant, cette exception est relativisée dans la mesure où les organismes privés qui se chargent de traitements automatisés soumis à un contrôle préalable ou qui collectent, traitent ou utilisent des données à caractère personnel sur le plan commercial à des fins de transfert ou de transfert anonyme, sont obligés de désigner un détaché à la protection des données<sup>4</sup>. Dans ce cas, ce n'est plus le nombre d'employés qui justifie la nomination d'un

---

de la directive; numéro 6 transpose art. 19 paragraphe 1 point d de la directive; numéro 8 transpose art. 19 paragraphe 1 point c de la directive et numéro 9 transpose art. 19 paragraphe 1 point f de la directive.

<sup>1</sup> Art. 9 : «Mesures techniques et d'organisation».

<sup>2</sup> Article 4f, paragraphe 1, phrase 1.

<sup>3</sup> Article 4f, paragraphe 1, phrase 4.

<sup>4</sup> Article 4f, paragraphe 1, phrase 6.

détaché à la protection des données, mais le caractère particulier des données et la finalité du traitement. L'affirmation que les organismes publics et privés, qui ne font pas du traitement automatisé, peuvent être également obligés de désigner un détaché à la protection des données est nouvelle. L'article 4f, paragraphe 1, phrase 3 affirme que «(...) Lorsque les données à caractère personnel collectées, traitées ou utilisées d'une autre manière et qu'au moins 20 personnes sont en règle générale employées à cet effet (...)», ces organismes doivent désigner un détaché à la protection des données.

Les fonctions du détaché à la protection des données sont réglementées par l'article 4g. Selon cet article, le détaché œuvre au respect de la loi BDSG et des autres dispositions en vigueur dans le domaine de la protection des données, mais il a désormais également une fonction importante d'information de la personne concernée. Dans sa fonction de contrôle de la loi BDSG et d'autres dispositions en vigueur dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, le détaché, comme c'était déjà le cas dans l'ancienne version (art. 37, paragraphe 1, phrase 1, numéros 1 et 2), travaille en collaboration avec l'autorité de contrôle compétente. En effet, il peut s'adresser, en cas de doute, à l'autorité de contrôle compétente qui est pour les organismes publics au niveau fédéral le délégué fédéral à la protection des données. Le détaché à la protection des données doit, selon la nouvelle formulation, « familiariser (...) les personnes affectées au traitement de données à caractère personnel (...) » avec les dispositions de la loi BDSG et avec les autres dispositions en vigueur dans le domaine de la protection des données, alors que l'ancienne version lui demandait de surveiller la conformité de l'application des programmes de traitement des données et d'initier les personnes travaillant au traitement des données. Cette formulation, bien qu'elle se différencie dans ses termes de l'ancienne, n'apporte pas de compétences nouvelles pour le détaché à la protection des données.

La deuxième fonction du détaché à la protection des données consiste, elle, à obtenir la transmission des indications détenues par l'autorité de contrôle<sup>1</sup>. Le détaché ayant pour mission de rendre les informations mentionnées à l'article 4e, phrase 1 numéros 1 à 8, accessibles « à toute personne en faisant la demande » est nouvelle. Mais la communication des informations est limitée aux renseignements contenus dans les numéros 1 à 8. L'expression « toute personne » peut poser problème : faut-il entendre qu'en plus des personnes physiques, les personnes morales peuvent également avoir accès à ces

---

<sup>1</sup> Article 4g, paragraphe 2, phrase 1.

informations<sup>1</sup>? Contre cette interprétation extensive, il peut être affirmé que l'article 1, paragraphe 1 protège « les individus »<sup>2</sup> et que donc le droit d'accès est limité uniquement à la personne physique. Néanmoins l'expression « toute personne » signifie que le législateur n'a pas voulu limiter le droit d'accès exercé auprès du détaché à la protection des données aux seules personnes concernées<sup>3</sup>. La façon selon laquelle l'information doit être rendue accessible n'est pas spécifiée, comme d'ailleurs n'est pas spécifié si cet accès à l'information est exempt de frais. Le deuxième paragraphe affirme uniquement que le détaché à la protection « rend (...) accessibles » ces informations. On peut penser que la communication d'information peut être faite oralement comme par écrit ou à travers des moyens de communication électroniques tels qu'internet par exemple.

Néanmoins, cette obligation de rendre accessible l'information ne se limite pas au seul détaché à la protection des données<sup>4</sup>. Cette obligation s'impose également aux organismes responsables qui ne sont pas sujets à l'obligation de notification<sup>5</sup> et à ceux qui ne sont pas obligés selon l'article 4f, paragraphe 1, phrase 4, de désigner un détaché à la protection des données. Dans ce cas, c'est l'organisme responsable qui est obligé de rendre les informations accessibles. Dans la pratique, on peut imaginer que ces informations ne seront pas rendues accessibles à cause de l'ensemble des exceptions prévues par l'article 4d. En conclusion<sup>6</sup>, l'obligation de rendre accessibles les informations ne s'applique pas aux administrations publiques agissant dans le domaine de la sécurité, le renseignement et la protection de l'État fédérale<sup>7</sup>. Ainsi, l'évolution allemande de la législation relative à la protection des données à caractère personnel montre l'importance de l'existence d'une protection des données à caractère personnel bien avant l'entrée en vigueur de la directive 95/46/CE. Or, une situation très différente de la situation allemande et française se vérifie en Italie qui n'a reconnu que

---

<sup>1</sup> Cf. J. JACOB, «Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze», *JurPCWeb-Dok.* N° 42/1998, Abs. 1-81.

<sup>2</sup> Article 1, paragraphe 1: «L'objet de la présente loi consiste à protéger les individus de toute atteinte aux droits de la personne due à l'utilisation des données à caractère personnel les concernant».

<sup>3</sup> Cf. E. DUHR, H. NAUJOK, M. PETER, E. SEIFFERT, «Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft», *DuD*, n° 28, p. 24.

<sup>4</sup> Article 4g, paragraphe 2, phrase 3 BDSG.

<sup>5</sup> Article 4d, paragraphe 3 BDSG.

<sup>6</sup> Selon le paragraphe 3 de l'article 4g BDSG.

<sup>7</sup> Les administrations concernées sont, selon l'article 6, paragraphe 2 phrase 4, les organismes mentionnés à l'article 19 paragraphe 3, qui sont les administrations de protection de la constitution, au service fédéral de renseignements, au service de sécurité militaire, et dans la mesure où la sécurité de l'État fédéral est concernée, les administrations relevant du ministère fédéral de la Défense, et les administrations du parquet et de la police ainsi que les organismes publics de l'administration financière, dans la mesure où ils enregistrent des données à des fins de surveillance et de contrôle .

très tardivement la protection des données à caractère personnel. L'absence d'une réglementation italienne en matière de protection des données antérieure à la directive 95/46/CE a permis à l'Italie de transposer parmi les premiers États la directive 95/46/CE.

## CHAPITRE IV Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit italien

Le système de la protection des données à caractère personnel dans le système juridique italien se caractérise par une longue maturation d'idées et d'orientations jurisprudentielles qui ont permis de reconnaître, dans les années 70, le droit de chacun à la confidentialité « *riservatezza* », entendu comme droit pour toute personne à ne pas voir exposés à la curiosité publique ses données à caractère personnel ou les événements liés à sa vie intime. Mais c'est seulement avec la loi n° 675 du 31 décembre 1996 que l'Italie s'est dotée d'une loi générale pour la protection des données à caractère personnel appelé loi sur la « *privacy* » (ci-après loi n° 675/1996)<sup>1</sup>. On aurait pu penser que cette loi signe l'aboutissement législatif d'une longue et tardive<sup>2</sup> évolution de la doctrine et de la jurisprudence italienne en matière de protection de la vie privée. L'Italie possède aujourd'hui un des systèmes les plus perfectionnés en matière de protection des données à caractère personnel suite à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2004, du « Code en matière de protection des données à caractère personnel »<sup>3</sup> (ci-après Code). Le Code représente la première tentative au monde de réunir de façon organique l'ensemble des innombrables dispositions, même de façon indirecte, relatives à la protection de la vie privée dans un texte unique. Désormais se trouvent dans un texte unique (le Code) la loi n° 675/1996 et les décrets législatifs, les règlements, et le code déontologiques qui se sont succédé depuis 1996. Mais le Code contient aussi des innovations importantes : il tient compte en effet de la jurisprudence de l'autorité de contrôle indépendant italienne - ci-après Garante - et de la Directive 2000/58/UE sur la communication électronique. Le Code, comme par ailleurs le faisait déjà la

---

<sup>1</sup> Loi n° 675 du 31 décembre 1996 «Protection des personnes physiques et morales et d'autres organismes à l'égard du traitement des données à caractère personnel», *Gazzetta Ufficiale* n° 5, suppl. ord. n. 3, du 8 janvier 1997, modifiée par les Décrets législatifs n. 123 du 9 mai 1997, n° 255 du 28 juillet 1997, n° 135 du 8 mai 1998, n° 171 du 13 mai 1998, n° 389 du 6 novembre 1998, n° 51 du 26 février 1999, n° 135 du 11 mai 1999, n° 281 et 282 du 30 juillet 1999.

<sup>2</sup> Par tardive, on entend la promulgation de la loi sur la *privacy* par rapport aux lois promulguées dans les États membres de l'Union européenne dans le domaine de la protection des données à caractère personnel.

<sup>3</sup> Codice in materia di protezione dei dati personali. G.U., 29 juillet 2003, Serie generale n° 174, supplément ordinaire n° 123/L ( décret législatif du 30 juin 2003, n° 196).



loi italienne de 1996 n° 675, a comme finalité de trouver un équilibre entre des opposés radicaux, à savoir d'un côté la défense et la protection de la vie privée qui limite le droit à l'information aux données à caractère personnel de la part de tierces personnes, et de l'autre côté, au contraire, la libéralisation des données à caractère personnel qui garantit la libre circulation de ces données et l'accès à ces informations garanti dans le système juridique italien par la loi sur le droit d'accès aux documents administratifs du 7 août 1990 n° 241.

L'étude du droit d'accès à l'information garanti par la protection des données à caractère personnel en droit italien suppose que soit d'abord précisée l'évolution d'un droit jurisprudentiel de la protection des données à caractère personnel à un droit légiféré (Section I). L'analyse de la spécificité du droit d'accès à l'information garanti par la protection des données à caractère personnel pourra ensuite être entreprise à travers l'examen des droits de la personne intéressée (Section II).

## **SECTION I L'évolution de la protection des données à caractère personnel : d'un droit jurisprudentiel à un droit légiféré**

L'évolution de la protection des données à caractère personnel nécessite dans un premier temps de tenir compte de la reconnaissance progressive de la protection des données à caractère personnel dans le système juridique italien (§1), avant d'approfondir cette protection à travers l'examen des principes généraux du Code en matière de protection des données à caractère personnel (§2).

### **§1 La reconnaissance progressive de la protection des données à caractère personnel**

Le système juridique italien ne comportait aucune loi nationale garantissant explicitement la protection des données à caractère personnel alors que l'Italie avait ratifié<sup>1</sup>, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et avait<sup>2</sup>, ratifié la Convention n° 108 de Strasbourg du 28 janvier 1981 : « Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel »<sup>3</sup>. Les deux

---

<sup>1</sup> Par la loi du 4 août 1955, n° 848.

<sup>2</sup> Par la loi du 21 février 1989 n° 98.

<sup>3</sup> <http://www.coe.fr/fr/txtjur/108fr.htm>.

textes obligeaient donc l'Italie à garantir « le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale » (art 8 de la ConvEDH), mais aussi à protéger les droits et les libertés fondamentaux de la personne, en particulier le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitement automatisé<sup>1</sup>. En réalité, la Convention n° 108 et l'article 8 de la CEDH sont restés sans application immédiate dans le système juridique italien, alors que la plupart des pays membres de l'Union européenne se sont dotés dans les années 70 de lois protégeant la confidentialité de la vie privée à travers la protection des données à caractère personnel d'une utilisation qui porterait atteinte à la vie privée de la personne concernée. Seules l'Italie<sup>2</sup> et la Grèce étaient encore en 1995 dépourvues d'une telle législation spécifique.

Néanmoins, l'Italie n'ignorait pas complètement la protection de la confidentialité au niveau des données à caractère personnel : il existait d'abord une reconnaissance jurisprudentielle (A) qui fut suivie de la consécration législative par la loi du 31 décembre 1995, n° 675 (B) : ce fut ainsi la concrétisation de la protection des données à caractère personnel dans le système juridique italien. Or, la protection des données à caractère personnel garantie par la loi du 31 décembre 1995, n° 675, a également comme finalité de remédier à la coexistence problématique entre droit d'accès « général » aux documents administratifs et protection des données à caractère personnel (C).

---

<sup>1</sup> Le droit au respect de la vie privée est garanti par la Convention n° 108.

<sup>2</sup> L'Italie dispose de la loi n° 121 du 1<sup>er</sup> avril 1981 sur « l'administration de la sécurité publique », selon laquelle toute administration, organisme, entreprise et association privée qui détient des archives magnétiques contenant des données ou informations sur des citoyens devait notifier l'existence de celles-ci au ministère de l'Intérieur. L'intéressé pouvait demander au tribunal que les données erronées incomplètes ou illégitimement récoltées soient effacées ou intégrées si elles s'avéraient incomplètes. Cette normative est aujourd'hui partiellement abrogée; elle n'était justifiée que pour des raisons d'ordre public, liées à la période de « l'émergence » du terrorisme et ne peut pas être vraiment inscrite dans l'arbre géanologique de la législation concernant la protection des données à caractère personnel. De toutes façons, cette loi ne respecte pas les prescriptions communautaires et internationales dans le domaine de la protection des données à caractère personnel.

## A Une reconnaissance jurisprudentielle de la protection des données à caractère personnel

Selon des thèses soutenues dans les années 70<sup>1</sup>, la protection des données à caractère personnel a trouvé initialement une reconnaissance jurisprudentielle avec le jugement de la Cour de cassation du 27 mai 1975, n° 2129 qui affirme: «on doit considérer comme existant dans notre système juridique un droit général de la personne à la confidentialité (*riservatezza*), ce droit doit être entendu comme garantissant la protection de situations et faits étroitement personnels et familiaux, lesquels, même s'ils se sont produits en dehors du domicile, n'ont pour les tiers qu'un intérêt socialement appréciable, contre les ingérences qui, même si elles sont opérées à travers des moyens licites, dans des buts non exclusivement spéculatifs et sans être offensifs pour l'honneur, la réputation ou l'apparence, ne sont pas justifiées par des intérêts publics prééminents.»<sup>2</sup>. Selon ce jugement, la protection des données à caractère personnel fait partie du droit de la personne à voir sa vie privée protégée. Ce jugement a été par la suite cité pour défendre l'idée qu'il protège l'intérêt de quiconque ne voulant pas divulguer publiquement les données et les faits relatifs à l'intimité de sa vie privée<sup>3</sup>.

Dans le cas du droit d'accès aux documents, le DPR 27 juin 1992, n° 352<sup>4</sup>, précise que les documents administratifs peuvent être soustraits au droit d'accès quand ceux-ci concernent « la vie privée ou la confidentialité de la personne physique..» sans donner une définition de ce qu'il faut entendre par confidentialité. Le Conseil d'État<sup>1</sup>, en se prononçant sur un règlement prévu par le ministère des Postes et Télécommunications concernant la conciliation entre le droit d'accès aux documents garanti par le décret, précité, et la nécessité de protéger la confidentialité, a permis d'avoir une idée sur la signification du terme confidentialité. En effet, le juge considère qu'en relation avec l'exigence de sauvegarder la confidentialité d'une tierce personne, d'un groupe ou d'une société, doit être soustrait, tout en

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens les affirmations de PUGLIESE, «Il diritto alla 'riservatezza' nel quadro dei diritti della personalità», in *Rivista diritto civile*, 1963, I p. 614 et sv; G.B. FERRI *Persona e privacy*, in *Il riserbo e la notizia*, Atti del Convegno di Materata, Napoli, 1983.

<sup>2</sup> Guir. it. 1976, I, 1, c. 970. in Cesare Massimo, BIANCA, *Tutela della Privacy*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, CEDAM, Milano, 1999 p. 219-233; 795. Notre traduction.

<sup>3</sup> Cesare Massimo BIANCA, *Tutela della Privacy*, note introductives, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1999, CEDAM p. 793 (p220-233)-p. 221.

<sup>4</sup> C'est le décret du gouvernement pour la mise en œuvre de l'article 24 de la loi du 7 août 1990. Voir Partie I titre I.

garantissant la connaissance des documents nécessaires pour la défense et la protection d'intérêts du requérant, tout un ensemble de documents parmi lesquels : les rapports informatifs sur les employés de la société, les notices, les documents, tout ce qui est lié à l'évaluation permettant le recrutement du personnel, les documents relatifs à l'état de santé, les documents concernant la vie privée de l'employé, ceux relatifs à la procédure pénale et disciplinaire ou relatifs à des recours administratifs produits par l'employé<sup>2</sup>.

La doctrine soutient aussi l'idée qu'au niveau constitutionnel, les données à caractère personnel sont protégées par l'article 21 de la Constitution garantissant le droit de chacun à voir sa vie privée protégée, à condition qu'on interprète le droit de chacun de s'exprimer librement d'une façon négative, à savoir le droit de chacun de ne pas s'exprimer et donc de ne pas diffuser des informations qui le concernent<sup>3</sup>, ainsi que par l'article 2 de la Constitution qui définit les principes fondamentaux de la Constitution parmi lesquels les droits inviolables de l'homme<sup>4</sup>. La personne étant au centre du système juridique, cela oblige donc à reconnaître comme fondamentaux tous les intérêts qui sont liés à la personne<sup>5</sup>.

Ainsi, le système de protection ne garantit pas une protection des données à caractère personnel, conformément aux engagements internationaux et communautaires auxquels l'Italie s'était pourtant engagée en ratifiant la ConvEDH, la Convention n° 108, et en étant obligée de transposer la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 (ci-après Directive 95/46/CE) relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » dans le champ d'application du droit communautaire<sup>6</sup>.

Il a fallu attendre les projets de loi présentés en 1995 à la chambre des députés<sup>7</sup> pour voir l'Italie se mettre en conformité avec ses engagements internationaux et communautaires. Pendant la procédure législative de la loi italienne, la Directive communautaire 95/46/CE a

---

1 C.E. Ad. Gen. 9 novembre 1995, n° 119, inn Cons. Stato 1996, I, 1405.

2 Cf. R. CARANTA, L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 206 et s.

3 CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 38 et sv, in *Tutela della Privacy*, Principi generali; VECCHI Paolo Maria, *Le Nuove leggi civili commentate*, Cedam p. 233-261, p. 235.

4 CATAUDELLA «Riservatezza (diritto alla)»: *I Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, p. 2, in *Tutela della Privacy*, Principi generali VECCHI Paolo Maria, *Le Nuove leggi civili commentate*, Cedam p. 233-261, p. 235. L'article 2 : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

5 MACIOSE, *Tutela della persona e identità personale*, Padova, 1984, p. 30.

6 JOCE Du 23 11. 1995 n. L 281/31.

7 Projet Biondi alors ministre de la Justice et projet Mirabelli, qui était le président de la commission spéciale qui l'avait élaboré.

été promulguée et donc cette Directive a pu être rapidement transposée par la loi du 31 décembre 1996, n° 675<sup>1</sup>.

## **B La consécration législative de la protection des données à caractère personnel**

Par la loi du 31 décembre 1996, n° 675, l'Italie dispose d'une législation spécifique en matière de protection de données à caractère personnel. Cette loi est aussi la première loi générale italienne sur les droits fondamentaux de la personne humaine avec un champ d'application très vaste qui ne se limite pas au champ d'application du droit communautaire. La finalité de la loi italienne, qui aujourd'hui se trouve dans le Code, est d'atteindre un niveau élevé de protection de la vie privée par la protection des données à caractère personnel. Le Code ne se limite pas uniquement à protéger ces données : il est au également un instrument de protection générale à l'égard des intérêts fondamentaux de la personne. En effet, le Code, comme d'ailleurs déjà le faisait la loi 675/1996, situe la protection de la vie privée dans un dispositif très vaste en affirmant que le traitement des données à caractère personnel doit se dérouler « dans le respect des droits, des libertés fondamentales, ainsi que de la dignité des personnes physiques, en égard en particulier à la confidentialité et à l'identité personnelle »<sup>2</sup>. Le niveau de protection garanti par la loi italienne est particulièrement élevé, sans doute ceci est-il dû également au choix fait par le Parlement italien d'incorporer directement dans la législation interne une grande partie des dispositions contenues dans la Directive communautaire.

Un deuxième élément qui caractérise la législation italienne dans le domaine de la protection des données à caractère personnel est le choix du législateur d'accompagner la loi n° 675/1996 d'une autre loi, la loi n° 676 du 31 décembre 1996. Cette dernière est un instrument souple et ouvert sur l'avenir, mais est aussi un instrument pour restreindre les droits garantis par la loi. Cette loi est en effet un instrument d'autocorrection qui permet au gouvernement, dans le sens de la loi du 23 août 1988, n° 400, portant des «dispositions intégratives de la législation en matière»<sup>3</sup>, de prendre des décrets d'intégration et de

---

<sup>1</sup> Loi 31 décembre 1996, n. 675 "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali", Gazzetta Ufficiale n. 5 dell'8 janvier 1997 – Sup. Ord. n. 3.

<sup>2</sup> Article 1 alinéa 1 de la loi n° 675 du 31 décembre 1996.

<sup>3</sup> Notre traduction.

modification, afin de permettre une pleine mise en œuvre de la loi aux réelles exigences de la collectivité<sup>1</sup>. Les traitements des données à caractère personnel ne sont donc pas uniquement réglementés par la loi n° 675/1996, mais également par un ensemble de décrets législatifs qui ont permis d'apporter les modifications nécessaires au système de protection des données à caractère personnel garanti par la loi n° 675/1996<sup>2</sup>.

Vu l'ensemble des décrets législatifs promulgués depuis 1996, l'importante activité interprétative opérée par le Garante ainsi que l'entrée en vigueur de différentes Directives communautaires dans différents secteurs de la protection des données à caractère personnel, il a été décidé de codifier dans un « corpus » unitaire et organique l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires dans le domaine de la protection des données à caractère personnel en vigueur<sup>3</sup>. La loi de délégation<sup>1</sup> n° 7/2001 (article 1 alinéa 4) a conféré aux

---

<sup>1</sup> L. A. SCARANO, art 4 (Particolari trattamenti in ambito pubblico), Le nuove leggi civili commentate, 1999, CEDAM, Milano, p. 282-295.

<sup>2</sup> Sur la base de ce pouvoir de délégation ont été promulgués les décrets législatifs suivants : le décret législatif du 28 juillet 1997 portant dispositions intégratives et correctives de la loi n.675 du 31 décembre 1996 en matière de notification des traitements des données personnelles; le décret législatif du 8 mai 1998 concernant « dispositions en matière de traitement des données particulières de la part des autorités publiques; le décret législatif du 13 mai 1998 n° 171 portant « Disposition en matière de protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications en attuation de la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil (modifié par le décret législatif n° 467/2001), le décret législatif n° 389 du 6 novembre 1998 portant « Dispositions en matière de traitement des données particulières de la part des sujets publics»; le décret concernant l'activité journalistique, le décret législatif du 28 juillet 1997 n 255 portant dispositions correctives et intégratives de la loi 675 de 1996, en matière de notification des traitement des données personnelles, conformément à l'art. 1 §1, lett. f) de la loi n° 676 du 31 décembre 1996; dernièrement le décret législatif du 8 mai 1998 n° 135 concernant les dispositions en matière de traitement des données particulières de la part des organismes publics (art 22 alinéa 1° de la loi 675 de 1996); le décret législatif n° 51 du 26 février 1999 portant « Dispositions intégratives et correctives de la loi du 31 décembre 1996, n° 675, concernant le personnel travaillant auprès du Garante pour la protection des données personnelles»; le décret n° 135 du 11 mai 1999, portant « Dispositions intégratives à la loi du 31 décembre 1996, n° 675, sur le traitement des données sensibles de la part des organismes publics (avec mise à jour); le décret législatif n° 281 du 30 juillet 1999 portant « Dispositions en matière de traitement des données personnelles pour des finalités historiques, statistiques et de la recherche scientifique», le décret législatif n° 282 du 30 juillet 1999 portant « Dispositions pour garantir la confidentialité des données dans le milieu sanitaire» et le décret législatif n° 467 du 28 décembre 2001 portant « Dispositions correctives et intégratives de la normative en matière de protection des données personnelles, conformément à l'art. 1 de la loi n° 127 du 24 mars 2001». En plus des décrets législatifs, les lois suivantes ont été promulguées: la loi n° 127 du 24 mars 2001 relative à « Differimento du terme d'exercice de la delega prévue par la loi n° 675 du 31 décembre 1996, en matière de traitement des données personnelles, la loi n° 344 du 6 octobre relative « Differimento du terme pour l'exercice de la delega prévue par la loi n° 676 du 31 décembre 1996 en matière de traitement des données personnelles et la loi n° n° 325 du 3 novembre 2000 portant « Dispositions relatives à l'adoption des mesures minimum de sécurité dans le traitement des données personnelles prévue par l'article 15 de la loi n° 675 du 31 décembre 1996.

<sup>3</sup> Dans la deuxième partie du Code se trouvent désormais l'ensemble des différents textes relatifs au traitement dans des secteurs spécifiques, parmi lesquels le Titre I relatif au traitement dans le secteur judiciaire, le Titre II par les forces de l'ordre (Police), Titre III dans le domaine de la défense, Titre IV dans le domaine de l'autorité publique, Titre V le domaine sanitaire etc... Le Code transpose aussi les directives 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relatives à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO n° 1 108 du 24/04/2002 p. 33-50; ainsi que la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant des données à caractère personnel et la

gouvernements le pouvoir d'adopter dans « un texte unique les dispositions en matière de protection des personnes et autres sujets ayant rapport aux traitements des données à caractère personnel »<sup>2</sup>. Le 29 juillet 2003, le décret législatif n° 196 du 30 juin 2003 relatif au « Code en matière de protection des données personnelles »<sup>3</sup> a été publié au Journal officiel (*Gazzetta ufficiale*) et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

La finalité du Code ne change pas par rapport à la loi n° 675/1996 : il garantit la coexistence de la protection des personnes physiques et morales à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données. Le Code renforce les droits de la personne concernée par rapport à la loi n° 675/1996 en garantissant la protection des données à caractère personnel indépendamment d'un traitement. Or, la protection des données peut être en conflit avec le droit d'accès aux documents garanti aussi au niveau législatif. Ainsi, principalement dans le domaine d'activité des autorités publiques, protection et accès peuvent être caractérisés par une coexistence problématique.

### **C Une coexistence difficile entre la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès aux documents administratifs**

La reconnaissance d'un droit d'accès général aux actes administratifs par la loi n° 241/1990 en faveur des sujets qui y ont un intérêt, a accentué le rôle de l'administration publique comme source d'information. Mais, en même temps, elle a fait apparaître le risque que les données à caractère personnel collectées par les sujets publics soient diffusées ou communiquées de façon à porter atteinte à la vie privée des personnes concernées.

Le traitement des données à caractère personnel opéré par des sujets publics peut en effet constituer le préalable d'une atteinte à la confidentialité (de la vie privée) causée non pas par l'autorité publique, mais au contraire par les sujets privés qui obtiennent l'accès à ces données à travers l'accès aux documents administratifs. L'accès à l'information est pourtant l'élément essentiel pour garantir la transparence administrative ; la création de banques de données et l'échange d'informations entre sujets publics permettent d'une part d'augmenter la

---

protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques , JO n° L 201 du 31/07/2002 p. 37-47.

<sup>1</sup> Conformément à l'article 76 de la Constitution italienne: « L'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au Gouvernement qu'avec la détermination de principes et de critères directeurs et seulement pour une durée limitée et pour des objectifs définis».

<sup>2</sup> Notre traduction.

<sup>3</sup> Codice in materia di protezione dei dati personali. *G.U.*, 29 juillet 2003, Serie generale n° 174, supplément ordinaire n° 123/L ( décret législatif du 30 juin 2003, n° 196).

rapidité de l'action administrative et d'autre part que les organismes publics réalisent avec une efficacité accrue l'accomplissement de fonctions institutionnelles qui leur sont confiées <sup>1</sup>. Toute la difficulté réside donc dans la nécessité de trouver un équilibre entre protéger les données à caractère personnel et garantir le droit d'accès aux documents administratifs (a), tout en assurant « le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration »<sup>2</sup>. Cela dit, le législateur a reconnu la compétence exclusive de la loi 241/1990 en matière de protection de données à caractère personnel en cas d'accès aux documents administratifs (b).

### **a La nécessité de trouver un équilibre entre la protection des données à caractère personnel et droit d'accès aux documents**

La n° 241/90 prévoit la possibilité d'exclure l'accès aux documents administratifs quand celui-ci peut impliquer une atteinte à « la confidentialité des tiers » (article 24 alinéa 2 lett. d). Le problème qui se pose à la suite de l'entrée en vigueur de la loi 675/96 sur la « privacy » est la compatibilité entre les deux lois lors d'une demande d'accès aux documents administratifs contenant des informations personnelles d'une personne tierce.

La loi 241 affirme la nécessité de protéger le droit à la confidentialité des tiers : ce droit est vu comme une limite possible au droit d'accès en particulier. La loi 241/1990 prévoit la possibilité pour le gouvernement de réglementer avec un décret les modalités d'exercice du droit d'accès et les cas d'exclusion du même droit pour sauvegarder «(...) la confidentialité des tiers, personnes, groupes, sociétés (...)» ; mais ce droit doit en tout cas garantir «(...) aux intéressés la connaissance des actes relatifs à la procédure administrative, si celle-ci est nécessaire pour défendre leurs intérêts juridiques »<sup>3</sup>. Le gouvernement est allé dans le même sens avec le décret du Président de la République (D. P. R.) du 27 juin 1992, n° 352 qui prévoit (article 8 alinéa 5, lett. d) que les documents administratifs peuvent être soustraits à l'accès quand celui-ci concerne « la vie privée ou la confidentialité de personnes physiques, de personnes juridiques, groupes, sociétés et associations (...)». Or la même disposition affirme aussi la règle opposée en donnant la priorité au droit d'accès sur le droit à la confidentialité, quand le droit d'accès est nécessaire pour défendre des intérêts juridiques du

---

<sup>1</sup> Paolo TROIANO , «art 27 Trattamento da parte di soggetti pubblici in Tutela della privacy l. 31 dicembre 1996, n. 675» *Le Nuove leggi civili commentate*, a cura di Giorgio Cian, Alberto Maffei Alberti, Piero Schlesinger, CEDAM p. 628-642; p. 629.

<sup>2</sup> Article 97 alinéa 1 de la Constitution italienne.

<sup>3</sup> Loi du 7 août 1990, n° 241, article 24 alinéa 2 lett.d)



demandeur. Dans ce cas, la connaissance des actes (mais pas l'obtention d'une copie) doit être garantie quoi qu'il en soit.

**b La compétence exclusive de la loi n° 241/1990 et du DPR n° 352 en matière de protection de données à caractère personnel en cas d'accès aux documents administratifs**

Les dispositions concernant la protection des données à caractère personnel de la loi 241/1990 et le DPR sont restées en vigueur même après l'entrée en vigueur de la loi 675/1996. L'article 43 alinéa 2 de la loi 675/1996 prévoit expressément que les «(...) dispositions en vigueur en matière d'accès aux documents administratifs et aux fichiers de l'État(...) et (...) également des dispositions de loi prévoyant des interdictions ou des limitations plus restrictives en matière de traitement de certaines données à caractère personnel » ne sont pas abrogées<sup>1</sup>. L'entrée en vigueur du Code n'a pas non plus changé la donne : il a consacré l'article 59 à l'accès aux documents administratifs en affirmant que «(...) les limites pour l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs contenant des données à caractère personnel, et la protection juridictionnelle relative continuent à être réglementées par la loi du 7 août 1990, n° 241 (...)».<sup>2</sup> Dans le cas d'une demande d'accès aux documents administratifs contenant des données personnelles de tiers, l'accès sera autorisé, mais limité à la seule connaissance du document, et uniquement quand celui-ci est nécessaire pour protéger ou défendre un intérêt juridique spécifique du demandeur<sup>3</sup>.

Le juge administratif s'est clairement prononcé dans ce sens : « l'intérêt à la confidentialité protégé par la disposition de loi (675/1996) à travers une limitation du droit

---

<sup>1</sup> Par ailleurs le Garante s'est prononcé dans ce sens avec le *Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali* du 16 septembre 1997, *Il Foro amministrativo*, 1997, p. 557 et sv.; selon lui : « la disposition de la loi relative à la protection des données à caractère personnel n'a pas abrogé les dispositions en matière d'accès aux documents administratifs ». FERRARA s'est prononcé dans le même sens: *Premesse ad uno studio sulle banche dati*, p. 579 et sv en affirmant: « dans le cas des données à caractère personnel qui ne sont pas retenues comme sensibles, les principes en matière de droit d'accès devraient continuer à être appliqués(...) ».

<sup>2</sup> Notre traduction. L'article 60 affirme que pour les données permettant de relever l'état de santé et la vie sexuelle, le traitement est autorisé si la situation juridiquement importante qu'on entend protéger avec la demande d'accès aux documents administratifs est de rang au moins égal aux droits de l'intéressé, ou bien consiste dans un droit de la personnalité ou dans un autre droit ou liberté fondamentale et inviolable ».

<sup>3</sup> La jurisprudence administrative a tendance à reconnaître le droit d'accès également dans les cas où l'intéressé n'est pas titulaire d'une situation juridique subjective ou d'un intérêt légitime qui lui permette d'agir en justice. La seule condition nécessaire est que l'intéressé démontre un intérêt qui ne soit pas seulement émulateur à connaître l'acte administratif, mais au contraire soit effectif, direct et nécessaire à protéger des situations qui méritent d'être protégées. Conseil d'État, sez. VI, 1<sup>o</sup> octobre 1996, n° 1288, in Cons. ST., 1996, I. 1535; Cons. Stato, sez. IV, 10 septembre 1996, 1996n° 1024, in Cons. St., 1996, I. 1306.

d'accès disparaît quand l'accès aux documents est exercé pour la défense d'un intérêt juridique, naturellement dans les limites où l'accès est nécessaire pour défendre cet intérêt »<sup>1</sup>. La défense des intérêts juridiques spécifiques du demandeur fait qu'il sera possible même de prendre connaissance des actes administratifs qui contiennent des données à caractère sensible des personnes tierces. L'article 60 du Code (Données aptes à montrer l'état de santé et la vie sexuelle) affirme que « Quand le traitement concerne des données aptes à montrer l'état de santé ou de la vie sexuelle, le traitement est consenti si la situation juridiquement importante qu'on entend protéger avec la demande d'accès au document administratif est de rang au moins équivalente aux droits de l'intéressé, ou bien consiste en un droit de la personnalité ou un autre droit ou liberté fondamentale et inviolable »<sup>2</sup>. La jurisprudence administrative n'a donc pas suivi l'exemple communautaire ou français permettant l'accès partiel aux documents<sup>3</sup>. Ce n'est que très rarement que le juge administratif a essayé de trouver des solutions pour permettre un accès partiel aux documents, dans la limite où ceci est compatible avec le droit à la confidentialité, en rendant les parties confidentielles illisibles<sup>4</sup>.

Si le Code ne fait que confirmer que les dispositions sur le droit d'accès de la loi 241/1990 restent intégralement en vigueur, le Code peut néanmoins sous certaines conditions constituer une limitation de l'exercice du droit d'accès, en particulier à travers la définition beaucoup plus précise de la notion de « données personnelles » (art 4 alinéa 2 point b) du Code). Par conséquent, la limite du droit d'accès posée par l'article 24 alinéa 2 point d) de la loi 241/1990 pourra être définie de façon beaucoup plus précise que ce que permet

---

<sup>1</sup> Voir Cons. Stato, Ad. pl., 4 février 1997, n° 5, in Cons. St., 1997, I, 169. (Notre traduction). En référence à cette décision CARINGELLA, *Riservatezza ed accesso ai documenti amministrativi a cavallo tra parametri costituzionali ed oscillazioni legislative*, in Foro it., 1997, c. 560 parle d'une «comparaison de valeurs constitutionnelles sur la base des conclusions du Conseil d'État; on constate la victoire sans aucune doute du droit d'accès (lié à l'art 21 Constitution " Chacun a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion") par rapport au droit à la confidentialité (*Riservatezza*) qui fait partie du patrimoine de l'article 2 de la Constitution).

<sup>2</sup> Notre traduction. Selon la décision du 17 septembre 1997 du Garante par exemple, la chronique journalistique ne peut pas être invoquée pour la défense des situations juridiques spécifiques. In Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali du 16 septembre 1997 *il Foro amministrativo* 1997, P 557 et sv. Le tribunal administratif régional (TAR) du Lazio sect. III du 30 janvier 1997 n 201 in TAR, 1997, I. p. 458 et sv. a déclaré illégale règlement du INAIL adopté avec le D.P.R. n. 1124 de 1995, dans la partie où celui-ci prévoyait que « quand le droit d'accès concerne des informations de caractère sanitaire, celles-ci ne peuvent être communiquées qu'à la personne physique intéressée ou au médecin désigné par ce dernier » (art 4), étant donné que l'employeur ne peut être exclu de l'accès à ces données quand celles-ci sont indispensables pour défendre ses propres intérêts juridiques.

<sup>3</sup> TPI 19 juillet 1999, Heidi Hautala contre Conseil, T-14/98, Rec. p. II- 2489. C.E. 10 juillet 1992, *Touzan*, Rec. Cons.d'Ét., p. in *RFDA*, 1994, p. 328, concl. Toutée.

<sup>4</sup> TAR, Lazio, sez. III, 4 septembre 1995, n° 1483, in *Foro amministrativo*, 1996, 1035. Cf R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, op. cit p. 222-223.

l'interprétation de la loi par le juge administratif. Ainsi, appliquer en même temps la loi 241/1990 et la loi 675/1996 a pu poser un problème au niveau de la procédure de justice.

L'article 25 de la loi 241 de 1990 prévoit en effet la compétence juridictionnelle exclusive du juge administratif en matière droit d'accès aux documents administratifs, alors que l'article 29 de la loi 675/1996 prévoit la juridiction du juge ordinaire en matière de protection des données à caractère personnel. Le Code a mis un terme à ce problème en affirmant clairement dans son article 59 que «(...) l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs contenant des données à caractère personnel, et la protection juridictionnelle relative restent disciplinés par la loi du 7 août 1990, n° 241 (...)», et donc par le juge administratif. Cela dit, la doctrine considère que l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1996, n° 675, n'a pas encore eu de conséquence importante sur l'évaluation des intérêts opérée par la jurisprudence, laquelle considère que l'article 43 de cette loi ne met pas en cause les dispositions en matière d'accès aux documents<sup>1</sup>.

Par ailleurs, la CADA a affirmé d'une part l'importance égale du principe de la confidentialité et du celui de la transparence de l'action administrative. Ainsi, elle précise qu'il est nécessaire, dans l'application des dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel, d'évaluer au cas par cas quel intérêt prévaut<sup>2</sup>.

## **§2 Les principes généraux du Code en matière de protection des données à caractère personnel**

Les modifications introduites par le Code par rapport à la loi 675/1996 sont visibles dès le premier article du Code qui s'ouvre avec une déclaration de principes solennelle : « Chacun a droit à la protection des données à caractère personnel qui le concernent »<sup>3</sup>. La finalité de cette disposition apparaît évidente : les données à caractère personnel doivent être protégées toujours et indépendamment de leur communication et de leur traitement. Il en va de même de leur diffusion donc indépendamment d'un traitement Les dispositions du texte unique doivent s'appliquer à toute activité qui a pour objet les données à caractère personnel

---

<sup>1</sup> Cf. R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, op. cit , p. 220.

<sup>2</sup> Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, avis, 97477Q, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, III, Roma, 1998, 120. Cf. R. CARANTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, op. cit , p. 220.

<sup>3</sup> Notre traduction.

se trouvant sur le territoire national<sup>1</sup>. Avec le Code, on assiste à la codification d'un droit subjectif qui ne l'était pas dans la loi n° 675/1996, laquelle se limitait comme la Directive 95/46/CE<sup>2</sup> à garantir uniquement que le « traitement des données à caractère personnel se déroule dans le respect des droits des libertés fondamentales ainsi que de la dignité des personnes physiques »<sup>3</sup>.

Conformément à la prescription de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Code a attribué une valeur fondamentale au droit à la protection de la vie privée (confidentialité), en affirmant « que le traitement des données à caractère personnel se déroule dans le respect des droits, des libertés fondamentales ainsi que de la dignité des personnes physiques, eu égard en particulier à la confidentialité, à l'identité personnelle et au droit à la protection des données à caractère personnel »<sup>4</sup>.

La fonction du Code est donc de protéger la vie privée et les intérêts fondamentaux de toute personne en garantissant que le traitement des données à caractère personnel a lieu dans le respect des droits et limites prévus par le Code. À cette fin, le Code prévoit une série de droits et facultés de la personne concernée, conformément à la convention n° 108 et à la Directive 95/46/CE, qui doivent garantir que le traitement a lieu dans les limites posées par le système juridique national et qu'il garantit les intérêts de la personne concernée, en lui garantissant l'exercice d'un droit sur les données la concernant. Or, la définition du champ d'application du Code revêt une importance particulière à travers une liste clé de définitions. Ces définitions correspondent en partie aux définitions contenues dans la loi<sup>5</sup> et la directive<sup>6</sup>, mais elles s'en différencient sur plusieurs points. Cette technique législative choisie, qui se caractérise par une liste importante de définitions, est très récente dans le système juridique italien. C'est plutôt une technique typique des systèmes juridiques anglo-saxons, reprise d'abord par le système communautaire, puis seulement très récemment par le système juridique italien. L'avantage de ce système est de permettre, à travers l'analyse de ces définitions, d'avoir une première information sur la portée de la protection des données à

---

<sup>1</sup> Selon l'article 5 du Code et conformément à l'article 4 §1 point c de la Directive 95/46/CE, le Code s'applique aussi au traitement, même si le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté à la condition qu'il recourt à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire de l'État italien.

<sup>2</sup> Section IV article 10 « informations en cas de collecte de données auprès de la personne concernée » et article 11 « informations lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée » Directive du 23 novembre 1995 .

<sup>3</sup> V. art 1 alinéa 1 loi n° 675/1996.

<sup>4</sup> Article 2 alinéa 1 du Code privacy , notre traduction.

<sup>5</sup> Article 1 alinéa 2 de la loi 675/1996.

<sup>6</sup> Article 2 de la Directive 95/46/CE.

caractère personnel et donc aussi sur le champ d'application du droit d'accès à l'information garantie à la personne concernée par le traitement des données.

Ainsi, il est nécessaire dans un premier temps de définir le champ d'application du Code pour la protection des données (A), puis, dans un deuxième temps, d'analyser la protection de la personne concernée à travers l'autorité de contrôle (B).

## **A Le champ d'application du Code pour la protection des données à caractère personnel**

Les définitions de traitement, et de banque de données à caractère personnel par le Code sont dans une large mesure celles qui sont déjà présentes dans la loi 675/1996. Le Code en ajoute plusieurs nouvelles parmi lesquelles, les « données identifiantes », les « données judiciaires », et un ensemble de définitions relatives aux données dans le domaine des télécommunications. Mais ce sont surtout les définitions de certaines expressions comme « traitement » (1), « données à caractère personnel » (2) et « banque de données » (3) qui permettent d'établir ce qu'est une « information personnelle » et donc de définir le champ d'application des droits de la personne concernée garantis par le Code.

### **1 La définition de traitement de données à caractère personnel**

La définition de « traitement »<sup>1</sup> donnée par le Code correspond à celle donnée par l'article 2 point.b, de la Directive 95/46/CE. Selon le Code, fait partie d'un traitement toute opération opérée avec ou sans l'aide de moyens électroniques et qui a comme objet des données à caractère personnel, même si les données ne se trouvent pas dans des fichiers de données à caractère personnel. Selon cette interprétation, ce n'est pas uniquement la collecte des données à caractère personnel qui fait partie des traitements, mais aussi le simple accès aux données collectées auparavant, qui doit être considéré comme une ingérence dans la vie privée de la personne concernée. En effet, le Code considère comme « traitement » l'ensemble d'opérations opérées concernant l'élaboration, la modification, la sélection,

---

<sup>1</sup> Art 1 alinéa 2 lett. b). « traitement » « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées même sans l'aide de moyens électroniques, concernant la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, la consultation, l'élaboration, la modification, la sélection, l'extraction, le rapprochement, l'utilisation, l'interconnexion, le verrouillage, la communication, l'effacement et la destruction des données, même s'ils ne sont pas enregistrés dans une banque de données ».

l'extraction, le rapprochement, l'utilisation, l'interconnexion, le verrouillage, la communication, la diffusion, l'effacement et la destruction de données<sup>1</sup>. Cette définition est bien plus large que celle donnée par la Directive 95/46/CE, laquelle par exemple ne prévoit pas « la sélection » parmi les définitions du terme « traitement ». D'ailleurs, il n'est pas facile de distinguer la « sélection » du « processus d'accès et de l'extraction », étant donné que le Code les fait apparaître comme autonomes<sup>2</sup>. Dans son ensemble, la définition de « traitement » permet de considérer comme faisant partie du champ du traitement non seulement les opérations qui sont directement liées aux données à caractère personnel et à leur support, mais également l'ensemble des opérations d'élaboration qui peut avoir comme effet de relier des données à caractère personnel à d'autres personnes qui donc permettent de construire un cadre informatif plus large<sup>3</sup>. L'inclusion dans la liste des opérations considérées comme traitement de la « conservation » est significative, puisqu'elle permet de considérer comme traitement de données même les données conservées, mais tenues inactives. Dans cette même logique se trouvent l'effacement et la destruction, qui doivent permettre à l'autorité de contrôle (*Garante*) et à la personne concernée d'être informées sur les informations personnelles effectivement disponibles auprès des tiers<sup>4</sup>.

Le champ d'application du Code s'étend aussi aux traitements des données à caractère personnel opérés sans l'utilisation de moyens électroniques (art 4 alinéa 1 point a du Code) conformément à la Directive 95/46/CE.<sup>5</sup> En revanche, la collecte d'informations et le traitement des données opérés en dehors des moyens automatisés sont exclus de la Convention de Strasbourg n° 108, laquelle limite son champ d'application aux « traitements automatisés » de données à caractère personnel. Un deuxième élément important pour la définition du champ d'application du Code et donc de la protection des données à caractère personnel est constitué par la définition de « donnée à caractère personnel ».

---

<sup>1</sup> Article 4 alinéa 1 point a du Code (notre traduction).

<sup>2</sup> Voir article 4 du Code.

<sup>3</sup> Voir dans ce sens AULETTA, «Riservatezza e tutela della personalità», MIRABELLI, «Problemi legislativi dell'attuazione del diritto alla privacy», in *Les effets de l'informatique sur le droit à la vie privée*, Padova, 1990, p. 47 et sv.

<sup>4</sup> La différence entre effacement et destruction n'est pas très claire, d'autant plus que l'article 16 prévoit que dans le cas de *cessazione* (fin) du traitement, les données peuvent être détruites alors que parmi les droits de la personne intéressée (art 7.), le droit de demander l'effacement est prévu, mais pas celui de la destruction. Il faut probablement entendre par destruction, la destruction du support alors que l'effacement laisse intègre le support, mais sans les données à caractère personnel.

<sup>5</sup> Art 3 de la Directive : «La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisées en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier»; le considérant 27 dispose également : « considérant que la

## 2 La notion de « donnée à caractère personnel »

La définition de « donnée à caractère personnel » permet d'identifier ce qu'est une information personnelle, et donc permet de déterminer quel type d'information à caractère personnel est protégé par le Code, mais aussi quel type d'information peut être utilisé lors des traitements des données à caractère personnel. La définition donnée par le Code permet d'amplifier la protection des données à caractère personnel par rapport à celle donnée par la Directive communautaire et par la Convention n° 108, étant donné qu'elle ne garantit pas uniquement la protection des personnes physiques, mais qu'elle élargit le champ d'application aux personnes morales. Ainsi, la définition donnée par le Code considère comme « donnée à caractère personnel » (art. 4 point b) « toute information concernant une personne physique ou morale, un établissement ou une association, identifiée ou identifiable, directement ou indirectement, par référence à tout genre d'information, y compris un numéro d'identification personnel »<sup>1</sup>. On est donc en présence d'un traitement de « données à caractère personnel » chaque fois qu'un autre sujet utilise cette information. Mais surtout il apparaît que ni la nature de l'information, ni le support sur lequel l'information circule, ni le fait que l'information fasse ou non partie de la sphère étroitement personnelle n'ont d'importance. L'élément qui permet de qualifier l'information personnelle est représenté exclusivement par le fait que l'information se réfère à un sujet *identifié ou identifiable*, indépendamment du fait d'être une personne physique ou morale. Si au contraire la donnée est anonyme, cette donnée ne rentre pas dans le champ de protection du Code. Selon le Code, « toute donnée qui a l'origine ou à la suite d'un traitement ne peut être associée à aucune personne concernée identifiée ou identifiable » est anonyme. En revanche, il faut entendre la personne comme « identifiée » quand son identité résulte de l'information disponible et « identifiable » quand en rapprochant l'information avec d'autres informations la personne est identifiable. Ce caractère se trouve déjà dans la Directive 95/46/CE qui considère comme des modalités particulières d'identification les caractéristiques de la personnalité comme « un numéro d'identification ou un ou plusieurs éléments spécifiques »<sup>2</sup>.

---

protection des personnes doit s'appliquer aussi bien au traitement de données automatisées qu'au traitement de données manuelles».

<sup>1</sup> Notre traduction.

<sup>2</sup> Directive n° 95/46/CE, article 2.

Un élément ultérieur d'importance fondamentale est le champ d'application territorial du Code<sup>1</sup>. La difficulté dans certains cas de déterminer la normative applicable aux traitements provient du fait que les interconnexions territoriales des traitements peuvent être multiples ; il est donc opportun de fixer des critères qui permettent de déterminer l'application territoriale de la loi sur les données à caractère personnel. L'article 5 qui reprend les dispositions déjà affirmées par la loi 675 (art. 2 alinéa 1 et 6) garantit une protection aux personnes concernées, dans le cas où le titulaire (qui correspond au responsable prévu par la Directive) du traitement est établi en Italie (sur le territoire national) : la loi italienne est donc appliquée automatiquement.<sup>2</sup> Si le titulaire du traitement est établi dans un autre État membre et que l'État a transposé la Directive, la loi de transposition de cet État s'appliquera. Par ailleurs, si le responsable du traitement se trouve en dehors du territoire communautaire, mais qu'une activité de traitement de données est opérée en Italie par ce responsable (activité dans le secteur privé), la loi italienne s'appliquera.

### **3 La définition de banque de données précisée permet d'élargir le champ d'application de la protection des données à caractère personnel**

Le Code a modifié la définition de « banque de données » établie initialement par la loi italienne 675/1996 (article 1 alinéa 2 lett.a). Cette définition constituait un problème majeur, car elle permettait d'exclure toute une série d'archives contenant des informations à caractère personnel de la notion de banque de données<sup>3</sup>. En effet, la loi italienne, même si elle s'applique aussi aux données non automatisées, limite la définition de banque de données aux seules données à caractère personnel collectées et structurées à travers des critères qui permettent d'organiser les informations, de façon que l'accès soit facilité «(...) organisé selon une pluralité de critères spécifiques aptes à faciliter le traitement (...)». Cette définition exclut par conséquent de la définition de banque de données non pas toutes celles qui sont

---

<sup>1</sup> Le champ d'application est défini par les articles 4 à 6 de la Directive 95/46/CE.

<sup>2</sup> Le Code (art 4 alinéa 1 points f, g et h) fait une distinction entre responsable et titulaire du traitement, comme d'ailleurs le fait la Directive 95/46/CE. Les deux textes ont adopté des termes différents pour indiquer les deux sujets. Pour le Code, le titulaire du traitement correspond au responsable du traitement de la directive. Le titulaire (responsable du traitement dans le texte communautaire) est donc, selon les deux textes, celui qui définit les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. En revanche, le responsable du Code correspond à la personne physique ou morale ou tout autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du titulaire du traitement.

<sup>3</sup> Article 1 alinéa 2 point a. : « 'banque de données', tout ensemble de données à caractère personnel, subdivisé en une ou plusieurs unités placées en un ou plusieurs lieux, qui est organisé selon une pluralité de critères spécifiques aptes à faciliter le traitement des dites données».



organisées selon une procédure automatisée, mais au contraire celles qui sont organisées selon un critère unique. Certes, l'importance de la définition de banque de données est minime, étant donné qu'elle concerne le traitement des données indépendamment de son support et que désormais, avec le Code, ce sont les données à caractère personnel indépendamment du traitement qui sont protégées par les dispositions du Code<sup>1</sup>. Cet article 1 posait un problème, puisqu'il permettait de ne pas notifier un traitement, à partir du moment où la collecte d'informations était organisée uniquement selon un critère, et donc, même si la collecte des données concernait des données sensibles<sup>2</sup>. En effet, comme il n'était pas possible que ces données soient considérées comme faisant partie d'une banque de données, elles n'étaient pas sujettes à l'obligation de notification auprès du *Garante* et étaient donc soustraites à son contrôle<sup>3</sup>. En effet, selon le président de l'autorité de contrôle, le fait que le traitement des données soit de toute façon sujet à la loi ne suffit pas à combler cette situation particulière<sup>4</sup>.

Le Code a remédié à cette situation et ne pose plus comme condition la « pluralité des critères » : il se limite désormais à considérer comme banque de données « tout ensemble organisées de données à caractère personnel, réparti dans une ou plusieurs unités disposées dans un ou plusieurs sites »<sup>5</sup>. D'ailleurs, la nécessité de la pluralité des critères organisant pour indiquer une banque de données ne se rencontre pas dans la législation française, allemande ou communautaire. La Directive 95/46/CE définit en effet le « fichier de données » comme « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés (...) » (article 1 2 lett. c). La nécessité d'une pluralité de critères qui permettent d'ordonner les données ne semble pas trouver de justification dans le fait que pour qu'un fichier soit considéré comme une banque de donnée, celui-ci doit être structuré. Au contraire, selon la Directive, la protection des données à caractère personnel doit s'appliquer également aux traitements opérés sans l'utilisation des moyens automatiques ou informatiques, et par conséquent couvre aussi les données qui sont conservées sur des supports non automatiques et électroniques. Ce type de collecte et de conservation permet difficilement d'organiser les informations selon une pluralité de critères prévue par la loi

---

<sup>1</sup> RODOTA, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, op.cit.p. 586.

<sup>2</sup> Art 1 alinéa 2 lett.a). «banque des données; tout ensemble de données à caractère personnel, subdivisé en un ou plusieurs unités placées en un ou plusieurs lieux, qui est organisé selon une pluralité de critères spécifiques aptes à faciliter le traitement des dites données.»

<sup>3</sup> Voir article 7 alinéa 4 lett.g. de la loi 675/1996.

<sup>4</sup> RODOTA, op. cit. *Persona*..., p. 587.

<sup>5</sup> Article 4 lett. p. du Code.

italienne 675/1996. Le problème ne se pose plus, car aujourd'hui ce sont les données à caractère personnel indépendamment du traitement qui sont protégées par le Code. Pour protéger ces données à caractère personnel, le Code prévoit deux types de contrôle, le contrôle collectif exercé par une autorité de contrôle indépendante et le contrôle individuel garanti par un ensemble de droits attribués à la personne intéressée qui permettent à celle-ci d'intervenir et de contrôler la conformité du traitement et de l'utilisation des données personnelles aux dispositions du Code.

## **B La protection de l'intéressé à travers l'autorité de contrôle**

La loi 675/1996 a introduit dans le système juridique italien une nouvelle autorité — le « *Garante* » pour la protection des données à caractère personnel (1) : cette autorité a été investie spécifiquement d'une fonction de contrôle et de protection des données à caractère personnel. En effet, le *Garante* exerce d'une part, la fonction de « contrôle » (2) qui lui permet de contrôler si les traitements sont opérés dans le respect des dispositions de lois et des règlements et d'autre part, une fonction juridictionnelle (3) qui attribue au *Garante*, qui est un organe alternatif à la justice ordinaire, la tâche de se prononcer avec décision motivée sur les recours proposés par tout sujet pour faire valoir ses droits garantis par le Code.

### **1 L'institution d'une autorité de contrôle pour la protection des données suite aux contraintes du droit international et communautaire pour l'institution**

Une première référence à l'autorité de contrôle se trouve dans la Convention du Conseil de l'Europe n° 108 de 1981, pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Elle demande aux États adhérents la désignation d'une ou de plusieurs autorités chargées de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans la Convention et dans le protocole additionnel. Deuxièmement, l'accord de Schengen et la Convention d'application qui a suivi ont comme fonction d'éliminer les contrôles aux frontières et de permettre la libre circulation des personnes et prévoient la création d'un système d'information commun (SIS) pour la

circulation des données à caractère personnel à des fins de sécurité et d'ordre public. La participation des États adhérant au système informatif est conditionnée non pas uniquement par l'adoption préventive en droit interne de mesures de protection des données à caractère personnel, mais aussi par la création d'une autorité de contrôle au niveau national<sup>1</sup>.

Mais l'institution en Italie du *Garante* pour la protection des données à caractère personnel trouve ses origines les plus directes dans l'obligation de transposition de la Directive communautaire 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995. La Directive ne se limite pas uniquement à prévoir l'institution d'une autorité nationale, mais intervient aussi sur les caractéristiques et le statut de cette autorité. La Directive dans son considérant 62 souligne que « les autorités de contrôle exerçant en toute indépendance leurs fonctions est un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel » et que « ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies ».<sup>2</sup> Enfin, le modèle français, avec la CNIL, et l'exemple allemand, avec le délégué fédéral à la protection des données, ont constitué des exemples dont s'est inspirée la loi italienne en matière de protection des données à caractère personnel.

Les fonctions et les relatifs pouvoirs d'intervention, d'investigation et juridictionnels attribués à cette autorité permettent de définir la physionomie de ces autorités dotées d'une autonomie particulière qui ne se retrouve pas dans les modèles traditionnels de l'administration publique. Par conséquent, dans cette matière comme dans d'autres champs d'application, le droit communautaire, même en reconnaissant formellement la souveraineté étatique, finit par avoir une influence de façon importante sur l'exercice réel de cette souveraineté. Comme ces autorités doivent exercer leur fonction en toute « indépendance », cette obligation a des conséquences importantes sur l'organisation et sur l'action des pouvoirs publics en créant les « autorités administratives indépendantes ». La législation communautaire n'a donc pas seulement un effet d'harmonisation sur le système juridique des

---

<sup>1</sup> L'accord de Schengen et la Convention d'application qui a suivi ont été ratifiés par l'Italie avec la loi n° 388 de 1993. C'est l'article 114 de la Convention d'application qui prévoit l'attribution d'une autorité spécifique dont la fonction est de veiller au respect au niveau national du système informatif commun.

<sup>2</sup> L'article 28 de la Directive 95/46/CE, même s'il ne dicte pas d'obligations relatives à sa composition, sa situation institutionnelle, sa structure et ses modalités de désignation de l'autorité de contrôle, affirme néanmoins (alinéa 1) : « Chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur le territoire, des dispositions adoptées par les États membres en application de la présente directive ».

États membres au niveau normatif des règles et des principes de protection, mais elle joue aussi un rôle d'harmonisation au niveau institutionnel<sup>1</sup>.

Le législateur, avec la loi 675/1996, s'est conformé aux prescriptions « d'indépendance » de l'autorité de contrôle imposées par la Directive communautaire 95/46/CE. Il suffit de constater en effet que l'article 153 du Code établit, alinéa 1, que « Le Garante exerce sa mission en pleine autonomie et indépendance de jugement et d'évaluation »<sup>2</sup>. Avec l'introduction du *Garante* dans le système juridique italien, le cadre institutionnel des autorités administratives indépendantes s'enrichit d'une nouvelle figure<sup>3</sup>. La situation particulière d'indépendance est en premier lieu assurée par le procédé de nomination. Cette procédure prévue par l'article 153 du Code représente une innovation dans le cadre institutionnel, étant donné que pour la première fois, la constitution d'une autorité indépendante est créée par un vote électif des deux chambres. Le Code article 153 alinéa 2 en effet prévoit que « le *Garante* est un organisme collégial constitué par quatre membres, dont deux sont élus par la Chambre des Députés et deux par le Sénat de la République au moyen d'un vote spécifique. Ils procèdent en leur sein à l'élection du président (...)». L'autorité de contrôle italienne appelée « *Garante* » est donc l'expression directe et exclusive du Parlement. Le choix du législateur italien semble être influencé par les modèles législatifs en vigueur dans les États membres de l'Union européenne, en particulier en référence à la nomination de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui a marqué l'introduction de la nomination parlementaire des membres. Mais la nomination de la CNIL se caractérise par la participation d'autres organismes dans la nomination des dix-sept membres de la Commission<sup>4</sup>. Par ailleurs, au niveau de l'autorité de contrôle allemande, le délégué fédéral

---

<sup>1</sup> C. LACAVA, «Garante per la protezione dei dati personali», in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy* (l. 31 dicembre 1996, n° 675), p. 695-704 ; p. 697.

<sup>2</sup> Lors de l'élaboration du projet de loi durant la XI législature, on constate que le projet de loi élaboré par le gouvernement (projet de loi n° 1526) s'est inspiré en particulier du modèle français de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

<sup>3</sup> Parmi les autorités administratives indépendantes, on peut citer: l'autorité de régulation des services d'utilité publique, l'autorité pour la garantie dans les communications (art 1, loi du 31 juillet 1997, n° 249), l'autorité pour la concurrence et le marché, l'Agence nationale pour la protection de l'environnement. Pour un approfondissement sur les autorités indépendantes voir PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in *I Garanti delle regole*. Mais la fonction de ces autorités se caractérise par le fait qu'elles ont en priorité une fonction administrative dans des secteurs techniques, alors que la fonction du Garante pour la protection des données à caractère personnel est étroitement liée à la réalisation de principes constitutionnels.

<sup>4</sup> Six ont une provenance parlementaire (deux députés et deux sénateurs élus, respectivement par l'Assemblée nationale et par le Sénat et deux personnes qualifiées pour leur connaissance des applications de l'informatique, nommées par décret sur proposition respectivement du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat), six autres sont élus par les magistratures suprêmes (Conseil d'État, Cour de Cassation, Cour des comptes) et trois sont désignés par le Gouvernement « en raison de leur autorité et de leur compétence (...) » article 8 de la loi 6 janvier 1978, n° 78-17.

pour la protection des données à caractère personnel dans le secteur public a été institué avec la loi du 20 décembre 1990, BDSG: il est élu par le *Bundestag* (Chambre des Députés) avec la majorité de ses membres sur proposition du gouvernement<sup>1</sup>. La méthode choisie par le législateur italien et dans les pays sus-cités semble donc démontrer cette volonté de renforcer le caractère d'indépendance de l'autorité administrative indépendante par la participation parlementaire directe pour le choix des membres relatifs.

En dehors de la procédure de nomination, c'est l'ensemble des pouvoirs attribués au *Garante* qui font qu'il est sans doute le plus innovatif par rapport au modèle général d'autorité de contrôle existant dans le système juridique italien. Son rôle est de garantir<sup>2</sup> que « le traitement des données à caractère personnel se déroule dans le respect des droits, des libertés fondamentales ainsi que de la dignité des personnes physiques, eu égard en particulier au caractère confidentiel et à l'identité personnelle ». Le pouvoir exécutif n'intervient donc pas, ce qui renforce l'indépendance de l'Autorité elle-même. Le *Garante* est investi de forts pouvoirs d'intervention. C'est le cas, par exemple, des services de sûreté, qui doivent répondre aux requêtes de l'Autorité sans pouvoir opposer le secret d'État, alors que dans le cas de requêtes analogues faites par la magistrature, cette dernière peut se voir opposer le secret d'État. Le *Garante* n'a donc pas été conçu comme un organisme de simple contrôle, mais a été au contraire doté de forts pouvoirs d'intervention<sup>3</sup>.

## **2 La fonction de contrôle du *Garante* indispensable au bon exercice du droit d'accès à l'information**

Le fait d'avoir doté l'autorité de contrôle d'amples pouvoirs n'est autre que l'accomplissement des obligations communautaires de la Directive communautaire 95/46/CE. La Directive individue de façon ponctuelle les pouvoirs à conférer aux autorités de contrôle nationales. Parmi ces pouvoirs, l'autorité de contrôle doit disposer d'un pouvoir d'investigation, tel que le pouvoir d'accéder aux données faisant l'objet d'un traitement, nécessaire à l'accomplissement de sa mission de contrôle, de pouvoirs effectifs d'intervention, tels que celui de rendre des avis préalablement à la mise en œuvre des

---

<sup>1</sup> Dans les *Länder*, il existe des lois sur la protection des données à caractère personnel avec les mêmes attributions que celles du délégué fédéral.

<sup>2</sup> Conformément à l'article 2 alinéa 1 du Code.

<sup>3</sup> Il Garante, Préface à la Loi: Protection des personnes physiques et morales et d'autres organismes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Loi N° 675 du 31 décembre 1996, in <http://www.privacy.it/legge675frcoord.html>.

traitements, celui d'ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, ou d'interdire temporairement ou définitivement un traitement, enfin le pouvoir d'ester en justice en cas de violation des dispositions nationales prises en application de la présente Directive<sup>1</sup>. Le législateur italien a donné une pleine mise en œuvre des prescriptions de l'article 28 de la Directive communautaire.

La définition des pouvoirs du *Garante* par le législateur italien a été influencée, en dehors de la Directive communautaire 95/46/CE, par les modèles législatifs des États membres de l'Union européenne. Il s'agit premièrement du modèle français qui confère à la CNIL la fonction « de veiller au respect des dispositions de la (...) loi » et en particulier de veiller au respect du droit d'accès (article 34)<sup>2</sup>. L'ensemble des pouvoirs de la CNIL fait d'elle une autorité dotée de pouvoirs de contrôle avec la possibilité de prendre des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'information. Mais par rapport au *Garante*, la CNIL ne dispose pas d'un pouvoir de sanction, du moins jusqu'à la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 : elle ne peut que dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance, conformément à l'article 40 du Code pénal (article 21, alinéas 3 et 4)<sup>3</sup>. En Allemagne, le délégué fédéral pour la protection des données à caractère personnel dans le secteur public peut agir de sa propre initiative, ou sur demande, et veille au respect de la loi et des autres dispositions sur la protection des données à caractère personnel de la part de l'administration fédérale. Dans ce but il a la faculté de consulter la documentation auprès des archives publiques et a le droit d'accéder à tous les locaux. En outre, le délégué a une fonction d'information et de signalisation au gouvernement et à l'autorité fédérale en présentant tous les deux ans un rapport au *Bundestag* (Chambre des Députés). Dans les *Länder* qui disposent d'une loi sur la protection des données à caractère personnel, il a été institué un commissaire chargé de la protection des données à caractère personnel, avec les mêmes attributions que celles du délégué fédéral.

Ainsi, l'ensemble des pouvoirs attribués au *Garante* permet de distinguer la fonction de « contrôle » (a) qui lui permet de contrôler si les traitements sont opérés dans le respect des dispositions des lois et des règlements. Or, ce pouvoir de contrôle n'est pas absolu, mais

---

<sup>1</sup> Article 28 alinéa 3 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L281 du 23.11.1995, p. 31-54.

<sup>2</sup> L'article 35 de la loi du 6 janvier 1978 n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, affirme : «Le titulaire du droit d'accès peut obtenir communication des informations le concernant(...)».

<sup>3</sup> L'article 41 de la loi prévoit que les infractions aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 n° 78-17 sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal. Suite à la loi du 6 août 2004, la CNIL dispose désormais d'un pouvoir de sanction : voir Partie II, titre II chapitre II.

nécessite d'être limité pour protéger les intérêts publics et privés (b). Enfin, le *Garante* dispose d'un pouvoir coercitif important (c) : en tant qu'organe alternatif à la justice ordinaire, il a la tâche de se prononcer avec décision motivée sur les recours proposés par tout sujet pour faire valoir ses droits garantis par le Code .

### **a La fonction de contrôle du *Garante***

Par ses fonctions d'inspection et de contrôle prévues par le Code<sup>1</sup>, « le *Garante* peut demander au responsable, au titulaire, à la personne concernée ainsi qu'à un tiers de fournir toutes informations et de produire tous documents nécessaires » en plus du pouvoir de sanction prévu par les articles 161-166 du Code. À travers l'ensemble de ces fonctions, le *Garante* est appelé à promouvoir et à assurer un rapport plus correct entre sujets publics et privés (l'intéressé).

Une fonction de contrôle de la légitimité et de la correction (*correttezza*) des traitements est également attribuée au *Garante*, afin de protéger les droits du citoyen par rapport à l'élaboration des données qui le concernent par les autorités publiques et les sujets privés.

Par la nature même des tâches attribuées au *Garante*, le pouvoir d'accéder aux données, et donc de les connaître, acquiert une importance particulière. En effet, si la confidentialité des données à caractère personnel doit être protégée au maximum, le maximum de transparence sur l'existence des traitements ayant pour objet de telles données doit être lui aussi garanti. Le *Garante* a le pouvoir de demander au titulaire ou au responsable, à la personne concernée ainsi qu'à un tiers de fournir toutes les informations et de produire tous les documents nécessaires (article 157). Deuxièmement, il a le pouvoir d'inspection afin de vérifier le respect des dispositions en matière de traitement de données à caractère personnel à travers l'accès aux banques de données ou d'autres inspections et contrôles dans les lieux où le traitement est opéré. Enfin, il existe aussi l'obligation de notifier au *Garante* les traitements qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées.

L'obligation de notification de la part du titulaire ayant l'intention de procéder à un traitement de données à caractère personnel a une fonction importante de contrôle et d'information. Le législateur, en introduisant cette obligation à la charge du titulaire du

---

<sup>1</sup> Code *privacy* article 157 alinéa 1.

traitement, a voulu donner au *Garante* un pouvoir fondamental d'information sur les traitements des données à caractère personnel.

Le choix de la notification comme obligation préliminaire aux traitements des données personnelles place la loi italienne parmi les lois dites de la deuxième génération. Les lois promulguées en Europe auparavant obligeaient en effet le titulaire du traitement qui avait l'intention de procéder à un traitement de données à caractère personnel de demander l'autorisation préventive à l'autorité de contrôle. Cette option se montre inadéquate pour permettre l'utilisation des informations. En effet, l'autorisation, même si elle garantit une protection plus importante à la personne concernée, impose une charge administrative importante qui risque de compromettre la fonctionnalité générale de l'autorité de contrôle. Le choix de la notification au contraire tend à trouver un compromis entre liberté d'utilisation des informations d'une part et protection de la vie privée d'autre part<sup>1</sup>. La Directive 95/46/CE constitue sans doute l'antécédent le plus direct de la disposition italienne. Elle dispose en effet à l'article 18 l'obligation de notifier à l'autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement, mais laisse la possibilité d'introduire des simplifications et dérogations à cette obligation. C'est dans cette perspective que s'expliquent les simplifications introduites initialement par le décret législatif n° 255 du 9 mai 1997 qui prévoit la notification en forme simplifiée et les dérogations à l'obligation de notification. Le Code (article 37) a profondément modifié l'obligation de notification. Les modifications apportées allègent donc les obligations en faveur des autorités publiques et privées.

Le Code prévoit en effet un nombre restreint de catégories de traitements sujets à la notification. La typologie des traitements sujets à la notification concerne les traitements qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées. En somme, elle concerne tous les traitements relatifs à des domaines particulièrement sensibles. Parmi ceux-ci se trouvent les traitements relatifs aux données génétiques biométriques, données qui permettent de révéler la vie sexuelle, ou, grâce aux outils électroniques de définir le profil ou la personnalité de l'intéressé<sup>2</sup>. Pour compléter ce système, il est prévu que le *Garante* puisse élargir le champ d'application à d'autres traitements en raison du risque qui en découle pour les droits de l'intéressé.<sup>3</sup> Enfin, des interventions sont prévues pour simplifier le système.

---

<sup>1</sup> Se sont exprimés dans ce sens GALLUS, La notification, in GIANNANTONIO, LOSANO E ZENOVICH, *La tutela dei dati personali: commentarion alla legge 675/1996*, Torino 1997, p. 69, ainsi que BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*. La privacy nella società dell'informazione, Milano, 1997, p. 146.

<sup>2</sup> Voir article 37 alinéa 1 points a à f du Code.

<sup>3</sup> Article 37 alinéa 2 du Code.



Il est prévu que le *Garante* puisse individuer parmi les traitements cités par la disposition à peine décrite ci-dessus d'éventuels traitements qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées et qui sont donc soustraits à l'obligation de notification. La notification pourra être opérée sur un modèle plus souple, alors qu'un autre élément significatif de simplification est la suppression de l'obligation d'effectuer une notification spécifique des données destinées à l'étranger<sup>1</sup>. La notification intervient avec un acte unique selon les modalités établies par le *Garante* et doit contenir les informations demandées. Cette notification est opérée une seule fois, indépendamment de la durée du traitement du nombre d'opérations à effectuer, et peut concerner plusieurs traitements, mais avec des finalités de corrélation<sup>2</sup>. Les notifications sont insérées dans le registre tenu par le *Garante*, où elles sont accessibles par chacun gratuitement par la voie télématique.

Le destinataire de la demande d'accès à l'information du *Garante* est obligé de permettre l'accès à l'information : quiconque omet de donner les renseignements ou de fournir les documents requis par le *Garante* encourt « une sanction administrative prévoyant le paiement d'une somme de dix mille euros à soixante mille euros »<sup>3</sup>.

Les pouvoirs attribués au *Garante* vont au-delà du simple pouvoir de demander de fournir et de produire tous les documents. En effet, dans le cas où le destinataire refuse de permettre cet accès, la loi a doté le *Garante* d'un pouvoir d'ordonner l'accès aux banques de données avec la collaboration, le cas échéant, d'autres organismes de l'État<sup>4</sup>. Le *Garante* contrôle si les traitements sont opérés dans le respect des dispositions du Code et donc vérifie si le traitement est conforme aux déclarations que le titulaire a faites à l'intéressé au moment de la collecte et de la notification, ou de leur cessation<sup>5</sup>. Ce contrôle peut être opéré aussi de façon antérieure au traitement conformément aux indications de la Directive 95/46/CE.<sup>6</sup> L'activité de contrôle peut être exercée d'office ou sur l'initiative de tiers. Le Code prévoit

---

1 Cf.art 43, par rapport à l'article 28 de la loi 675/96.

2 La fiche utilisée pour la notification au *Garante* du traitement doit contenir, conformément à l'article 19 de la directive 95/46/CE : « le nom ; la dénomination ou la raison sociale et le domicile, la résidence ou le siège du titulaire, le responsable, le domaine de communication et de diffusion des données; une description de la ou des catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées...

3 Code *privacy* article 163 alinéa 1.

4 Conformément à l'article 158 alinéa 1.

5 Code *privacy* article 154 alinéa 1, lett.a.

6 Selon la directive (considérants 52, 53 et 54), le contrôle *a posteriori* est une mesure suffisante; cependant, certains traitements peuvent présenter des risques particuliers au regard des droits et des libertés des personnes concernées; pour ces traitements particuliers, un examen préalable à leur mise en œuvre doit être opéré par l'autorité de contrôle.

expressément la possibilité de recevoir les plaintes, les signalisations, et d'intervenir lors des recours présentés par les intéressés ou des associations qui les représentent<sup>1</sup>. Comme suite à l'instruction organisée d'office ou sur demande d'un tiers, le *Garante* prescrit au titulaire ou au responsable les modifications opportunes afin de rendre le traitement conforme aux dispositions en vigueur. Ce type de contrôle donne lieu à une procédure informelle qui se conclut par une signalisation. Si cette dernière n'est pas observée, elle n'est pas sanctionnée impérativement<sup>2</sup>. Néanmoins c'est dans l'intérêt du titulaire ou du responsable du traitement d'exécuter cette prescription afin d'éviter des conséquences ultérieures qui peuvent être l'application d'une sanction administrative ou pénale, l'interdiction du traitement ou le verrouillage des données dans les cas prévus par la loi. Par conséquent, à côté de la procédure formelle devant l'autorité administrative ou devant l'autorité judiciaire, le Code a défini le *Garante* comme un interlocuteur, qui permet une régularisation spontanée<sup>3</sup>. L'ensemble de ces instruments qui permet au *Garante* de vérifier le respect des dispositions en matière de traitement de données à caractère personnel est néanmoins sujet à certaines limitations qui concernent d'une part le pouvoir d'inspection et d'autre part les modalités d'exécution de la procédure de contrôle et d'inspection.

### **b La limitation du pouvoir d'inspection du *Garante***

L'accès, les inspections et les vérifications exercés par le *Garante* sont sujets à certaines limitations prévues par le Code<sup>4</sup>.

Premièrement, l'activité d'inspection du *Garante* est admise uniquement dans l'exercice de la fonction de contrôle du respect des dispositions en matière de traitement des données à caractère personnel. L'inspection n'est donc pas admise de façon générale. Deuxièmement, l'alinéa 3 de l'article 158 introduit une restriction ultérieure, selon laquelle, pour pouvoir procéder aux inspections visées à l'alinéa 1 dans une habitation ou un autre lieu de domicile privé, il est nécessaire d'obtenir l'approbation du titulaire ou du responsable ou

---

1 Code *privacy*, article 154 alinéa 1 point b.

2 Code *privacy*, article 154 alinéa 1 point c.

<sup>3</sup> Le législateur italien, en attribuant au *Garante* ce type de pouvoir, a suivi les prescriptions de l'article 28 de la directive 95/46/CE. En effet, la Directive ne se limite pas à la seule collecte d'enregistrements, mais au contraire comprend aussi le pouvoir d'intervenir pour vérifier le fondement et adopter les décisions appropriées. A l'entrée en vigueur de la loi 675/1996, une utilisation importante de rapports et plaintes à signaler dans les secteurs bancaire et universitaire a été effectivement constatée. Pour une information plus exhaustive sur les signalations faites par le *Garante*, voir *Bolletino, nn 1-4*, Roma 1997-1998.

4 Code *privacy*, article 158, alinéa 1.

l'autorisation préalable « du président du tribunal territorialement compétent en ce qui concerne le lieu des inspections et contrôles où le traitement est opéré ». Néanmoins, cette limitation ne doit pas concerner l'efficacité de l'action d'inspection du *Garante*. Le Code oblige en effet le juge à procéder sans délai par décision motivée dans les trois jours à la demande d'autorisation du *Garante*. L'activité d'inspection du *Garante* rencontre une limitation ultérieure dans des cas spécifiques relatifs à des traitements particuliers.

Le *Garante* dispose en effet d'un pouvoir de contrôle sur les traitements opérés dans des domaines publics particuliers. Le Code<sup>1</sup> confère au *Garante* le pouvoir d'exercer un contrôle sur les traitements de données juridiques, les traitements de la part des forces de police, et ceux de la défense et de la sécurité de l'État, et les traitements de la partie II, dispositions relatives à des secteurs spécifiques du Code, ainsi que le pouvoir de vérifier, y compris sur requête de la personne concernée, leur conformité aux dispositions de la loi ou de règlement<sup>2</sup>. Cette mesure est très importante pour la personne concernée, le *Garante* est en effet le seul autorisé à vérifier la conformité des données à caractère personnel dans ce contexte particulier : il constitue donc la seule possibilité dans ce cas d'accès à l'information de la personne concernée<sup>3</sup>. Les inspections dans ce domaine se caractérisent par un ensemble de mesures particulières, qui a comme but d'assurer le caractère confidentiel des actes et documents éventuellement acquis lors de l'inspection, ainsi que des limitations lors de leur consultation. L'ensemble de ces mesures doit réduire le plus possible la circulation des informations relatives à ces traitements et protéger les intéressés que ces traitements impliquent (par exemple, concernant l'ordre public ou la répression de la criminalité). Ces inspections sont opérées uniquement par un des membres désignés par le *Garante*<sup>4</sup> et, concernant les données couvertes par le secret d'État et celles des services de sûreté et de renseignement, il est prévu que les résultats de l'inspection ne soient pas verbalisés: « le membre désigné prend connaissance des actes et documents et rapporte oralement au cours

---

1 Article 160.

2 Code *privacy*, article 160 alinéa 2.

<sup>3</sup> En ce qui concerne ces traitements particuliers, les inspections sont opérées par un membre désigné par le *Garante*. Si le traitement n'est pas conforme aux dispositions du Code, le *Garante* indique au titulaire ou au responsable toute modification nécessaire et vérifie leur application. Si la requête d'inspection a été faite par la personne concernée, cette dernière sera en tout état de cause informée du résultat, à moins que ceci porte un préjudice à l'action et aux opérations de protection de l'ordre et de la sécurité publique ou bien pour des raisons de défense ou de sûreté de l'État (article 160 alinéa 2). Le membre désigné prend connaissance des actes et documents et rapporte oralement au cours des séances du *Garante* (alinéa 4).

<sup>4</sup> Partie II: dispositions relatives à des secteurs spécifiques, titre I: Traitement dans le domaine judiciaire; titre II: Traitement de la part des forces de police ; titre III: défense et sécurité de l'État.

des séances du *Garante* »<sup>1</sup>. Si le traitement n'est pas conforme aux dispositions de loi ou de règlement, le *Garante* indique au titulaire ou au responsable toute modification et intégration nécessaires et vérifie leur application. Si la requête d'inspection a été faite par la personne concernée, cette dernière sera en tout état de cause informée du résultat, à condition que celui-ci ne porte pas un préjudice à des actions ou opérations pour la protection de l'ordre et de la sécurité publique ou la prévention et la répression des crimes et qu'il n'existe pas de motifs de défense et de sûreté de l'État<sup>2</sup>.

### **c La fonction coercitive du *Garante***

La compétence du *Garante* d'interdire un traitement des données à caractère personnel et le pouvoir de verrouiller un traitement de données à caractère personnel<sup>3</sup> font partie de la fonction d'interdiction ou coercitive. Cette compétence est prévue par la Directive n° 95/46/CE<sup>4</sup> qui considère que doit appartenir à l'autorité de contrôle le pouvoir « d'ordonner le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données, d'interdire temporairement ou définitivement un traitement ». Le but de cette disposition est naturellement de doter l'autorité de contrôle d'un instrument juridique contraignant qui a comme fonction de garantir une protection réelle des données à caractère personnel dans des circonstances qui demandent une intervention urgente afin de ne pas compromettre de façon irrémédiable cette protection<sup>5</sup>.

L'interdiction du traitement des données à caractère personnel peut avoir pour objet la totalité ou une partie seulement du traitement, et peut être de caractère définitif ou temporaire. L'interdiction définitive s'impose dès lors qu'il existe un risque concret de porter préjudice à une ou plusieurs personnes concernées<sup>6</sup> ou si le traitement est en contradiction avec des intérêts relevant de la collectivité. Le pouvoir de suspension du traitement, lui, est utilisé à la suite d'une signalisation du *Garante* dans l'attente des modifications nécessaires en vue de rendre le traitement conforme aux dispositions en vigueur.

Le *Garante* dispose également de la possibilité d'ordonner le verrouillage total ou partiel des données à caractère personnel. La décision de verrouillage, à la différence de

---

1 Code *privacy*, article 160 alinéa 4.

2 Code *privacy*, article 160 alinéa 2.

3 Code *privacy* article 154 alinéa d.

4 Directive 95/46/CE, article 28 alinéa 3

5 LACAVA Chiara, *Compiti del Garante*, in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy* (l. 31 dicembre 1996, n° 675), p704-715 ; p. 709.

6 Code *privacy* article 154, alinéa 1 point d.

l'interdiction du traitement, a seulement une fonction préventive. Elle peut être adoptée soit dans le cas de violation manifeste des dispositions du Code<sup>1</sup>, soit au sein d'un recours au sens de l'article 150 alinéa 1.

Une autre fonction importante du *Garante* est l'institution et la tenue du registre<sup>2</sup> qui prévoit l'obligation de notifier au *Garante* les traitements particuliers comme ceux qui incluent des données génétiques sur l'état de santé, la vie sexuelle, permettant d'identifier le profil ou la personnalité de l'intéressé ainsi que les banques de données contenant des données sensibles<sup>3</sup>. Ce registre constitue un instrument fondamental de transparence dans les rapports entre administrations publiques et personnes privées qui effectuent le traitement des données à caractère personnel d'une part et les personnes intéressées d'autre part. Dans le domaine public, cette disposition s'impose comme un ultime élément qui renforce les dispositions en matière de transparence administrative garantie par la loi n° 241 de 1990. En même temps, elle permet au *Garante* d'acquérir des données et des informations sur les sujets et les secteurs qui font l'objet de l'activité de contrôle. Le registre permet au *Garante* d'obtenir une connaissance rapide et complète de toutes les données permettant ainsi d'évaluer leur consistance et leur fonctionnalité. Le registre est accessible par quiconque ; sa consultation est gratuite et se fait au moyen de la voie télématique (article 37 alinéa 4).

Enfin le *Garante* informe le Parlement et le Gouvernement sur la nécessité de prévoir des nouvelles dispositions quand l'évolution du secteur le nécessite. Cette fonction a une importance particulière, vu l'évolution rapide des techniques informatiques qui permettent de plus en plus facilement le traitement des données à caractère personnel. Par conséquent, le *Garante*, parce qu'il est en possession d'une quantité considérable d'informations sur les différents traitements des données à caractère personnel, peut rapidement signaler les interventions législatives nécessaires. À ces compétences doivent s'ajouter les fonctions de coopération avec les autres autorités de contrôle, et les fonctions attribuées au *Garante* au niveau communautaire et international.

Le *Garante* collabore avec les autres autorités administratives indépendantes nationales. Cette coopération se concrétise par la participation du président ou d'un délégué aux réunions des différents organes avec la possibilité de participer aux débats, mais sans droit de vote<sup>4</sup>. Il est l'autorité désignée aux fins de la coopération communautaire et

---

1 Code *privacy*, article 154 alinéa 1 point c.

2 Formé sur la base de l'article 37.

3 Code *privacy*, article 37 alinéa 1, points a, b d, e.

4 LACAVA Chiara, «Compiti del Garante», op cit. p. 714.

internationale (article 154 alinéa 2). Le *Garante* est, conformément à la Convention n° 108 sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel, l'autorité qui doit assurer une activité d'assistance en matière de protection des données à caractère personnel (article 154 alinéa 2, point e) et donc participe au comité consultatif prévu par l'article 18 de la Convention n° 108. Il participe aussi au groupe de protection des données à l'égard du traitement des données à caractère personnel (article 29 de la Directive n° 95/46/CE)<sup>1</sup> et au comité consultatif (article 31 de la Directive n° 95/46/CE)<sup>2</sup>. Enfin, il travaille également avec les autorités de contrôle instituées par les accords internationaux, qui prévoient des systèmes automatisés d'élaboration des données tels que le système d'information Schengen (SIS), l'office européen de police (Europol) et le système d'information des douanes (SID).

### 3 La fonction juridictionnelle de l'autorité de contrôle

Les droits garantis par le Code à la personne concernée par le traitement des données<sup>3</sup> peuvent être soulevés devant l'autorité judiciaire ou devant le *Garante*<sup>4</sup>. Les deux voies sont posées entre eux de façon alternative, étant donné que la protection administrative (recours devant le *Garante*) n'est pas admise lorsque l'autorité judiciaire a été déjà saisie pour le même objet et par les mêmes parties (article 145 alinéa 2 du Code), et, d'autre part, la présentation du recours devant le *Garante* exclut toute demande ultérieure de recours devant les autorités judiciaires entre les mêmes parties et portant sur le même objet (article 145 alinéa 3 du Code).

Selon le Code<sup>5</sup>, à moins que le cours du délai ne cause un préjudice imminent et irréparable à un individu, le recours administratif préalable au *Garante* n'est admis qu'après un délai de quinze jours à dater du jour où la requête portant sur le même objet a été soumise

---

<sup>1</sup> Le groupe a pour mission d'examiner toute question portant sur la mise en œuvre des dispositions nationales prises en application de la directive communautaire 95/46/CE, de donner des avis sur le niveau de protection dans la Communauté et dans les pays tiers, de donner son avis sur les codes de conduite élaborés au niveau communautaire, d'émettre des recommandations sur toute question concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

<sup>2</sup> Le comité consultatif a la fonction d'assister la Commission en émettant des avis sur des projets et des mesures à soumettre à la Commission.

<sup>3</sup> Visés à l'article 7 du Code.

<sup>4</sup> Article 145 du Code.

<sup>5</sup> Article 146 alinéa 1 et 2.

au responsable<sup>1</sup>. Le recours devant le *Garante* (décrit par l'article 149 du Code) se caractérise par le respect du contradictoire. En effet, le Code prévoit que le responsable et la personne concernée ont droit à être entendus, personnellement ou par le biais d'une personne dûment mandatée à cet effet. De plus, ils ont la faculté de présenter des pièces ou des mémoires (article 149 alinéa 3). Si le *Garante* estime le recours recevable, après avoir recueilli toutes les informations nécessaires, il ordonne, par décision motivée que le titulaire et le responsable cessent leur comportement illicite, indiquant les mesures nécessaires à la protection des droits de la personne concernée et fixant un délai pour leur adoption. Au contraire, le recours doit être considéré comme rejeté si, au terme d'un délai de soixante jours <sup>2</sup> à compter du jour où la demande a été déposée, aucune décision n'a été communiquée (article 150 alinéa 2).

L'élément le plus significatif de l'instruction du *Garante* est la force coercitive de ses décisions. A ce propos, il faut rappeler l'article 164 du Code qui prévoit une sanction administrative à la charge de quiconque omet de donner les renseignements ou de fournir les documents requis par le *Garante* au sens de l'article 150 alinéa 2 et 157<sup>3</sup>. Le *Garante*, peut prendre une mesure conservatoire, au sens de l'article 150 : lorsque « la nature particulière du cas le requiert », le *Garante* peut ordonner en voie provisoire le verrouillage total ou partiel de certaines données ou la suspension immédiate d'une ou de plusieurs opérations du traitement. Cette mesure conservatoire doit être demandée par l'intéressé, et ne peut être prononcée d'office. Cela sur la base du principe général de la demande applicable qui doit se retenir en vigueur aussi dans la procédure devant le *Garante*, étant donné que la procédure a la fonction de protéger des droits<sup>4</sup>. Le choix du législateur a été précis dans la mesure où la disposition du *Garante* accueille la demande initiale de l'intéressé, et impose au défendeur (normalement au titulaire et au responsable) le comportement nécessaire pour satisfaire le droit invoqué devant le *Garante*. En effet, le législateur a exclu toute protection par la voie d'une exécution forcée directe et privilégie un système d'exécution indirect. Le Code<sup>5</sup> prévoit une sanction pénale pour quiconque, y étant tenu, ne respecte pas la disposition adoptée par le

---

<sup>1</sup> L'article 29 alinéa 2 de la loi 675/1996 prévoit un terme de cinq jours et le projet de loi, un terme de trois jours.

<sup>2</sup> L'article 29 alinéa 4 de la loi 675/1996 fixe le délai à trente jours.

<sup>3</sup> L'article 164 prévoit des sanctions administratives et le paiement d'une somme de quatre mille euros à vingt-trois mille euros.

<sup>4</sup> LUISO P. Franceso, *Tutela della privacy*, «Tutela amministrativa e giurisdizionale articolo 29», in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy* (l. 31 décembre 1996, n° 675), p. 662-684; p. 674.

<sup>5</sup> Code *privacy*, article 170.

*Garante*<sup>1</sup>. Le responsable est sujet à la sanction pénale dans le cas de non-respect de la disposition du *Garante* et ne peut justifier sa propre inertie qu'en démontrant que le titulaire lui a interdit de tenir le comportement imposé par la disposition du *Garante*<sup>2</sup>. Cette protection des droits par la voie administrative, est constitutionnellement légitimée à condition que le contrôle juridictionnel soit toujours possible.

La forme de l'opposition est celle prévue par l'art 737 du Code de procédure civile et donc le recours. En effet, la décision du *Garante* est soumise au contrôle juridictionnel à travers « l'opposition ». Le titulaire ou la personne concernée peuvent en effet contester la décision expresse ou le rejet tacite devant le tribunal du lieu où le titulaire a sa résidence. L'article 152 alinéa 1 dispose que « Toute contestation, ayant pour objet l'application du présent code, y compris celle inhérente aux dispositions du *Garante* en matière de protection des données à caractère personnelles ou à leur omission d'adoption, relève de l'autorité judiciaire ordinaire »<sup>3</sup>. Le délai prévu par le Code est de trente jours à partir du jour de la communication de la décision ou du rejet tacite. ( article 152 alinéa 4). Le recours ne comporte pas la suspension de l'exécution de la décision (alinéa 5). Mais le tribunal peut suspendre, sur requête, et, s'il existe des motifs graves, l'exécution de la décision (article 152 alinéa 5). Devant le juge, la discussion porte sur le droit substantiel, qu'on prétend être lésé, et non sur la légitimité de la décision du *Garante*. La décision du tribunal peut être opposée uniquement au moyen d'un pourvoi en cassation (article 152 alinéa 13). Cela dit, les droits visés à l'article 7 peuvent être invoqués directement devant l'autorité judiciaire, en alternative avec le recours au *Garante*. Le seul article du Code qui en fait référence est l'article 152 alinéa 1, où l'on constate que la juridiction est compétente pour toute contestation ayant pour objet l'application du présent Code, y compris celles concernant les dispositions du *Garante* en matière de protection des données à caractère personnel.

---

<sup>1</sup> Quiconque, y étant tenu, ne respecte pas la disposition adoptée par le *Garante* au sens des articles 26 alinéa 2, 90, 150, alinéa 1 et 2 et 143, encourt une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans.

<sup>2</sup> LUISO P. Franceso, *Tutela della privacy*, op cit p. 677.

<sup>3</sup> Notre traduction.



## SECTION II La garantie de l'accès à l'information à travers les droits de l'intéressé

Les droits de l'intéressé constituent le coeur du système de protection et de l'information individuelle de la personne intéressée.<sup>1</sup> La portée de ces droits a donné lieu principalement à deux théories distinctes. Une première théorie considère que l'importance des droits de l'intéressé réside dans le fait que le Code consacre un vrai droit subjectif de chaque personne sur ses données à caractère personnel. Le droit de la personne concernée se montre alors comme « une prérogative relevant du droit réel qui est l'expression de l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée et qui donc reflète un droit sur l'information personnalisée ». Ces droits se caractérisent donc par le caractère absolu de la protection garantie à la personne concernée, avec la possibilité de la personne de s'opposer à toute intrusion dans sa vie privée (individuelle). Cette théorie serait confirmée par la place que la loi attribue à la protection des données à caractère personnel et la protection contre une utilisation abusive de celles-ci<sup>2</sup>. Les données à caractère personnel sont alors considérées comme une propriété : cette propriété est le principe qui justifie la protection.

Une deuxième théorie trouve son fondement plutôt dans la liberté et la dignité humaine, lesquelles sont à la base de la reconnaissance d'un « droit à l'autodétermination informationnelle » (*informationelle Selbstbestimmung*), donc d'un droit fondamental qui est partie intégrante du droit général de la personnalité, mais qui n'est pas un droit absolu de l'individu sur les informations (ou données) qui le concernent . C'est dans ce sens que s'est prononcé le *Garante* dans ses premiers rapports, et c'est ce qui semble le plus réaliste, à la vue de certaines dispositions du Code qui permettent de limiter les droits de l'intéressé garantis par le Code<sup>3</sup>. En effet, les droits de l'intéressé rencontrent, selon le *Garante*, des limites dans l'existence d'autres libertés et dans l'intérêt général. Il faut donc vérifier au cas par cas, s'il existe des droits ou des intérêts qui méritent d'une façon égale ou supérieure

---

<sup>1</sup> Personne "intéressée" dans le sens de personne "concernée" par le traitement des données.

<sup>2</sup> ZENO-ZENCOVITCH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla protezione dei dati personali*, in *Studium Juris*, 1997, p. 468.

<sup>3</sup> Voir dans ce sens Code *privacy*, article 8 alinéa 2 qui cite un ensemble de limitations à l'exercice des droits.

d'être protégés<sup>1</sup>. Cette deuxième théorie est aussi celle qu'on retrouvait dans les débats sur la nécessité de renouvellement de la loi allemande BDSG de 1990 ; selon ces débats, la protection des données à caractère personnel doit être conciliée avec l'intérêt du traitement et donc la protection des données à caractère personnel ne peut pas être un droit absolu<sup>2</sup>.

Le Code s'inspire sans doute de l'interprétation sur la portée des droits de l'intéressé donnée par l'autorité de contrôle, le « *Garante* ». Celui-ci affirme en effet que la loi (675/1996) : « ne comporte pas un régime absolu de protection des données à caractère personnel, étant donné qu'il faut contrôler au cas par cas s'il existe d'autres droits ou intérêts qui méritent d'être protégés »<sup>3</sup>. L'analyse des droits de l'intéressé affirmés par les articles 7-10 du Code montre que le Code est plus proche de cette théorie, et considère que la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu, étant donné qu'il existe des droits et libertés qui justifient de limiter l'exercice des droits de l'intéressé tout en affirmant l'importance de ces droits.

L'examen du droit d'accès à l'information nécessite dans un premier temps d'examiner les règles applicables au traitement obligeant le titulaire du traitement d'informer préalablement l'intéressé (§1), ce qui constitue la première source d'information, puis d'analyser le droit d'accès à l'information à travers l'examen des pouvoirs de contrôle garantis à l'intéressé (§2).

### **§1 Les règles appliquées au traitement obligent le titulaire du traitement à informer préalablement l'intéressé**

L'examen des règles appliquées au traitement doit tenir compte des différences existant entre traitement effectué par des personnes et traitement opéré par les organismes publics. Ainsi, dans un premier temps l'analyse des obligations concernant le titulaire du traitement (A) montrera les différences existantes et les conséquences sur l'accès à l'information pour l'intéressé. Dans un deuxième temps, l'analyse se limitera aux traitements

---

<sup>1</sup> Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento 16 settembre 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 557, avec notes de CARINGELLA, Riservatezza ed accesso ai documenti amministrativi a cavallo fra parametri costituzionali ed oscillazioni legislative

<sup>2</sup> GERLING, BDSG, BDSG-Novellierung und EG-Datenschutz-Richtlinien, in *Datenschutz und neue Medien. Datenschutzschulung am 25/ 26 Mai 1998*, Göttingen, 1998, pp. 7-9.

<sup>3</sup> Garante per la protezione dei dati personali 16 settembre 1997, *Foro italiano*, 1997, III, c. 557, note CARINGELLA, *riservatezza ed accesso ai documenti amministrativi a cavallo fra parametri costituzionali ed oscillazioni legislative*. selon lequel au contraire l'objectif de la loi n° 675/1996 est de protéger à outrance le droit à la privacy.

opérés par les organismes publics (à caractère non économique) (B), étant donné que c'est l'accès à l'information par rapport aux autorités publiques qui est au centre de notre travail.

## **A Obligations concernant le titulaire du traitement**

Parmi les obligations s'appliquant à tous les traitements, se trouve l'obligation d'informer préalablement la personne intéressée auprès de laquelle les données à caractère personnel sont collectées (1). Cette obligation garantit que le traitement se déroule dans le respect de la loi et, d'autre part, elle permet à la personne concernée d'être informée sur le contenu des informations personnelles faisant partie du traitement et sur les sujets qui traitent avec ses données. Le consentement de la personne concernée (2) ne s'applique pas à tous les traitements et varie selon l'organisme qui effectue le traitement et le type de données traitées.

### **1 L'obligation d'informer la personne intéressée au moment de la collecte**

La Convention n° 108 de Strasbourg ne prend pas expressément en considération le moment de la collecte des données, mais le fait seulement de manière indirecte, au niveau des principes, en affirmant que « la finalité du traitement doit être connue avant que la collecte ait eu lieu ». Les lois nationales, elles, sont dotées d'une disposition garantissant l'information de l'intéressé préalablement à la collecte<sup>1</sup> (a). Néanmoins, l'obligation d'information peut être limitée pour des motifs d'intérêt public (b).

#### **a L'information préalable de la personne intéressée**

Le législateur italien a choisi de faire la synthèse des deux dispositions<sup>2</sup> contenues dans le texte de la Directive communautaire 46/95/CE. Avant la loi 675/1996 (article 10), l'article 13 du Code a comme finalité de garantir à la personne concernée d'être informée au préalable par oral ou par écrit de ses droits et en même temps de l'identité du responsable du

---

<sup>1</sup> Voir article 4 de la loi allemande du 27 janvier 1977; l'article 5 de la loi espagnole du 29 octobre 1992 n° 5/92; l'article 27 de la loi française du 6 janvier 1978, n° 78-17; l'article 4 de la loi belge du 8 décembre 1992; l'article 18 de la loi luxembourgeoise du 31 décembre.

<sup>2</sup> Articles 10 « information en cas de collecte de données auprès de la personne concernée » et 11 « informations lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ».

traitement. La disposition en examen accorde une importance particulière dans l'exercice du pouvoir de contrôle de l'intéressé au caractère licite et loyal du traitement des données, comme d'ailleurs le font la Directive par ses articles 10 et 11 et son considérant 38<sup>1</sup>, l'article 28 la loi allemande de 1990<sup>2</sup> et l'article 27 de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978<sup>3</sup>. Grâce à cette information au moment de la collecte, l'intéressé a la possibilité de connaître la finalité du traitement auquel les données sont destinées, le caractère obligatoire ou facultatif des réponses, les conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, les personnes physiques ou morales destinataires des informations, l'existence d'un droit d'accès et des droits connexes ainsi que l'identité du titulaire du traitement (article 13 alinéa 1). La Directive prévoit en plus une clause typique de proportionnalité qui lie la communication des informations supplémentaires à l'exigence d'assurer un traitement loyal des données<sup>4</sup>.

Le principe général de cet article 13 entre dans la tendance à légiférer sur les droits à l'information dans le but d'instaurer un consentement éclairé au traitement. En effet, c'est seulement si la personne concernée est en possession des informations exigées qu'il lui est possible d'évaluer de donner son consentement ou non au traitement, lorsque le traitement est opéré par des sujets privés. Ce principe a par ailleurs été l'objet d'une des premières décisions du *Garante*<sup>5</sup>, où ce dernier a insisté sur la nécessité que l'information doive être complète et analytique afin de procurer à l'intéressé la connaissance des différents aspects du traitement et de permettre un consentement éclairé<sup>6</sup>. C'est pourquoi si l'intéressé n'était pas informé, il n'aurait pas la possibilité de connaître quel et combien de traitements le concernent. L'information permet de contrôler *ex post* si les données sont traitées dans le respect des finalités pour lesquelles elles ont été récoltées et si elles sont utilisées correctement<sup>7</sup>. Ce droit n'est pas absolu : il rencontre des limites lorsque l'intérêt public le justifie.

---

<sup>1</sup> « considérant que le traitement loyal des données suppose que les personnes concernées puissent connaître l'existence des traitements et bénéficier, lorsque des données sont collectées auprès d'elle d'une information effective et complète au regard des circonstances de cette collecte».

<sup>2</sup> Article 28 loi BDSG de 1990.

<sup>3</sup> Article 25 loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>4</sup> Voir l'article 10 point c de la Directive 95/46/CE JOCE L 281/41.

<sup>5</sup> Décision en date du 28/05/97 en mérite au contentieux ADUSBEF/BNL.

<sup>6</sup> Le Garante s'est prononcé plusieurs fois dans ce sens : voir les décisions du 16 mai 2002 où le Garante a confirmé que l'obligation d'information prévue par la loi 675/96 s'applique aussi aux images de photographie, et du 19 février 2002 où il a clarifié que si, lors d'une investigation privée, certaines données à caractère personnel sont acquises directement auprès de la personne concernée (à travers l'écoute, l'enregistrement, l'interception), l'agence d'investigation qui effectue l'enquête doit fournir à l'intéressé l'information prévue par la loi.

<sup>7</sup> Cristina MARTORANA, *Tutela della privacy*, «articolo 10 Informazioni rese al momento della raccolta», in *Le nuove leggi commentate*, 1999, CEDAM p. 342-358.

## **b La limitation du droit d'être informé pour des motifs d'intérêt public**

La connaissance de certains éléments peut être un obstacle à l'exercice et à l'accomplissement de la fonction publique et donc l'intérêt public peut s'opposer à la communication d'informations.

Selon l'article 13 alinéa 2, les informations visées par l'alinéa 1 peuvent ne pas inclure les éléments qui sont déjà connus par la personne concernée ou dont la connaissance pourrait entraver l'accomplissement « d'activités d'inspection ou de contrôle opérées par des organismes publics pour des finalités de défense ou de sécurité de l'État » ou encore pour la prévention, le constat ou la répression des crimes.<sup>1</sup> Enfin, lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée, les informations visées par l'alinéa 1 sont transmises à ladite personne au moment de l'enregistrement des données ou, si leur communication est prévue, au plus tard lors de la première communication<sup>2</sup>. Mais cette dernière disposition ne s'applique pas si la communication des informations à la personne concernée implique un emploi de moyens que le *Garante* estime manifestement disproportionné par rapport au droit protégé, ou si le *Garante* estime cette communication impossible. Il en va de même lorsque les données sont traitées sur la base d'une obligation prévue par la loi, par un règlement ou par les dispositions de droit communautaire. L'information est de même exclue (article 13 alinéa 4) lorsque les données sont traitées pour permettre la réalisation des enquêtes visées par la loi du 7 décembre 2000 n° 397, ou si les données sont traitées pour faire valoir ou défendre un droit en justice, à condition que les données soient traitées exclusivement pour ces finalités et pour une période strictement nécessaire à la réalisation de ces finalités (art 13 alinéa 5 points a-b-c).

En substance, la loi italienne présente beaucoup de ressemblances avec la Directive européenne 46/95/CE. On constate en effet que la Directive <sup>1</sup> affirme que, si l'information est impossible, l'État membre doit prévoir des garanties appropriées. Le législateur italien a concrétisé cette garantie par l'intervention du *Garante*, auquel est attribué le pouvoir de constater et d'affirmer l'impossibilité réelle d'informer la personne concernée. Cette

---

<sup>1</sup> Ces exceptions se retrouvent aussi dans la loi française n° 78-18, la loi allemande BDSG de 2001 et la Directive 95/46/CE L'article 4 de la loi allemande de 1977 du 27 janvier 1977 et l'article 27 de la loi française du 6 janvier 1978 n. 78/17.

<sup>2</sup> Art 13 alinéa 4.

dérogação ne s'applique pas dans tous les cas où le traitement des données de l'intéressé ne peut pas avoir lieu sans le consentement exprès de la personne concernée.

Néanmoins, cet article laisse quelques interrogations, notamment lorsque les données ne sont pas récoltées auprès de la personne concernée. En effet, dans ce cas précis, les données sont collectées sans l'autorisation préalable de l'intéressé. Le consentement qui fait partie des droits de la personne concernée à l'égard du traitement des données n'est pas absolu : son champ d'application ne concerne pas l'ensemble des traitements qui sont opérés par les organismes publics, sauf les organismes publics à caractère économique qui, eux, doivent impérativement demander le consentement à la personne concernée dans le cas où le traitement concerne des données sensibles.

En effet, le traitement de données à caractère personnel opéré par des particuliers ou des organismes publics à caractère économique n'est admis qu'avec le consentement exprès de la personne concernée.

## **2 Le consentement de la personne concernée**

Le Code (article 23) limite l'obligation de demander le consentement écrit de la personne concernée aux traitements opérés par des sujets privés et des organismes publics à caractère économique (a) même quand le traitement des données concerne les données sensibles (b).

### **a Le consentement limité aux traitements opérés par des particuliers ou des organismes publics à caractère économique**

Le consentement constitue la condition préalable à l'utilisation légitime de la part des tiers des données à caractère personnel. Cependant, avant l'entrée en vigueur de la loi 675/96, l'utilisation des données contraire à la volonté de l'intéressé pouvait être sanctionnée uniquement si cette utilisation créait un préjudice à la personne concernée. Actuellement, l'utilisation d'informations personnelles le respect des limites imposées par la loi comporte des sanctions administratives et pénales, même en absence de préjudice<sup>2</sup>. L'information de la personne appelée à donner son consentement représente une garantie qui ne peut être négligée.

---

<sup>1</sup> Art 11 alinéa 2. Directive 46/95/CE

<sup>2</sup> LOSANO, «Introduzione» , in *La tutela dei dati personali* p. XXIV.

Le principe du consentement comme condition de légitimité des traitements des données est prévu par la Directive 95/46/CE qui le définit comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »<sup>1</sup>. L'article 7 de la Directive 95/46/CE affirme que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si « la personne concernée a indubitablement donné son consentement »<sup>2</sup>. La Directive ne limite donc pas le champ d'application du consentement au traitement des données opéré par des particuliers ou des organismes publics à caractère économique, comme le fait l'article 23 du Code. Néanmoins, le considérant XXX de la Directive spécifie que « (...) pour être licite, un traitement de données à caractère personnel doit en outre être fondé sur le consentement de la personne concernée ou être nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat liant la personne concernée, ou au respect d'une obligation légale, ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, ou encore à la réalisation d'un intérêt légitime d'une personne à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés de la personne concernée (...) ». La Directive laisse donc la possibilité aux États membres de prévoir la possibilité d'autoriser en dehors du consentement le traitement des données personnelles, à condition que ce traitement soit nécessaire au respect des différentes obligations et intérêts cités au considérant XXX.

L'article 23 du Code semble être cohérent avec le choix fait au niveau communautaire, mais une différence existe. L'alinéa 3 de l'article 23 du Code pose comme condition de conformité du consentement qu'il soit exprimé librement, sous une forme explicite en référence à un traitement clairement individué, documenté par écrit, de plus les informations visées à l'article 13 doivent être communiquées à la personne concernée. Mais, selon le Code<sup>3</sup>, le consentement est limité au traitement effectué par des privés ou des organismes

---

<sup>1</sup> Directive 95/46/CE, article 2h.

<sup>2</sup> Article 7 Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être opéré que si:

a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement  
ou b) il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci  
ou c) il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis  
ou d) il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée  
ou e) il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées  
ou f) il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1er paragraphe 1.

<sup>3</sup> Code *privacy* article 23.

publics économiques<sup>1</sup>. La portée du principe général doit en effet être évaluée à la lumière des nombreuses dispositions du Code <sup>2</sup> dans lesquelles le consentement n'est pas demandé<sup>3</sup>, sauf si le traitement concerne les données sensibles. Dans ce cas, les données ne peuvent faire l'objet d'un traitement qu'avec le consentement écrit de la personne concernée et après autorisation du *Garante*. Il en ressort donc que la portée du principe du consentement s'applique à des cas limités, mais dans ces cas, l'information du sujet appelé à manifester son consentement représente une garantie incontournable si on veut assurer l'effectivité du consentement<sup>4</sup>.

Une dernière constatation doit être faite sur cette disposition relative au consentement : ni la Directive communautaire (art. 7) ni le Code (art. 23) n'ont prévu la révocation du consentement donné<sup>5</sup>. En principe, en prenant en considération le caractère personnel des données sur lesquelles le consentement a une répercussion, il faut admettre qu'il doit exister un pouvoir de révocation. Ce droit de révocation ne devrait pas rencontrer de limites, et le sujet intéressé ne devrait pas se voir demander d'apporter des motifs qui justifient la révocation du consentement. La révocation du consentement ne peut avoir comme finalité que l'élimination des données collectées précédemment<sup>6</sup>. Pour conclure l'analyse de la disposition relative au consentement, on peut rappeler que le Code reconnaît à l'intéressé le droit « de s'opposer, en tout ou en partie, pour des raisons légitimes, au traitement des données à caractère personnel qui le concerne, bien qu'elles soient pertinentes aux finalités de la collecte »<sup>7</sup>. Le Code semble donc permettre un contrôle sur la légitimité des raisons et donc permettre la révocation du consentement donné.

Néanmoins, le principe du « consentement » a finalement une fonction limitée : l'individu se trouve en effet aujourd'hui de plus en plus dans des situations où il n'a plus la

---

<sup>1</sup> art 23 alinéa 1 «le traitement des données personnelles de la part des privés ou des organismes publics économiques est uniquement admis avec le consentement exprès de l'intéressé»

<sup>2</sup> Traitement opéré par des organismes publics à l'exclusion des établissements publics à caractère économique (18); exceptions en matière de consentement ( art 24); traitement de données opéré dans l'exercice de la profession de journaliste.

<sup>3</sup> Pour un examen plus détaillé, voir CUFFARO, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Cuffaro et Ricciuto, Torino, 1997, p. 201 et sv.

<sup>4</sup> La doctrine est unanime sur ce point; outre les auteurs cités sur le consentement, voir aussi FINOCCHIARO, *Una prima lettura della legge 31 dicembre 1996, n°675, « tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»* in *Contratto e impresa*, 1997, p. 307.

<sup>5</sup> La loi espagnole de 5/1992 a prévu expressément que « l'éventuelle révocation du consentement ne nécessite pas une cause justificative particulière, et n'a pas d'effet rétroactif» cf p. 40 ; voir. LOSANO, *La legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto informazione*, 1993, p. 867 et sv.

<sup>6</sup> En doctrine, BUTTARELLI, op. cit., s'exprime dans le sens que «l'éventuelle révocation du consentement ne nécessite pas une cause justificative particulière, et n'a pas effect rétroactif» cf p. 39.

<sup>7</sup> Code *privacy*, article 7 alinéa 4 point a).



possibilité de refuser son consentement. Les occasions et les raisons qui rendent presque insignifiante l'obligation du consentement sont multiples : l'individu est de nos jours sans cesse sollicité pour fournir ses données à caractère personnel et pour autoriser le traitement de ces données s'il veut profiter et utiliser des services publics ou privés. Pour citer quelques exemples, c'est le cas lors d'un achat d'un billet d'avion, ou lors de la souscription d'un abonnement aux services de télécommunications ou d'électricité, au risque de se voir refuser l'accès à ce service en cas de refus du consentement. Le consentement se présente alors sans doute comme insuffisant pour protéger les données à caractère personnel. Néanmoins, le consentement permet dans des cas précis une protection accrue comme pour les données sensibles.

### **b L'obligation du consentement pour le traitement des données sensibles**

Une attention particulière est consacrée aux « données sensibles » : le traitement de ces données nécessite d'être particulièrement protégé. La collecte de ces données en particulier sur l'opinion publique opérée par des sujets publics est dangereuse. La Convention n° 108 de 1981 du Conseil de l'Europe, la Directive 95/46/CE ainsi que l'ensemble des textes législatifs relatifs à la protection des données à caractère personnel prévoient des mesures de protection renforcée pour ce type de données. Les textes les plus récents se caractérisent par une définition plus large de « données sensibles » et leur champ d'application s'étend aussi au traitement non automatisé, alors que la Convention n° 108 se limite au traitement automatisé des données à caractère personnel.

L'article 6 de la Convention n° 108 est intitulé « Catégorie spéciale de données ». La Convention y affirme le principe selon lequel les traitements automatisés des données à caractère personnel qui « relèvent l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions » sont interdits. Il en va de même pour les données relatives à la « (...) santé ou à la vie sexuelle et à la condamnation pénale ». Au niveau de la législation communautaire, la définition de la Directive 95/46/CE est plus précise : « Les États membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle »<sup>1</sup>. La définition du Code de « données sensibles » ajoute à celle de la Directive les données

---

<sup>1</sup> Article 8 alinéa 1 de la Directive 95/46/CE.

relatives à « l'adhésion aux partis politiques, associations ou organisations à caractère religieux, politique ou syndical » (article 4), les données génétiques<sup>1</sup>.

L'interdiction du traitement des données sensibles affirmée par la Directive n'est pas absolue, et est accompagnée par un ensemble de dérogations qui font que le traitement des données sensibles est autorisé sous réserve de garanties appropriées. Le traitement est autorisé soit lorsque la personne concernée a donné son consentement<sup>2</sup>, soit lorsque « le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou si le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice »<sup>3</sup>.

Des restrictions à l'interdiction sont également prévues lorsque le traitement des données est nécessaire aux fins de la médecine préventive, ou pour des motifs d'intérêt public importants. La Directive affirme que les États membres peuvent prévoir, pour un motif d'intérêt public important, des dérogations autres que celles prévues par la Directive, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle.<sup>4</sup> Le législateur italien, lui, a choisi de ne pas « *interdire* » le traitement des données sensibles, mais affirme que le traitement des données sensible est autorisé sous certaines conditions<sup>5</sup>. Les traitements des données sensibles et les interconnexions sont soumis à autorisation, mais le titulaire du pouvoir d'autorisation diffère selon que le traitement est effectué dans le secteur public ou privé.

Dans le secteur public en effet, l'autorisation dépend de la loi ou du décret — loi<sup>6</sup> ; dans le secteur privé, l'autorisation est accordée par le *Garante* en plus du consentement de la personne concernée<sup>7</sup>. Ainsi, il faut distinguer le traitement des données effectué par les sujets privés (b-1) du traitement des données sensibles effectué par les sujets publics (b-2).

---

<sup>1</sup> Selon l'article 90, le traitement des données génétiques opéré par quiconque est autorisé dans les seuls cas prévus par une autorisation expresse délivrée par le *Garante*.

<sup>2</sup> Art 8 alinéa 2 Directive 95/46/CE.

<sup>3</sup> Article 8 alinéa 2 points a à e.

<sup>4</sup> Article. 8 alinéa 4 Directives 95/46/CE.

<sup>5</sup> ZENO-ZENOCOVICH, *La tutela dei dati personali: Commentario alla l. 675/1996*, a cura de GIANNANTONIO, LOSANO e ZENO-ZENCOVICH, Padova, 1997, p.201.

<sup>6</sup> Le traitement « n'est admis que s'il est autorisé par une expresse disposition de loi spécifiant les données pouvant être traitées(..)»

<sup>7</sup> Article 26 alinéa 1 « Les données sensibles ne peuvent faire l'objet d'un traitement qu'avec le consentement écrit de la personne concernée et après autorisation du *Garante* (...)».

### **b-1 Le traitement des données sensibles par les sujets privés**

Les traitements des données sensibles opérés par des sujets privés sont soumis à l'autorisation accordée par l'autorité de contrôle ainsi qu'à l'obligation de demander le consentement de la personne intéressée. L'intéressé doit donner son consentement écrit et le titulaire doit demander l'autorisation après celle, de l'autorité de contrôle « le *Garante*»<sup>1</sup>. Alors que l'autorisation du *Garante* est toujours obligatoire, il existe des exceptions relatives à l'obligation de demander le consentement de la personne concernée.<sup>2</sup> Le Code prévoit que les traitements des données sensibles opérés par une fondation, une association à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale sont autorisés sans le consentement de l'intéressé, à condition que le *Garante* ait donné son autorisation préalable, que les données soient traitées uniquement à l'intérieur des organismes ou établissements, et qu'elles ne soient pas communiquées ou diffusées à l'extérieur des dits organismes. Ces traitements doivent prévoir des garanties adéquates parmi lesquelles celle de garantir plus de transparence en portant à la connaissance de leurs membres les modalités et la finalité de l'utilisation des données<sup>3</sup>.

La situation concernant le traitement des données sensibles opéré par des organismes publics autres qu'à caractère économique est plus délicate.

### **b-2 le traitement des données sensibles opéré par des organismes publics autres qu'à caractère économique**

La dangerosité de la collecte de ces données - en particulier sur l'opinion publique - opérée par des sujets publics est telle que le Code<sup>4</sup> prévoit que le traitement des données sensibles de la part des organismes publics n'est admis que s'il est autorisé par une disposition législative spécifiant *les données* qui peuvent être traitées, les *opérations* qui peuvent être opérées et les *motifs* d'intérêts publics importants qui sont poursuivis<sup>1</sup>. À défaut de la loi, et hors des cas prévus par les décrets législatifs de modification et d'intégration de la

---

<sup>1</sup> Article 23 alinéa 4 « consentement ».

<sup>2</sup> Conformément à la Directive 95/46/CE, article 8 alinéa 2 point d.

<sup>3</sup> Article 26 alinéa 4 points a; b; c.

<sup>4</sup> Article 20 alinéa 1.

loi n° 676 du 31 décembre 1996, les organismes publics peuvent demander au *Garante*, dans l'attente d'une disposition de loi, d'indiquer les activités, parmi celles qui leur sont conférées par la loi, qui poursuivent des finalités d'intérêt public et pour lesquelles, conformément à l'alinéa 2 de l'article 22, le traitement des données sensibles visées à l'alinéa 1 est par conséquent autorisé.<sup>2</sup> Mais la loi a prévu pour l'administration italienne une période de transition de deux ans à partir de 1997 pendant laquelle l'administration a pu continuer d'utiliser les données sensibles sans une autorisation émanant de la loi ou du décret — loi (art 41, alinéa 5, loi n° 675/96)<sup>3</sup>. C'est seulement en 1999 que le décret législatif n° 135 du 11 mai 1999 a fixé les modalités de traitement des données sensibles et les mesures d'information pour les intéressés concernant le secteur public<sup>4</sup>.

Au contraire, le décret ne se prononce pas sur la nécessité de l'autorisation préalable de l'autorité de contrôle ni sur la nécessité du consentement de l'intéressé pour le traitement des données sensibles de la part des organismes publics. Selon l'orientation interprétative qui prévaut, le fait d'avoir attribué à un acte législatif parlementaire le devoir de prévoir les garanties adéquates dans le cas de traitement de données sensibles de la part de sujets publics comporterait la prédisposition d'un système de garantie. Par conséquent, la nécessité de demander l'autorisation du *Garante* et le consentement de l'intéressé serait superflue<sup>5</sup>.

L'obligation d'informer l'intéressé contraint les organismes publics à indiquer la disposition de loi qui prévoit les obligations et les activités sur la base desquelles le traitement des données sensibles est effectué<sup>1</sup>. La disposition du *Garante* du 7 janvier 2002 a critiqué l'attitude des certaines administrations publiques qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour garantir la protection des données sensibles à la suite de l'entrée en vigueur du décret

---

<sup>1</sup> Sur la dangerosité de la collecte de ces données voir : ENZA PELLECCCHIA, «Tutela della privacy», articolo 22 «Dati sensibili», in *Le nuove leggi commentate*, 1999, CEDAM p. 532-560, et ALPA, *Il «diritto dei computer»*, in *Le banche dati in Italia*, a cura di Zno-Zenocovich, Napoli, 1985, p. 22.

<sup>2</sup> Le *Garante* est intervenu par exemple pour remédier aux vides laissés par le législateur avec l'autorisation n° 2/1998 autorisant le traitement des données génétiques seulement après le consentement écrit de l'intéressé «limité aux informations et aux opérations indispensables pour la protection de l'intégrité physique et de la santé».

<sup>3</sup> Article 41 alinéa 5: «Au cours des vingt-quatre mois qui suivent l'entrée en vigueur de la présente loi, les traitements des données visées à l'article 22, alinéa 3, et à l'article 24, opérés par des organismes publics (...), peuvent être continués y compris à défaut des dispositions de loi ci-mentionnées, après communication au *Garante*».

<sup>4</sup> C'est désormais sur la base du décret n° 135 que les données sensibles peuvent être traitées pour les activités de contrôle et d'enquête, pour les activités statistiques, la gestion des rapports de travail, les activités concernant la gestion en matière de citoyenneté, d'immigration, d'asile, de la condition de l'étranger, de réfugié, les activités qui ont pour finalité l'application de la discipline relative à l'exercice des droits politiques. Décret législatif n° 135 du 11 mai 1999.

<sup>5</sup> BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 378, note 13.

législatif n° 135/1999. Le *Garante* a pu constater que les rares mesures prises ou l'ont été en violation de la loi<sup>2</sup> ou étaient insuffisantes par rapport aux exigences de garantie nécessaires<sup>3</sup>. À partir de différentes sources d'information (recours, signalisations demandes d'avis), le *Garante* a pu constater que certains sujets publics ont privilégié les aspects purement formels de la protection des personnes intéressées, négligeant au contraire les profils substantiels de la garantie. Les sujets publics utilisent donc les données sensibles sans les garanties appropriées, en privant les intéressés de la possibilité de connaître l'utilisation effective des données qui les concernent<sup>4</sup>. Suite à la décision du *Garante*, les autorités publiques ont pris les mesures nécessaires pour se conformer aux obligations du décret législatif 135/1999.

Par conséquent, pour les organismes publics, les traitements (la communication, la diffusion et l'utilisation des données à caractère personnel) ne sont admis que s'ils sont prévus par des dispositions législatives ou réglementaires ou s'ils s'avèrent nécessaires en vue de l'accomplissement de fonctions régaliennes. Dans ces cas, la disposition de loi qui autorise le traitement remplace la fonction du consentement<sup>5</sup>.

## **B Traitements opérés par des organismes publics (à caractère non économique)**

Les traitements opérés par les organismes publics, à l'exclusion des établissements publics à caractère économique, posent un problème particulier, vu la quantité et la qualité des données traitées, et vu surtout que les sujets qui effectuent le traitement peuvent se trouver dans une situation de dépendance par rapport au pouvoir politique. Dans cette perspective, l'utilisation impropre des données de la part des organismes publics, avec une utilisation des données pour des fins autres que celles autorisées par la loi, ou l'échange des données avec un autre organisme public sans un contrôle préalable et adéquat, peut constituer une menace pour la protection de la confidentialité de la personne concernée, mais aussi pour

---

<sup>1</sup> Article 22 alinéa 2 du Code.

<sup>2</sup> Voir par exemple le D.M. du 30 mai 2000 sur les données sensibles traitées par le ministère du commerce avec l'étranger, promulgué sans la consultation préalable du *Garante*.

<sup>3</sup> Voir par exemple la note du *Garante* du 23 mai 2000 dans le bulletin du *Garante* n) 13 pp. 21-26.

<sup>4</sup> Provvedimento *Garante Privacy* du 7 janvier 2002, « Trattamento dati sensibili da parte della P.A. »; [www.privacy.it](http://www.privacy.it).

<sup>5</sup> L'article 18 alinéa 4 affirme que les sujets publics ne doivent pas demander le consentement de l'intéressé sauf pour les professions sanitaires et les organismes sanitaires publics.

le bon fonctionnement des institutions démocratiques<sup>1</sup>. On pense notamment par exemple à un traitement des données à caractère personnel opéré par l'autorité publique afin d'influencer le vote probable du citoyen<sup>2</sup>. Le traitement de données à caractère personnel opéré par les organismes publics ne peut donc être admis que pour l'accomplissement de fonctions régaliennes.

Ainsi, le Code consacre deux principes qui sont à la base des traitements opérés par les organismes publics, qui sont le principe de la finalité et le principe de la fonctionnalité. Ces dispositions trouvent un précédent dans l'expérience législative étrangère et internationale. Il apparaît donc intéressant d'analyser les dispositions normatives de la loi italienne avec les dispositions normatives à caractère international, communautaire et national relatives au traitement des données à caractère personnel opéré par les organismes publics (1) avant d'examiner le principe de finalité (2) et le principe de fonctionnalité (3).

## **1 L'influence internationale sur les principes de finalité et de fonctionnalité**

Le point de départ doit nécessairement être l'article 8 la ConvEDH. L'article prévoit en effet expressément (alinéa 2) qu'« il ne peut y avoir ingérence d'une autorité dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui». Ces principes ont été intégralement repris et transposés par la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe<sup>3</sup>. Néanmoins, la Convention ne prévoit aucun régime particulier par rapport à l'élaboration des données à caractère personnel de la part des autorités publiques.

---

<sup>1</sup> Voir PERINI, «Il diritto di accesso e la tutela della riservatezza nelle amministrazioni locali», in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1997; fasc. 12 pt. 1 p. 1147-1163 ( p. 1155). « l'évolution de l'État social a augmenté le nombre d'informations aux mains des autorités publiques: l'administration a fini par considérer la communication des données à caractère personnel de la part des privés comme une obligation pour la prestation primaire (être soigné, assistance, rétribution, ..) sans aucune attention aux limites concernant la gestion de ces données (...). Dans notre système juridique comme dans les autres, la protection de la vie privée est directement liée à l'exigence de renforcer la démocratie des institutions et de garantir au citoyen un accès facile aux informations».

<sup>2</sup> Voir dans ce sens ALPA; Il«diritto dei computers», in *Le banche dati in Italia* , a cura di Zeno-Zencovich, Napoli 1985,p. 22, qui souligne les risques liés à la récolte des données - en particulier sur les opinions politiques – opérée par des sujets publics.

<sup>3</sup> La Convention n°108 de 1981 par son article 3 alinéa 1 indique que la Convention peut être appliquée au secteur public ainsi qu'au secteur privé.

La Directive communautaire 95/46/CE prévoit, elle, un régime unitaire pour le traitement des données à caractère personnel sans tenir compte de la nature publique ou privée du sujet qui procède au traitement, avec les seules exceptions expressément établies par la Directive. L'exception principale est celle qui permet aux États membres d'exclure l'application des dispositions de la Directive aux traitements dans le domaine public et à certains traitements nécessaires pour sauvegarder des intérêts particuliers, comme les activités liées à la sûreté de l'État, à la défense de l'État ou les activités de l'État en matière pénale (article 13). Par ailleurs, la Directive affirme que « Sous réserve de garanties appropriées, les États peuvent prévoir, pour un motif d'intérêt public important, des dérogations (...)»<sup>1</sup>, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle. Enfin, la Directive reconnaît que le traitement des données de la part des autorités publiques est mis en œuvre pour des motifs d'intérêt public importants<sup>2</sup>, qu'il « (...) est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis»<sup>3</sup> ainsi qu'« (...) à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées »<sup>4</sup>.

La loi française dite informatique et liberté<sup>5</sup> va également dans ce sens puisqu'elle affirme : « Hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

L'expérience législative étrangère montre donc que, d'une façon générale, les traitements des données à caractère personnel sont interdits par les autorités publiques sauf si une loi ou un acte réglementaire en définissent avec précision les conditions qui rendent alors légitime le traitement des données à caractère personnel par les sujets publics. Par conséquent, il est nécessaire de trouver un équilibre entre ces exigences de protection contradictoires, étant donné qu'il ne faut pas uniquement sauvegarder l'intérêt à protéger la confidentialité des personnes intéressées, mais aussi l'intérêt constitutionnellement protégé du bon fonctionnement de l'action administrative<sup>6</sup>.

---

1 Directive 95/46/CE, article 8 alinéa 4.

2 Considérant 35 de la Directive 95/46/CE.

3 Directive 95/46/CE, article 7, lett. c.

4 Directive 95/46/CE, article 7, lett. e.

5 Loi française du 6 janvier 1978, n° 78-17, article 15.

6 Art 97, alinéa 1 de la Constitution.

## **2 Le principe de finalité comme limite au traitement des données à caractère personnel opéré par les organismes publics**

Le Code<sup>1</sup> pose des limites au traitement des données à caractère personnel opéré par les organismes publics, en définissant les conditions qui rendent légitimes ces traitements. Ces limites ont la fonction correspondante à celles qui sont imposées aux traitements opérés par les privés et aux organismes publics à caractère économique<sup>2</sup>. Dans le domaine des traitements privés, le consentement de l'intéressé est une condition préalable pour pouvoir opérer le traitement des données à caractère personnel. Pour les organismes publics, le principe du consentement est remplacé par le « principe de finalité » qui autorise les traitements dans la mesure où les traitements de données à caractère personnel opérés par des organismes publics ne sont admis que pour l'accomplissement de fonctions institutionnelles, dans les limites établies par la loi et les règlements<sup>3</sup>. Le principe de finalité se caractérise par une limite subjective (a.) et par une limite objective (b.).

### **a Le champ d'application subjectif du principe de finalité**

Concernant le champ d'application subjectif du principe de la finalité (article 18), il est expressément limité aux traitements opérés par « les organismes publics en excluant les organismes à caractère économique ». Cette notion d'organisme public permet une interprétation extensive, en incluant aussi les sujets privés auxquels est attribué l'exercice d'un pouvoir public, comme c'est le cas des établissements privés ou des entités qui exercent des fonctions de service public. L'interprétation donnée par le juge administratif va dans le même sens, puisqu'il qualifie ces sujets, quand ils opèrent dans cette fonction, comme des organes indirects de l'administration publique<sup>4</sup>.

Cette interprétation extensive trouve sa confirmation dans la recommandation du Conseil de l'Europe relative à la communication à des tiers des données à caractère personnel

---

<sup>1</sup> Article 18.

<sup>2</sup> Voir article 23.

<sup>3</sup> BUTTARELLI, *Banche dati op cit.* p432. parle de principe de finalité de l'art 27 .

<sup>4</sup> Paolo TROIANO , «art 27 Trattamento da parte di soggettivi» pubblici in Tutela della privacy l. 31 dicembre 1996, n. 675 Le Nuove leggi civili commentate, a cura di Giorgio Cian, Alberto Maffei Alberti, Piero Schlesinger, CEDAM p. 628-642; p. 631.



détenues par les organismes publics<sup>1</sup>. Selon cette recommandation, il faut entendre par organisme public « toute administration, institution, établissement ou autre entité qui exerce des fonctions de service public ou d'intérêt public au moyen de privilèges de puissance publique ». Dans le cas où la gestion d'une banque de données publiques peut être confiée à un sujet privé, qui ainsi exerce un service public, la discipline de l'article 18 du Code doit s'appliquer, étant donné que c'est bien l'administration publique qui finalement reste le titulaire du traitement.

### **b Le champ d'application objectif du principe de finalité**

Le champ d'application objectif du principe de finalité (article 18) se limite au traitement des données à caractère personnel « commun » opéré par les organismes publics, étant donné que le traitement des données « sensibles » est réglementé de façon particulière par le Code<sup>2</sup>. Par ailleurs, le principe de finalité ne s'applique pas à certains traitements particuliers des autorités publiques qui sont réglementés par des dispositions spécifiques. C'est le cas pour les traitements opérés pour des raisons de justice (art. 47), par le Centre d'élaboration des données (article 53), par les organismes visés par la loi du 24 octobre 1977 n°801<sup>3</sup> qui sont couverts par le secret d'État (article 58) et en général par tous les organismes publics qui effectuent des traitements aux fins de défense ou de sûreté de l'État.

### **3 Le principe de fonctionnalité comme limite aux traitements des données à caractère personnel**

La condition préalable qui légitime le traitement des données de la part des organismes publics (à caractère non économique)<sup>4</sup>, est la nécessité du traitement « pour la réalisation des fonctions institutionnelles » de l'organisme public. Le législateur italien a voulu limiter la nécessité d'une autorisation législative expresse uniquement pour les traitements des données à caractère personnel définies comme « sensibles » de la part des organismes publics non économiques<sup>5</sup>, donc là où l'exigence de protection de l'intéressé est la plus importante. En

---

1 Recommandation du Conseil de l'Europe R (91) 10 du 9 septembre 1991 relative à la communication à des tiers des données à caractère personnel détenues par les organismes publics.

2 Articles 20 et 26.

3 Loi n° 801 du 24 octobre 1977, articles 4 et 6.

4 Article 18, alinéa 2.

5 Articles 22 à 26 du Code.

dehors de ces cas particuliers, concernant les organismes publics, l'accomplissement de fonctions institutionnelles constitue l'unique et indispensable préalable qui légitime le traitement des données à caractère personnel. Quand le traitement correspond à une nécessité institutionnelle du sujet public, celui-ci est admis<sup>1</sup> même en absence d'une autorisation législative ou réglementaire, à moins que l'administration ait l'intention de communiquer ou de diffuser les données à d'autres sujets<sup>2</sup>. Le « principe fonctionnel » remplace en effet la nécessité du consentement dans le cas du traitement des données par des sujets privés ou publics à caractère économique. Par conséquent, le consentement de l'intéressé est insignifiant dans le cas du traitement par des sujets publics non économiques ; et donc, si le traitement n'est pas nécessaire pour l'accomplissement d'une fonction institutionnelle, celui-ci est illégitime même si l'intéressé a donné son consentement. Concernant la fonction institutionnelle, celle-ci doit certainement être vue dans une perspective très large qui comprend l'ensemble des activités qui peuvent être institutionnellement attribuées aux organismes publics. On peut rappeler aussi, en faveur d'une interprétation extensive, la définition donnée par la Directive 95/46/CE<sup>3</sup> qui légitime le traitement des données à caractère personnel s'il est nécessaire à « l'exécution d'une mission d'intérêt public »<sup>4</sup>.

Pour valoriser la fonction de protection des intéressés, il apparaît nécessaire de définir l'organisme public. L'État italien dans son ensemble doit être qualifié comme personne juridique, mais il est difficile de le considérer comme un seul « sujet public » au sens de l'article 18 du Code. Le sujet auquel se réfère le Code se caractérise comme une entité administrative dotée de fonctions régaliennes spécifiques et individuables. Cette définition apparaît comme difficilement applicable à l'État-administration vu comme une structure unitaire. Il semble plutôt préférable de le qualifier comme l'ensemble des « organismes publics » composé des différents ministères ou organismes, en tant que structure administrative dotée d'attributions spécifiques déterminées par la loi<sup>5</sup>. En effet, la Constitution<sup>1</sup> affirme que « La loi fixe l'organisation de la Présidence du Conseil et détermine le nombre, les attributions et l'organisation des ministères. » Par conséquent, afin de pouvoir

---

1 Au sens de l'alinéa 2 de l'article 18.

2 Selon BUTTARELLI, *Banche dati*, op cit. p. 434, n° 237, l'article 18 a une fonction utile parce qu'il limite la sphère de discrétionnalité de l'administration. dans le cas où la loi ou le règlement obligent l'administration publique à collecter des données; l'article en question a aussi une fonction importante, vu qu'il circonscrit le champ, la modalité et les buts dans lesquels le traitement des données peut être autorisé.

3 Article 7.

4 Article 7, lett. e.

5 C.AMATO, «Trattamenti soggetti a regime speciale», in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy*( 1. 31 dicembre 1996, n° 675), p628-662 ( 634)

vérifier si le traitement des données entre dans le champ des « fonctions institutionnelles » du sujet public, il ne faut pas se limiter au champ de compétence du sujet qui effectue le traitement, mais au champ de compétence de l'organisme ou du ministère auquel le sujet appartient.

Les droits de l'intéressé garantis par le Code confèrent à l'intéressé le « pouvoir » de contrôler à tout moment, dès le début de la collecte, le traitement et l'utilisation des informations personnelles. Certains de ces droits ont une fonction préventive, préliminaire pour empêcher une violation ou un danger de violation de la loi. C'est le cas du droit d'accès (art 7). D'autres au contraire posent comme condition l'existence d'une violation de la loi, donc d'un traitement *contra legem* des données à caractère personnel. Ces droits ont comme fonction de garantir un pouvoir de contrôle de la personne concernée.

## §2 Le « pouvoir » de contrôle de la personne intéressée

La personne intéressée se voit ainsi attribuer des moyens importants de protection permettant de demander des mesures pour satisfaire ses intérêts. Parmi ces moyens se trouvent le droit de s'opposer aux traitements même s'ils sont conformes aux finalités de la collecte<sup>2</sup>, ainsi que le droit à l'effacement, à la transformation sous une forme anonyme ou au verrouillage des données traitées en violation de la loi, ainsi qu'à la mise à jour, à la rectification ou à l'intégration des données (article 7 alinéa 3 point a) et b)<sup>3</sup>. L'intéressé a le droit d'obtenir l'attestation que les opérations ci-dessus ont été portées à la connaissance des personnes auxquelles les données ont été communiquées ou diffusées, sauf si cet accomplissement s'avère impossible ou implique un emploi de moyen manifestement disproportionné par rapport au droit protégé<sup>4</sup>.

La personne concernée peut d'ailleurs toujours s'opposer au traitement quand celui-ci est prévu à des fins d'information commerciale ou d'envoi de matériel publicitaire, (comme aussi pour des fins) de recherche de marché<sup>5</sup> L'ensemble des droits reconnus à l'intéressé par rapport au responsable et au titulaire du traitement s'exerce sans aucune formalité spécifique,

---

1 Article 95.

2 Article 7 alinéa 4 point a.

3 Sauf si ces accomplissements s'avèrent impossibles ou impliquent un emploi de moyens manifestement disproportionné par rapport au droit protégé ( voir article 7 alinéa 3 point c).

4 Code *privacy*, art 7 alinéa 3 point c.

5 Code *privacy* art 7 alinéa 4 point b.

étant donné que la seule demande, par courrier électronique, par fax ou par recommandé est suffisante<sup>1</sup> ; la requête est renouvelable après un délai de 90 jours, à condition qu'il existe des raisons justifiées.

L'analyse des droits garantis par le Code permet de constater qu'il garantit, de nouveaux droits à l'intéressé et permet une protection renforcée de l'individu par rapport au système de protection prévu par la Directive 95/46/CE<sup>2</sup>. Au centre des droits de la personne concernée se trouve le droit d'accès à l'information (A). C'est le droit fondamental reconnu comme essentiel par l'ensemble des textes législatifs existant en matière de protection des données à caractère personnel, qui permet à la personne concernée d'accéder aux données qui la concernent et donc d'être informée sur toute information la concernant directement et qui est ou peut être utilisée à des fins privées ou publiques. Néanmoins, le Code prévoit des limites au droit d'accès à l'information (B). Enfin, les droits de protection permettent à la personne intéressée de s'opposer à ce que des données fassent l'objet d'un traitement (C).

### **A Le droit d'accès aux données à caractère personnel de la personne intéressée**

Selon le Code, l'intéressé a le droit de connaître l'origine, la logique et les finalités qui sous-tendent le traitement<sup>3</sup>. C'est grâce au « droit d'accès » que la personne concernée est informée de l'utilisation des données la concernant et c'est ce droit d'accès qui permet de contrôler l'exactitude et la conformité à la loi des données à caractère personnel. Ce droit est aussi le premier droit de l'intéressé affirmé par le Code selon lequel « L'intéressé a le droit d'obtenir la confirmation de l'existence ou non de données à caractère personnel la concernant, également lorsqu'elles n'ont pas encore été enregistrées, ainsi que la communication sous une forme intelligible de ces données »<sup>4</sup>. Le fait d'avoir mis comme premier droit de la personne concernée le droit d'accès démontre sa fonction principale. Afin de garantir l'effectivité des droits prévus par l'article 7, le titulaire et le responsable du traitement sont tenus d'adopter des mesures qui permettent un accès facile aux données à

---

<sup>1</sup> Code *privacy* art 9 alinéa 1.

<sup>2</sup> En effet, on constate des «droits»non prévus par la directive, comme celui de transformation dans une forme anonyme des données, la mise à jour des données et l'intégration. L'article 9 alinéa 3 du Code est innovant par rapport à la directive et aux lois étrangères: il prévoit en effet la succession des droits garantis par l'article 7 ( droit d'accès) d'une personne décédée, à la personne qui peut démontrer un intérêt propre, ou qui agit pour protéger l'intéressé ou pour des raisons familiales dignes d'être protégées.

<sup>3</sup> Art. 7 alinéa 2 points a; b; c.

<sup>4</sup> Article 7 alinéa 1.

caractère personnel de la personne concernée<sup>1</sup>. À travers l'accès, la personne concernée peut connaître la finalité du traitement. Le responsable et le titulaire sont obligés, sur demande de la personne concernée, de confirmer l'existence ou non des données à caractère personnel qui le concernent et de communiquer ces données, leur origine, ainsi que la logique et les finalités qui sous-tendent le traitement<sup>2</sup>. Ces droits permettent à l'intéressé de vérifier si les données correspondent à la réalité, de vérifier si elles sont licites et si le traitement des données a été correctement opéré dans le respect de la loi.

Il est essentiel, pour comprendre la portée de ce droit d'accès, d'examiner les conditions et les modalités pour exercer le droit (1), puis le contenu du droit d'accès aux données à caractère personnel (2).

### **1 Les conditions et les modalités pour l'exercice du droit d'accès aux données à caractère personnel**

Le droit d'accès peut être exercé indépendamment d'une atteinte à la personnalité ou d'un comportement illicite du responsable ou du titulaire du traitement. Le demandeur d'accès a ses propres données à caractère personnel qui sont formulées auprès du titulaire ou du responsable du traitement, même oralement. L'accès à l'information prend alors réellement la place de moyen de contrôle qui garantit l'exercice du droit à « l'autodétermination informationnelle » précité<sup>3</sup>. Pour exercer le droit d'accès à ses données personnelles, l'intéressé doit uniquement démontrer son identité et présenter une demande au responsable ou au titulaire. La personne concernée peut, dans l'exercice des droits visés à l'article 7, conférer par écrit un mandat ou une procuration à des personnes physiques ou à des associations, ces dernières devant présenter une copie de la procuration ou du mandat avec la signature de la personne concernée et une photocopie d'un document d'identification de l'intéressé<sup>4</sup>. Il n'est demandé aucune autre formalité : il n'est donc pas nécessaire de démontrer ou de justifier un intérêt particulier ni de motiver sa demande. La seule limite prévue est que la requête peut être renouvelée uniquement après un délai d'au moins 90 jours,

---

<sup>1</sup> Code *privacy*, article 10 alinéa 1.

<sup>2</sup> Code *privacy*, article 7 alinéa 2 points a; b; c.

<sup>3</sup> PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondement, étendue, limites in PEDRAZZINI, WALTER, STEINAUER, PAGE, PIOTET, WIDMER, COTTIER, La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Berlin 1994.

<sup>4</sup> Article 9 alinéas 3 et 4.

à condition qu'il existe des raisons justifiées.<sup>1</sup> Le Code prévoit qu'il peut être demandé à la personne concernée une contribution aux dépenses, mais qui ne doit pas dépasser les frais effectivement encourus<sup>2</sup>.

## 2 Le contenu du droit d'accès aux données à caractère personnel

Les informations que le Code<sup>3</sup> garantit à l'intéressé sont, conformément aux prescriptions de la Directive 95/46/CE, la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées même si elles ne sont pas encore enregistrées, et leur communication sous une forme intelligible : il est donc possible de connaître exactement leur contenu. L'intéressé a le droit d'obtenir toute information disponible sur l'origine des données, sur leur finalité et la modalité du traitement, sur le nom et l'adresse du titulaire et du responsable du traitement, ainsi que sur les éventuels destinataires, utilisateurs ou catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées<sup>4</sup>.

En revanche, la loi italienne n° 675/96 permettait uniquement d'obtenir les informations relatives au titulaire et au responsable du traitement et leur finalité à travers la consultation du registre du *Garante*<sup>5</sup>. L'obligation de communiquer à l'intéressé les informations relatives au destinataire ou aux catégories de destinataires auxquels les données étaient communiquées était au contraire totalement absente. Cette disposition n'était pas conforme à la Directive qui en revanche, affirme qu'« en ce qui concerne les traitements non soumis à notification, les États membres prévoient que le responsable du traitement ou une autre instance qu'ils désignent communique sous une forme appropriée à toute personne qui en fait la demande au moins les informations visées à l'article 19 alinéa 1 points a) à e) qui sont relatives au nom et l'adresse du responsable du traitement et le cas échéant de son représentant »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 9 alinéa 5.

<sup>2</sup> Article 10 alinéa 7.

<sup>3</sup> Code *privacy* article 7 alinéa 1.

<sup>4</sup> Article 19 §1point a). et article 12 point a) de la Directive 95/46/CE. La loi 675/96 au contraire n'était pas conforme aux prescriptions de ces deux articles, étant donné qu'elle ne garantissait pas l'indication relative aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquelles les données sont communiquées. Le Code s'est conformé aux obligations de la directive avec l'article 7alinéa 2 point e).

<sup>5</sup> Loi n°675/96, art 13 alinéa 1 lett.

<sup>6</sup> Ces informations concernent : le nom, l'adresse du responsable du traitement, le cas échéant de son représentant, les finalités du traitement, une description de la ou des catégories de personnes concernées et des données ou des catégories de données s'y rapportant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels

Or, ces droits et principalement le droit d'accès (art. 7) se trouvent limités par l'article suivant du Code relatif à « l'exercice des droits » (art. 8). D'ailleurs, l'interprétation de l'article 7 ne peut pas faire abstraction de l'article 8, étant donné qu'il est irrémédiablement conditionné par ce dernier qui limite le droit d'accès. La lecture du droit d'accès doit être une lecture combinée des deux articles, donc d'une part le droit d'accès, d'autre part les limites au droit d'accès.

## **B Les limites au droit d'accès à l'information**

La limitation des droits de l'intéressé trouve un précédent dans la Convention n° 108 de Strasbourg du 28 janvier 1981 ainsi que dans la Directive 95/46/CE. L'article 9 de la Convention n° 108 en particulier prévoit explicitement la possibilité de déroger aux dispositions de protection relatives à la qualité des données (article 5), à la disposition relative à la protection des données sensibles (article 6) ainsi qu'aux dispositions relatives aux garanties ultérieures accordées à la personne concernée par le traitement des données (article 8). Au niveau communautaire, les prescriptions de la Directive 95/46/CE contiennent plusieurs articles et considérants qui prévoient la possibilité de limiter les droits de la personne concernée. Le législateur communautaire a précisé dans son deuxième considérant que les traitements de données à caractère personnel doivent, d'une part, « respecter » les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et, d'autre part, « contribuer » au progrès économique et social, au développement des échanges ainsi qu'au bien-être des individus. De plus, « pour être licite, un traitement de données à caractère personnel doit en outre être fondé sur le consentement de la personne concernée ou être nécessaire (...) au respect d'une obligation légale, ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, ou encore à la réalisation d'un intérêt légitime d'une personne à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés de la personne concernée (...)»<sup>1</sup>. L'existence des intérêts publics, l'exercice de l'autorité publique ou encore une obligation légale peuvent donc être opposés aux intérêts de l'intéressé. Ainsi, il existe une

---

les données sont susceptibles d'être communiquées et les transferts de données envisagés à destination de pays tiers.

<sup>1</sup> Directive 95/46/CE, considérant XXX.

situation caractérisée par l'opposition entre l'intérêt public<sup>1</sup> et l'intérêt privé justifiant la restriction de la diffusion. Le Code<sup>2</sup> considère qu'il existe des situations particulières justifiant que l'intéressé ne dispose plus des droits (article 7) garantis par le Code (1). Enfin, le Code prévoit que dans des secteurs spécifiques touchant la sécurité et la défense nationale, les droits de l'intéressé peuvent être limités (2).

### **1 La limitation des droits garantis à l'intéressé suite à des situations particulières**

Le Code, à la différence de la Directive, ne pose pas le principe de la nécessité de concilier les différents intérêts opposés (intérêts de la personne concernée et intérêts publics)<sup>3</sup>. Par ailleurs, c'est uniquement dans le cas des données sensibles que le législateur italien a explicitement rappelé la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts opposés comme condition nécessaire aux traitements des données<sup>4</sup>. En effet, le Code précise que les données à caractère personnel aptes à révéler l'état de santé peuvent faire l'objet d'un traitement après autorisation du *Garante* lorsque le traitement s'avère nécessaire afin d'exercer ou de défendre un droit en justice d'un niveau équivalent à celui de la personne concernée.

Au contraire, selon le Code<sup>5</sup>, l'intéressé n'a plus le droit d'obtenir de la part du titulaire ou du responsable du traitement la confirmation de l'existence, de l'origine, de la logique de la finalité et du contenu d'éventuels traitements de données personnels qui le concerne. Il n'a plus le droit non plus d'obtenir l'effacement, la transformation sous une forme anonyme ou le verrouillage des données traitées en violation de la loi, la mise à jour ou la rectification, la possibilité de s'opposer en tout ou en partie, pour des raisons légitimes, bien qu'elles soient pertinentes aux finalités de la collecte, dans le cas où la loi prévoit explicitement l'impossibilité de l'exercice des droits garantis<sup>6</sup>. La norme en question se limite

---

<sup>1</sup> Favorable à la diffusion des données.

<sup>2</sup> Article 8 alinéa 2.

<sup>3</sup> Cette mesure concerne les traitements opérés entre autres par les organismes publics autres que les établissements publics à caractère économique, en application d'une disposition de loi spécifique, pour des finalités exclusives inhérentes à la politique financière et monétaire et pour les traitements opérés par les Commissions parlementaires d'enquêtes instituées au terme de l'article 82 de la Constitution. Les finalités de cet article sont donc sans doute la répression et la prévention des crimes.

<sup>4</sup> Concernant le traitement sensibles, voir Code *privacy* article 20 alinéa 3.

<sup>5</sup> Article 8.

<sup>6</sup> Article 8. L'exercice des droits garantis à l'intéressé est exclu si le traitement des données est effectué

a) sur la base du décret législatif du 3 mai 1991, n° 143 modifié par la loi du 5 juillet 1991, n° 197 et autre modification en matière de recyclage



donc uniquement à ne plus reconnaître, ce qui est indiqué par l'article 7<sup>1</sup>. Les droits de l'intéressé se trouvent réduits à la seule possibilité de faire intervenir l'autorité de contrôle, le *Garante*, qui se limite à effectuer des contrôles prévus par le Code pour obtenir selon les cas des modifications ou l'intégration de données traitées, mais il ne peut pas obtenir l'effacement. La personne intéressée sera alors informée que la vérification a été effectuée à moins qu'il existe des raisons de défense ou de sûreté de l'État qui l'interdisent.

La deuxième partie du Code, « disposition relative à des secteurs spécifiques », limite les droits de la personne concernée en soustrayant certains traitements de données à caractère personnel organisés par des organismes particuliers dans des secteurs particuliers aux obligations prévues par le Code.<sup>2</sup>

## **2 La limitation des droits de la personne concernée dans des secteurs spécifiques**

Ces exceptions prévues par le Code visent à limiter la portée des obligations et des droits prévus par l'article 7 du Code dans le cas des traitements touchant la sécurité de l'État et la défense.

Selon la Directive 95/46/CE, les États membres peuvent également exclure du champ d'application de la Directive les traitements ayant comme objet la sécurité publique, la défense et la sécurité de l'État. La Directive<sup>3</sup> permet aux États d'adopter des dispositions législatives qui limitent la portée des obligations et droits prévus par les dispositions de la Directive<sup>1</sup>. Le législateur italien aurait pu exclure complètement l'application de droits à certains traitements opérés dans le secteur public, mais il a opté au contraire pour une sauvegarde de la vie privée plus importante que ne le prescrivent les textes internationaux et

---

b) sur la base des dispositions du décret législatif du 31 décembre 1991, n° 419 et succ. Modif. En matière d'aide aux victimes d'extorsion

- A) de la part de commissions parlementaires d'enquête
- B) de la part de sujets publics autres que de caractère économique sur la base d'une disposition expresse de loi et ayant une finalité uniquement dans le domaine monétaire.
- C) au sens de l'article 24 alinéa 1 lett. F pour l'exercice des droits de défense
- D) effectué par des fournisseurs de services téléphoniques accessibles au public...
- E) pour des motifs de justice, auprès de tous les ordres juridiques, y compris le Conseil supérieur de la magistrature ou le ministère de la Justice
- F) au sens de l'article 53 de la loi du 1er avril 1981, n) 121.

<sup>1</sup> L. BELLANOVA, *Tutela della privacy*, «articolo 14», op. cit. p. 420-436.

<sup>2</sup> C'est pour des fins de défense, de sûreté de l'État, de répression, d'infraction, comme aussi pour des raisons concernant l'administration de la justice, dans le cadre des activités des instances judiciaires, et pour les traitements opérés par le centre d'élaboration des données que les droits de l'intéressé sont limités.

<sup>3</sup> Directive 95/46/CE, article 13.

communautaires. Le Code prévoit en effet que dans les domaines de la défense et de la sécurité de l'État, et pour les traitements opérés par les services de sécurité prévus par la loi 24 octobre 1977, n° 801<sup>2</sup>, les dispositions du Code s'appliquent, mais de façon limitée. Selon le Code<sup>3</sup>, les mesures minimum d'information prévues dans le cas où le traitement est opéré par les sujets publics pour des finalités de défense ou de sécurité d'État, sont la communication au *Garante* de l'intention de procéder à un traitement de données personnelles<sup>4</sup>, mais aussi le respect de la finalité et la nécessité du traitement ; l'objet et le champ d'application du traitement<sup>5</sup>, la conformité aux modalités de collecte et de qualités requises des données à caractère personnel (art 11), le respect des prescriptions en matière de sécurité des données (art 31), le respect des dispositions relatives aux dommages causés par le traitement des données personnelles, (art 15). Les pouvoirs de contrôle et de vérification du *Garante* (art. 154) restent donc en vigueur, ainsi que les possibilités de sanctions pour l'omission d'adaptation des mesures nécessaires à la sécurité des données (art. 163).

Au contraire, ne sont plus garantis pour les traitements particuliers dans le secteur public selon l'article 58 §1 du Code (ceux qui sont couverts par le secret d'État) tous les autres droits garantis par le Code parmi lesquels l'information de la personne intéressée. Ainsi, la personne concernée ne dispose donc plus du droit d'accès aux données et se trouve même dans l'impossibilité de connaître l'existence même du traitement, d'obtenir la communication des données existantes, l'intégration de ces données, leur effacement, leur transformation correction ou de s'opposer en partie ou en tout au traitement de ses données. Sont exclues de la même façon, pour en citer les plus importants, la notification auprès du *Garante* de la destination des données dans le cas de la cessation du traitement (art 16)<sup>6</sup>, l'information préalable de la personne concernée auprès de laquelle les données ont été récoltées (art 13), les limites et interdictions concernant le traitement des données sensibles prévues par l'article 20, des données concernant la santé (art 75-94), le casier judiciaire (art 51-52), les obligations relatives au traitement des données de la part des autorités publiques

---

1 Directive 95/46/CE, article 6 alinéa 1.

2 Loi 24 octobre 1977, n° 801, art. 3, 4, et 6.

3 Article 58 alinéa 1.

4 Articles 37 et 38.

5 Code, articles 1 à 6.

<sup>6</sup> Cette disposition ne trouve pas de précédent dans la Convention n° 108 ni dans la Directive 95/46/CE. Mais, même si ces textes ne prévoient spécifiquement l'hypothèse de «cessation du traitement des données», néanmoins la directive prévoit ( art 6. b.) et à son 28 ° considérant le principe de «finalité »que représente une des règles fondamentales en matière de traitement des données à caractère personnel. Selon cette finalité, les données sont collectées pour des finalités déterminées et ne peuvent être traitées ultérieurement de manière

(art 27), ainsi que les limites qui s'appliquent aux transferts des données à l'étranger (art 42-45), les pouvoirs d'instruction du *Garante* (art 157-159)<sup>1</sup>, et les sanctions pour les traitements illicites des données à caractère personnel (art 161-166).

Un constat s'impose : les limitations des droits de la personne concernée du Code<sup>2</sup> représentent une tentative d'enfermer et de limiter le droit à la confidentialité « *privacy* », et donc la dignité de l'homme, en permettant de limiter les droits fondamentaux sur la base des exigences nouvelles ou anciennes de la société civile. Au contraire, le droit à la « *privacy* » aurait pu être l'occasion de mettre un terme à l'immunité d'un pouvoir politique, non sujet aux contrôles efficaces, et qui n'hésite pas à envahir la vie privée de l'individu pour des motifs comme aujourd'hui « de sécurité ou de sûreté de l'État », définition vague permettant selon les situations d'être interprétée d'une façon plus au moins large. D'ailleurs, le « groupe 29 » s'est préoccupé des atteintes possibles à la vie privée en exprimant la nécessité de respecter le principe de proportionnalité concernant toute mesure restreignant le droit fondamental au respect de la vie privée selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence s'y rapportant. Cela implique, entre autres, « l'obligation de démontrer que toute mesure prise correspond à un “besoin social impératif” »<sup>3</sup>.

Ainsi, le Code devrait s'appuyer entièrement sur le respect de la vie privée. A l'évidence, le législateur italien a choisi<sup>4</sup> de réduire ce droit au seul pouvoir de solliciter, sur la base de l'article 8, le *Garante* pour obtenir la modification et l'intégration des données existantes la concernant. La promulgation de la loi 676 de 1996, approuvée le même jour que la loi sur la *privacy* n° 675/96, confère au gouvernement la possibilité de promulguer des dispositions correctives qui laissent la possibilité de privilégier les activités du secteur public au détriment du respect de la vie privée. C'est bien l'Italie du *Gattopardo* qui change tout

---

incompatible avec ces finalités; la disposition de l'article 16 du Code apparaît donc comme le corollaire du principe de finalité.

<sup>1</sup> Concernant les traitements des données à caractère personnel couvertes par le secret d'État, il est prévu que le *Garante* puisse effectuer des inspections; ces inspections sont opérées par un membre désigné par le *Garante*; ce membre prend connaissance des actes et documents relatifs et rapporte oralement au cours des séances du *Garante*.

<sup>2</sup> Code, Articles 8 et 58.

<sup>3</sup> ARTICLE 29 – GROUPE 29, avis 10/2001 sur la nécessité d'une approche équilibrée dans la lutte contre le terrorisme, adopté le 14 décembre 2001, n°901/02/FR/Final.

WP 53

<sup>4</sup> Comme d'ailleurs le fait l'ensemble des textes internationaux et nationaux existant en matière de protection des données à caractère personnel.

pour ne rien changer<sup>1</sup>. En effet, la réalité a bien démontré que le gouvernement a déjà utilisé ce pouvoir en 1998 en prolongeant les dérogations dont les autorités administratives avaient bénéficié, leur permettant de traiter des données sensibles sans respecter les prescriptions contenues dans la loi 675/1996<sup>2</sup>.

## **C Les droits de protection de la personne concernée**

Ce sont les droits de la personne concernée à s'opposer au traitement de données la concernant. Cette opposition peut être soit pour des « raisons légitimes » (1.), soit pour s'opposer à un traitement contraire aux dispositions de la loi (2.)

### **1 Le droit d'opposition pour des « raisons légitimes »**

L'article 7 du Code prévoit que la personne concernée a le droit de s'opposer pour des « raisons légitimes » à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement bien qu'elles soient conformes aux finalités de la collecte<sup>3</sup>. Cette disposition permet donc à la personne intéressée de s'opposer à un traitement, même si le traitement est légitime, l'intérêt étant la seule condition. Ce droit de s'opposer a une portée générale et donc s'applique aux traitements requérant ou non le consentement de l'intéressé. De cette façon, la disposition italienne respecte le plus amplement possible le droit d'opposition de la personne concernée posé par la Directive 95/46/CE<sup>4</sup>. Dans l'hypothèse où un consentement préalable de la personne intéressée n'est pas prévu, le droit d'opposition permet de manifester en tout cas une volonté contraire — à condition qu'elle ne soit pas arbitraire et qu'elle soit, au contraire

---

<sup>1</sup> Cf. ZENO- ZENCOVICH, «Il rischio degli interventi correttivi per una tutela conquistata da poco», in *Il Sole* 24 ore du 1 mai 1998.

<sup>2</sup> Lorenzo. BELLANOVA, *Tutela della privacy*, «articolo 14 -Limite à l'exercice des droits», in *Le nuove leggi commentate*, 1999, CEDAM p. 420-436.

<sup>3</sup> La personne concernée par le traitement des données à caractère personnel a le droit de s'opposer, en tout ou en partie, au traitement de données à caractère personnel qui la concernent, prévu à des fins d'information commerciale, d'envoi de matériel publicitaire ou de vente directe.

<sup>4</sup> L'article 14 point a impose aux États membres de reconnaître à la personne concernée le droit de s'opposer au traitement pour des raisons prépondérantes et légitimes, dérivant de sa situation particulière, au moins dans les cas prévus par l'article 7 points e) et f). Le premier cas, lorsque le traitement «(...) est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées.». Le deuxième lorsque le traitement « nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1er § 1.». Les États membres ont donc le

objectivement fondée et justifiée — à ce que ces données constituent l'objet d'un traitement déterminé. Dans le cas où le consentement est nécessaire pour autoriser le traitement des données à caractère personnel, la personne intéressée a la possibilité de remettre en discussion le choix fait antérieurement sur la base d'un nouveau raisonnement ou en considération de nouveaux éléments qui sont apparus.

L'opposition pour des motifs légitimes ne constitue pas un instrument original dans le panorama législatif antérieur à la Directive 95/46/CE. En effet, des précédents se trouvent dans l'article 26 de la loi française de 1978<sup>1</sup> qui dispose que « Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Or, l'alinéa 2 de l'article 26 prévoit que le droit de s'opposer « (...) ne s'applique pas aux traitements limitativement désignés par l'acte réglementaire prévu à l'article 15 » et donc à ceux qui sont autorisés par la loi relative aux traitements automatisés d'informations nominatives opérées pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale ou d'une personne morale de droit public de droit privé gérant un service public. La loi française se démarque par l'absence d'une norme générale relative au consentement de la personne au traitement des données personnelle : le consentement n'est prévu que par l'article 31 de la loi française de 1978 qui demande un accord exprès de l'intéressé pour mettre ou conserver en mémoire informatique des données nominatives sensibles.<sup>2</sup>

Un problème se pose : que faut-il entendre par « opposition pour des raisons légitimes » ? Quels sont les indices permettant de définir la clause « raisons légitimes » ? A ce propos, lors de l'élaboration de l'article 14 de la Directive, il a été clarifié que les raisons légitimes qui justifient l'opposition s'identifient avec un intérêt particulier attaché à la sphère de la vie privée du sujet à laquelle appartiennent les données, à condition que ces intérêts prévalent sur l'intérêt de celui qui utilise ces données<sup>3</sup>. Des indications plus précises se trouvent dans le commentaire de l'article 26 de la loi française de 1978, qui affirme laconiquement que si : « aucune jurisprudence n'est encore venue interpréter l'article 26 de la

---

libre choix de reconnaître le droit d'opposition également dans l'hypothèse prévue par l'article 7 point a) de la directive ou bien quand « la personne concernée a indubitablement donné son consentement ».

<sup>1</sup> Selon l'article 26 alinéa 1, il est reconnu à toute personne physique « le droit de s'opposer pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

<sup>2</sup> Sont concernées les données qui directement ou indirectement font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales.

<sup>3</sup> DAMMAN-SCHMITIS, *EG- Datenschutzrichtlinie Kommentar*, Baden Baden, 1997, p. 214.

loi française »<sup>1</sup>, il faut rapprocher les « raisons légitimes » avec les intérêts qui sont strictement liés à la sphère de la personnalité et en particulier avec les valeurs énoncées par la loi n° 78-17 qui sont : «(...) l'identité humaine, le droit de l'homme(...) à la vie privée, (...) les libertés individuelles ou publiques »<sup>2</sup>. Selon Kayser, « si plusieurs opinions ont été émises sur cette portée, elles présentent ce caractère commun de se référer à l'article 1 de la loi pour déterminer les raisons légitimes permettant l'exercice de ce droit »<sup>3</sup>. ainsi les « raisons légitimes » peuvent être identifiées comme « intérêt légitime de la personnalité du fiché »<sup>4</sup>. Dans la loi italienne, les raisons légitimes peuvent être déduites par les valeurs énoncées par le Code<sup>5</sup> «(...) liberté fondamentale, (...) dignité de la personne physique (...), identité personnelle (...)»<sup>6</sup>. En dehors de la possibilité de s'opposer pour des « raisons légitimes », la personne concernée peut s'opposer au traitement dans le cas où celui-ci n'est pas conforme aux dispositions du Code et donc où le traitement serait contraire aux prescriptions de la loi.

## 2 Les droits pour s'opposer à un traitement opéré en violation de la loi

Un deuxième groupe de droits garantis par le Code<sup>7</sup> permet à l'intéressé de s'opposer au traitement des données qui le concernent sur des bases chaque fois différentes.

La violation de la loi constitue le fondement de deux groupes distincts de droit : le premier groupe<sup>8</sup> légitime un ensemble d'instruments de réaction : c'est le droit d'obtenir l'effacement, la transformation sous une forme anonyme ou le verrouillage des données traitées en violation de la loi. Quant au deuxième groupe<sup>9</sup>, la base de la violation de la loi apparaît implicite : il prescrit les qualités légales des données sujettes au traitement, en exigeant l'exactitude et, si nécessaire, la mise à jour de ces données. L'article 7 alinéa 3 point a), du point de vue de la protection, en constitue un pendant en garantissant des droits spécifiques — le droit de mise à jour des données et de rectification, ou, s'il existe un intérêt de la part de la personne concernée, l'intégration des données — qui permettent de rendre le traitement conforme aux

---

<sup>1</sup> Poullet-Léonard, *Les libertés comme fondement du droit à la protection des données nominatives*, in *La vie privée : une liberté parmi d'autres?* Bruxelles, 1992, p. 236 ( p. 180).

<sup>2</sup> Loi 78-17, article 1.

<sup>3</sup> Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, 491 p. (p. 477).

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Code, article 2 alinéa 1.

<sup>6</sup> Rodota s'était prononcé dans ce sens in *Tecnologia e diritti*, Mulino, Bologna 1995, p. 52.

<sup>7</sup> Article 7.

<sup>8</sup> Art 7 alinéa 3 point b.

<sup>9</sup> Art 11 alinéa 1 points c et d.

prescriptions du Code relatives à la légalité des données. La définition très large de la violation de la loi renvoie à l'article 11 par lequel on peut déduire les différentes notions qui rendent le traitement illicite. Ces notions peuvent être classées en deux catégories, l'une de type « formel » — conséquence d'une infraction des règles de procédure prescrites par la loi — l'autre de type substantiel. Et cela peut se vérifier dans de multiples hypothèses : comme dans le cas où le but du traitement est en soit illicite, ou si une incompatibilité a été constatée entre le but déclaré et celui effectivement poursuivi, si on constate que les données ne sont pas complètes, ou sont en excédent par rapport à la finalité du traitement, ou que les données sont conservées pour un temps supérieur à celui nécessaire au but pour lequel elles ont été collectées. La violation de la loi est une condition non seulement nécessaire, mais aussi suffisante pour exercer les droits ci-dessus cités. Pour la seule intégration des données, un intérêt est demandé<sup>1</sup> L'ensemble de ce dispositif est donc très favorable à la personne concernée, et on peut se poser la question de savoir si la personne concernée ne pourrait pas invoquer une lésion de la sphère de la vie privée, en s'appuyant uniquement sur la seule inobservation des règles imposées à quiconque utilise les données.

La théorie qui considère comme légitime la demande de l'intéressé à prétendre le respect des règles de la part de qui traite les données semble être plus réaliste, également lorsque l'intérêt protégé est simplement instrumental par rapport à l'intérêt final, un moyen par rapport au but — on pense par exemple au droit de l'intéressé à être préalablement informé oralement ou par écrit sur la base de l'article 13<sup>2</sup>.

La Directive 95/46/CE a permis de garantir un haut niveau de protection dans l'Union européenne : la transposition de la directive a amélioré la protection déjà offerte au niveau national lors de la transposition de la Directive et surtout elle a fait œuvre d'harmonisation du droit fondamental dans l'espace européen.

Si des disparités existent entre les États membres concernant les restrictions affectant les libertés d'informations, elles sont contraires au bon fonctionnement du marché intérieur tel qu'il est défini dans le Traité CE<sup>3</sup>, comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée.

---

<sup>1</sup> Art 7 alinéa 3 point a).du Code .

<sup>2</sup> Elena BARGELLI, Droits de l'intéressé , in *Tutela della privacy legge 31 dicembre 1996, n° 675- «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali», Le nuove leggi civili commentate 1999, CEDAM , p. 805 ( p. 405et sv.).*

<sup>3</sup> Traité CE, article 7A paragraphe 2 ; Article 14 paragraphe 2, dans la version du Traité d'Amsterdam.

Parmi les restrictions affectant les libertés d'information, se trouve le droit à la vie privée à l'égard du traitement des données personnelles<sup>1</sup>. La protection des données à caractère personnel peut entrer en conflit avec le droit à la liberté d'expression et d'information. Des exemples de restriction à la libre circulation des services peuvent se manifester en raison de la protection particulière de données sensibles ou d'obligations mises à la charge des preneurs de commandes relatives au traitement de données à caractère personnel. La Directive couvre un ample champ d'application qui va du secteur public au secteur privé en incluant tout traitement de données même non automatisé, à condition que les données fassent partie d'un fichier, c'est-à-dire d'un ensemble structuré de données. Sont également couvertes par la Directive les données personnelles contenues dans le son et l'image. Enfin, la Directive prévoit le principe d'une protection spécifique concernant les données sensibles et un contrôle préalable exercé par les autorités de contrôle indépendantes à plusieurs niveaux. Les pouvoirs des autorités de contrôle sont renforcés, ils peuvent effectuer des investigations et intervenir. Les autorités doivent pouvoir porter à la connaissance de la justice les infractions aux règles de la protection des données adoptées conformément à la Directive, voire même ester en justice. Cette Directive fut suivie par celle du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications<sup>2</sup> (Directive qui a pour objet de préciser et de compléter les dispositions de la Directive 95/46/CE dite aussi de cadre dans le secteur des télécommunications), puis par le Règlement du Conseil du 17 février 1997 relatif à la statistique communautaire, ou encore la convention du 18 décembre 1998 établie sur la base de l'article 31 TUE relatif à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières. C'est donc un système général qui est mis en place au niveau européen, qui doit garantir à la fois des garanties substantielles et formelles tout en assurant un niveau de protection élevée au sein de l'Union<sup>3</sup>. Même si la Directive comporte de nombreuses options, exceptions et dérogations qui laissent aux États membres de grandes marges d'appréciation dans sa transposition, elle annonce néanmoins un ensemble de règles de fond, de procédures et de contrôles qui doivent être respectées par les actes de transposition.

---

<sup>1</sup> Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>2</sup> Directive 97/66/CE du Parlement européen, et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, JOCE du 30 janvier 1998 n° L24, p. 1.

<sup>3</sup> Pierre BISCHOFF, «L'Union européenne et la protection des données, La société de l'information à l'épreuve des droits de l'homme», *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°142, septembre 1998, p. 537-543.



Mais la Directive a une portée qui s'étend désormais bien au-delà de l'Union européenne. En effet, depuis le 1er juillet 2001, les entreprises européennes ne peuvent plus commercer avec les entreprises de pays tiers qui n'assurent pas un système de protection de la vie privée « adéquat »<sup>1</sup>.

Pour que la protection des données à caractère personnel garantie par cette Directive devienne réelle, le citoyen européen doit exercer son droit de recours, qu'il n'exerce actuellement que très rarement, par négligence et passivité, et par l'absence d'une culture d'autorégulation.

---

<sup>1</sup> Au moins de recourir aux dérogations prévues dans l'article 26, pour les cas où une personne a donné son consentement explicite, pour la sauvegarde d'un intérêt public important (...) et de l'article 29 qui permet d'envisager un transfert vers un pays tiers qui n'offre pas de garanties suffisantes si, par des clauses contractuelles, le responsable du traitement offre des garanties suffisantes.

## Conclusion générale

L'examen du droit d'accès à l'information dans l'Union européenne permet de constater que l'apparition de sources supra-étatiques contraignantes (dans le sens du droit communautaire et de la CEDH) et internationales non contraignantes dans le domaine du droit d'accès à l'information est à la base d'une mutation profonde au niveau national. Les interventions du Conseil de l'Europe en la matière y ont participé et ont inspiré les législations nationales et communautaires. Mais c'est le droit communautaire qui a su imposer les modifications les plus profondes en obligeant les États membres à se conformer à ses exigences. L'activisme du droit communautaire dans le domaine du droit d'accès à l'information a été particulièrement intense dans les dernières années, comme le montre le changement incessant des normes. Si on considère l'évolution du droit d'accès à l'information pendant les quinze dernières années, on relève le potentiel de changement qu'elles ont représenté. En effet, les mesures de transposition prises par les États pour transposer les directives communautaires sont très nombreuses. Le droit d'accès à l'information relatif à l'environnement ainsi que le droit d'accès aux données à caractère personnel sont des exemples précis : le droit communautaire a su imposer une harmonisation certaine dans l'exercice et la protection de ces droits d'accès. Les effets induits par le droit communautaire sont importants.

Il ne paraît donc pas exagéré de considérer que le droit communautaire est à l'origine d'une dénationalisation du droit d'accès à l'information. En revanche, l'influence du droit communautaire paraît limité à des domaines particuliers en fonction des exigences liées à l'application effective du droit communautaire. En effet, les modifications introduites par le droit communautaire ont été déterminées avant tout par la nécessité d'assurer la primauté du droit communautaire pour garantir la réalisation du marché commun. Enfin, la permanence des logiques nationales fait que des différences dans le domaine du droit d'accès à

l'information persistent.

La persistance de ces différences est due à plusieurs causes. Le droit d'accès à l'information au niveau national est encore marqué par l'influence politique, sociale et idéologique<sup>1</sup>. S'y ajoutent des discordances dans les jurisprudences ainsi qu'un problème de terminologie. Cela peut rendre la transposition difficile et créer des risques de malentendus, dus parfois à un choix de traduction malencontreux, ou parce que la même expression n'a pas le même sens en droit communautaire et dans un ou les droit(s) national(aux). Ainsi, la définition de document administratif, d'administration publique, d'information environnementale ou de données à caractère personnel n'est pas la même selon les pays.

On constate donc que la première difficulté consiste à déterminer le sens et donc la portée de la règle contenue dans la législation communautaire. S'agissant des directives, il arrive que le législateur adopte des mesures qui ne semblent pas couvrir toutes les situations auxquelles la norme communautaire a vocation à s'appliquer. En outre, les intéressés sont soumis au droit national qui doit être en conformité avec les normes communautaires.

D'où le rôle particulier du juge communautaire et du juge national. En effet, les difficultés d'interprétation du sens des dispositions communautaires ne se dénouent que lorsque la CJCE a donné l'interprétation de la disposition concernée. Les juges nationaux doivent, si nécessaire, interpréter les normes nationales et adapter leur jurisprudence de manière à assurer la conformité du droit interne aux exigences du droit communautaire. Ce sont donc eux qui assurent l'assimilation du droit communautaire d'accès à l'information dans l'ordre interne.

Par ailleurs, l'analyse du droit communautaire confirme l'influence initiale du droit des pays fondateurs de la Communauté. Mais, après avoir emprunté aux différents droits administratifs nationaux, et notamment aux droits administratifs français et allemand dans sa phase d'élaboration, le droit communautaire a exercé à son tour une influence sur les ordres juridiques des Etats membres. Et lors de sa mise en œuvre, il subit à son tour l'influence du droit national. De plus, aux droits des États membres, il faut ajouter l'influence du droit international.

Ainsi, le droit communautaire de la protection des données à caractère personnel est-il largement redevable au Conseil de l'Europe pour la consécration de la protection des données

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens le Professeur J. SCHWARZE qui explique que les concepts du droit public sont beaucoup plus que ceux du droit privé marqués par des caractéristiques et des valeurs nationales, et doivent souvent être compris à la lumière des influences politiques, sociales ou idéologiques qui les ont déterminés. J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden Baden, 1988, t. I, p. 83-84.

à caractère personnel par la Convention n°108<sup>1</sup>. En outre, «la tutelle harmonisatrice qu'exercent la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le développement de la protection des droits fondamentaux de la personne constitue la manifestation la plus importante de l'interaction entre droit communautaire et droit des organisations européennes»<sup>2</sup> selon le Professeur L.Dubouis.

Ainsi, le droit des États membres dans le domaine du droit d'accès à l'information et le droit communautaire sont aujourd'hui imbriqués l'un dans l'autre. Mais tous deux ont le même objectif, garantir la transparence administrative. C'est elle qui en effet constitue la mutation fondamentale du droit administratif. Il faudra voir si les nouveaux pays membres ne pourront pas apporter un atout dans le domaine de la transparence. Certains pays comme la Lettonie, l'Estonie et la Lituanie ont fait du droit d'accès à l'information l'un des principes du fonctionnement de l'État. En tout cas, comme le précise le professeur G. Marcou, «la transparence s'impose aujourd'hui comme l'un des principes généraux du droit administratif». Elle participe ainsi à l'amélioration des relations entre citoyens et administration, au mouvement général de réforme de l'État et de l'administration. Mais il ne suffit pas que le législateur consacre des dispositions relatives à la transparence administrative. Encore faut-il que ces dispositions soient claires, sans ambiguïté, précises et de nature à permettre d'atteindre véritablement l'objectif poursuivi. Enfin, la volonté des autorités administratives et des usagers garantissant la mise en œuvre du principe de transparence est également nécessaire.

L'analyse montre que, même si chaque État a encore sa propre conception de la transparence administrative, il existe toutefois un certain accord à reconnaître la transparence comme élément central de l'État de droit, n'excluant plus la perspective d'un droit d'accès à l'information commun (qui serait en train de se développer), comme d'ailleurs l'initiative du Conseil de l'Europe le montre. Mais une harmonisation totale ne serait possible que si le droit communautaire se développait au point d'absorber les droits administratifs nationaux<sup>3</sup> et de leur imposer les propres concepts qu'il aurait développés.

---

<sup>1</sup> Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, précitée.

<sup>2</sup> Cf. L. DUBOUIS, *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, La documentation française, Paris, 2000, p.13 et s.

<sup>3</sup> G. MARCOU, «Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire», in *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, ( sous la direction de Gérard MARCOU, Harmattan, Paris, 1995, 335 et s.



## ANNEXE I

**Projet de recommandation** du Médiateur européen du 15 décembre 1997 dans le cadre de l'enquête d'initiative sur l'accès du public aux documents ( 616/PUBAC/F/IJH).

**Déclaration commune** concernant le règlement (CE) n° 1049 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 L 173 du 27 juin 2001.

### **Accès aux documents du Conseil:**

**Décision du Secrétaire Général** du Conseil du 27 fév.1996 relative aux redevances dans le cadre d'accès du public aux documents du Conseil, JO C 74 du 14 mars 1996.

**Décision du Conseil 2000/23/CE** du 6 décembre 1999, concernant l'amélioration de l'information sur les travaux du Conseil et le registre public des documents du Conseil, JO L 9 du 13 jan. 2000.

**Décision du Conseil 2000/527/CE** du 14 août 2000, portant modification de la décision 93/731/CE et de la décision 2000/23/CE concernant l'amélioration de l'information sur les travaux du Conseil et le registre public des documents du Conseil, JO L 212 du 23 août 2000.

**Décision du Conseil 2001/264/CE** du 19 mars 2001, adoptant le règlement de sécurité du Conseil, JO L 101 du 11 avril 2001.

**Décision du Conseil 2001/320/CE** du 9 avril 2001, sur la communication au public de certaines catégories de documents du Conseil, JO L 111 du 20 avril 2001.

**Décision du Conseil 2002/682/CE**, Euratom du 22 juillet 2002 portant adoption de son règlement intérieur, JO L 230 du 28 août 2002.

**Décision du Parlement européen** du 23 oct. 2002 relative à la mise en oeuvre de l'Accord interinstitutionnel concernant l'accès du Parlement européen à des informations sensibles du Conseil dans le domaine de la politique de sécurité et de défense, JO C 298 du 30 novembre 2002.

**Accord interinstitutionnel** du 20 nov. 2002 entre le Parlement européen et le Conseil concernant l'accès du Parlement européen à des informations sensibles du Conseil dans le domaine de la politique de sécurité et de défense, JO C 298 du 30 nov. 2002.

### **Accès aux documents du Parlement européen :**

**Règlement du Parlement européen** , 14ème édition, juin 1999. Chapitre XXII - Ouverture et transparence, Article 172 - Accès du public aux documents, JO L 202 du 2 août 1999.

**Décision du Parlement européen** du 13 nov. 2001 portant adaptation de son règlement aux dispositions du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil (2001/2135(REG)) (A5- 0349/2001).

**Décision 2001/1229 du bureau du Parlement européen** du 28 nov. 2001 relative à l'accès du public aux documents du Parlement européen, JO C 374 du 29 déc. 2001.

### **Accès aux documents de la Commission :**

**Décision de la Commission 94/90/CECA** , CE, Euratom, du 8 fév. 1994, relative à l'accès du public aux documents de la Commission, JO L 46 du 18 fév. 1994.

**Décision de la Commission 96/567/CE** , CECA, Euratom du 19 sept. 1996 modifiant la décision 94/90/CECA, CEE, Euratom, JO L 247 du 28 sept. 1996.

**Décision de la Commission 1999/218/CE** du 25 fév. 1999 relative aux modalités selon lesquelles les fonctionnaires et agents de la Commission européenne peuvent être autorisés à avoir accès à des informations classifiées détenues par la Commission, JO L 80 du 25 mars 1999.

**Décision de la Commission 2001/937/CE, CECA, Euratom** du 5 déc. 2001 modifiant son règlement intérieur (accès aux textes), JO L 345 du 29 décembre 2001.

**Décision de la Commission 2002/47/CE, CECA, Euratom** du 23 janvier 2002 modifiant son règlement intérieur (accès aux textes internes), JO L 21 du 24 jan. 2002.

### **Accès aux documents des autres institutions et organes:**

**Acte du Conseil du 26 juillet 1995** , portant établissement de la Convention sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (**convention Europol**) .Titre IV - Dispositions communes relatives au traitement de l'information, JO C 316 du 27 nov. 1995.

**Décision du 21 mars 1997** concernant l'accès du public aux documents de l'Agence européenne pour l'environnement.,JO C 282 du 18 sept. 1997.

**Comité de direction de la Banque européenne d'investissement**, règles relatives à l'accès du public aux documents adoptées le 26 mars 1997, JO C 243 du 9 août 1997.

**Décision 1997/1210/CE du Comité économique et social** relative à l'accès du public aux documents du CES, JO L 339 du 10 déc. 1997.

**Décision n° 165/1997 du Comité des Régions** du 17 sept. 1997 relative à l'accès du public aux documents du Comité des régions, JO L 351 du 23 déc. 1997.

**Décision n° 18/97** portant sur les règles internes relatives au traitement des demandes d'accès aux documents dont dispose la Cour, JO C 295 du 23 sept. 1998.

**Décision de la Banque centrale européenne** du 3 nov. 1998 concernant l'accès du public aux documents et aux archives de la Banque centrale européenne (BCE/1998/12), JO L 110 du 28 avril 1999.

**Décision 1999/738/CE** de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, du 21 nov.1997, sur le Code de conduite concernant l'accès du public aux documents de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, JO L 296 du 17 nov. 1999.

**Projet de recommandation du Médiateur européen** du 13 décembre 1999, faisant suite à une enquête d'initiative propre (OI/1/99/IJH) sur l'accès aux documents à Europol.

**Décision du Médiateur européen** du 12 juill. 2000 clôturant l'enquête d'initiative propre sur l'accès aux documents d'Europol (OI/1/99/IJH).

**Règles relatives à l'accès du public aux documents de la Banque européenne d'investissement**, JO C 292 du 27 novembre 2002.

**Décision n° 64/2003 du Comité des régions du 11 février 2003** relative à l'accès du public aux documents du Comité des régions (abrogation de la décision n° 165/1997), JO L 160 du 28 juin 2003.

**Décision 2003/603/CE du Comité économique et social** du 1er juillet 2003 relative à l'accès du public aux documents du Comité économique et social européen (abrogation de la décision 1997/1210/CE) JO L 205 du 14 août 2003.



## ANNEXE II

### *Pays membres :*

**Allemagne :** Un projet de loi sur l'accès à l'information a été déposé le 20 décembre 2000  
*Referentenentwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes* (IFG)  
[http://www.bmi.bund.de/dokumente/Artikel/ix\\_28349.htm](http://www.bmi.bund.de/dokumente/Artikel/ix_28349.htm)

Au niveau des *Länder*, voir la loi du *Land* de Brandebourg du 10 mars 1998 sur l'accès aux documents et à l'information (GVBl. N° 4 du 19 mars 1998), la loi du *Land* de Berlin du 15 octobre 1999 sur la liberté de l'information (GVBl. n° 45 du 15 octobre 1999), la loi du *Land* de Nordrhein Westfalen sur l'accès à l'information du (27/11/2001, GVBl. 2001).

**Autriche :** La loi fédérale sur l'obligation de communication d'informations (*Auskunftspflichtgesetz*, BGBI. 51/1991). Chaque province fédérale décrète ses lois régionales afin de mettre en application le statut fédéral.

**Belgique :** Article 32 de la Constitution et Loi n° 94-1724 du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (au niveau fédéral).

**Chypre :** Article 19 de la Constitution garantit le droit de recevoir de l'information sans interférence de la part des autorités publiques, mais il n'existe pas de droit général en ce qui concerne l'accès aux documents.

**Danemark :** Loi n° 572 du 19 décembre 1985 relative à l'accès aux dossiers de l'administration publique.

**Espagne :** Article 105 b) de la Constitution de 1978 et loi n° 30 du 26 novembre 1992 concernant les règles applicables à l'administration et les procédures administratives.

**Estonie :** Loi sur l'accès à l'information entrée en vigueur le 1er janvier 2001 et article 44 de la Constitution.

**Finlande :** Articles 10 et 20 de la nouvelle Constitution ( 731/1999, art. 10(2)) et la loi finlandaise sur la transparence des activités de l'administration (loi n° 621/1999).

**France :** Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.

**Grèce :** Article 10 paragraphe 3 de la Constitution de 1975, mis en œuvre par l'article 5 de la loi n° 2690/1999 (code de procédure administrative), qui régit l'accès aux documents détenus par l'État, les collectivités locales et les entités juridiques de droit public.

**Hongrie :** La loi sur la protection des données personnelles et l'accès aux données d'intérêt

public adoptée en 1992 institue que l'accès à l'information fait partie des droits fondamentaux.

**Irlande** : Loi n° 13 de 1997 sur la liberté de l'information.

**Italie** : Loi n° 241 du 7 août 1990 relative à l'accès aux documents administratifs et loi n° 142 du 8 juin 1990 (régissant les administrations locales autonomes).

**Lettonie** : Articles 104 et 115 de la Constitution de 1992 et loi sur la liberté d'information qui a été adoptée le 29 octobre 1998.

**Lituanie** : La loi sur l'information publique adoptée en 1996.

**Luxembourg** : Une proposition de loi n° 4676 concernant la liberté d'accès à l'information a été présentée le 20 juin 2000.

**Pays-Bas** : Article 110 de la Constitution , et loi du 31 octobre 1991 sur l'accès du public aux informations administratives (*Wetr openbaarheid van bestuur*).

**Portugal** : Articles 37, 48 et 268 de la Constitution au 1er janvier 1999 et loi n° 65/93 du 26 août 1993 régissant l'accès aux documents administratifs.

**Pologne** : Les articles 51, 61 et 74 de la Constitution du 2 avril 1997 et loi sur l'accès à l'information adoptée en 2001.

**République tchèque** : Loi n° 106/1999 sur l'accès à l'information.

**Royaume-Uni** : La loi sur la liberté de l'information a obtenu la sanction royale le 30 novembre 2000 et sera totalement en vigueur en 2005.

**Slovaquie** : Article 26 paragraphe 5, 34 et 45 de la Constitution adoptée le 1er septembre 1992, article 35 de la Charte des droits fondamentaux et loi sur l'accès à l'information (*Zákon o Slobodnom Pristupe k Informácii*-n°211/200Z.z.).

**Slovénie** : Articles 37 et 41 de la Constitution et loi sur l'accès à l'information.

**Suède** : Chapitre 2 de la loi de 1766 sur la liberté de la presse (loi constitutionnelle).

*Pour les pays candidats :*

**Bulgarie** : Loi sur la Protection de l'information classifiée par le Parlement le 24 avril 2002 et entrée en vigueur le 29 avril 2002 et loi sur l'accès à l'information entrée en vigueur le 7 juillet 2000.

**Roumanie** : Acte constitutionnel et loi sur l'accès à l'information d'intérêt public.



# BIBLIOGRAPHIE

## I Ouvrages

### 1Ouvrages généraux

- N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.
- BOBBIO, VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, éd. Laterza, Bari, 2003.
- G.BRAIBANT, *Droit d'accès et droit à l'information, Mélanges Charlier*, 1979.
- C.-A. COLLIARD, *Libertés Publiques*, Précis Dalloz, Paris 7<sup>o</sup> éd., 1989.
- B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, 1003 p.
- C. DEBBASCH (sous la direction de), *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, Editions du CNRS, Paris, 1990.
- C. DOUTRELEPONT, P. VAN BINST, L. WILKIN, *Libertés, droits et réseaux dans la société de l'information*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 357.
- J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Luchterhand, Berlin, 1965.
- HOBBS, *Léviathan*, (1651), trad. G. Mairet, Paris, Gallimard (coll. « Folio Essais »), 2000.
- G.IGNASSE, *Institutions politiques et administratives*, Ed. Espace européen, La Garenne-Colombes, 1991, 311 p.
- L. JAUME (textes préfacés et annotés par) *Les Déclarations des droits de l'homme : du débat 1789-1793 au préambule de 1946 /* - Flammarion 1989.
- I.KANT, *Projet pour la paix perpétuelle (1796)*, Traduction d'un auteur anonyme, Pléiade Gallimard, Tome III, Œuvres philosophiques, Les derniers écrits, 1986.
- KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, 491 p.
- Claude LECLERCQ, *Libertés publiques/ 5e éd.* Paris : Litec, 2003, 363 p. Coll. Manuels
- MACHIAVELLI, *Le Prince*, (1513), traduit par Y. Lévy, G.F. Flammarion, 1980.

MONTAIGNE, *Essais*, (1588), éd. Garnier Frères, Paris, 1962.

U. ÖBERG, «EU Citizen's Right to Know: The Improbable Adoption of a European Freedom of Information Act», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 2, 1999, s. 303-328.

PASCAL, *Pensées*, (1670), (éd. Brunschvicg), Bordas, Paris, 1966.

PLATON, *La République*, traduction G. Leroux, éd. GF Flammarion, 2002.

J.RIVERO, Démocratie et administration, *Mélanges Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, 828 p.

J. RIVERO, ..Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques* - Presses universitaires de France 2003, 7e éd. mise à jour, Paris :, 2003 XI-269 p. Thémis, Droit public.

J.SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden Baden, 1988.

F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6e éd. mise à jour, Paris : Presses universitaires de France, 2003, 665 p. Coll. Droit fondamental, Droit international et communautaire,

TACITE, *Annales*, Tome 1, Willeumier Pierre, Le Bonniec Henri, Hellegouarc'h Joseph, éd. Belles Lettres, 1997.

H. ZEANEK: *Weltmacht Computer, Weltreich der Information*, Esslingen/München, 1991.

-Informatique et libertés : textes et documents, CNIL, Editions des journaux officiels, Paris, 2003, 836 p.

-Étude du Conseil d'Etat: «Pour une meilleure transparence de l'administration - Etude sur l'harmonisation des textes et l'amélioration des droits des citoyens en matière d'accès aux données publiques, étude adoptée par le Conseil d'Etat en mai et juillet 1997», La Documentation française, 1998, 123 p.

## **COLLOQUES :**

-Information et transparence administrative « colloque, Amiens, 11 mars 1988, PUF, Paris, 1988, 280 p.

-La Transparence administrative en Europe : actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, sous la dir. du doyen C. DEBBASCH, CNRS, Paris, 1990, 331p.

-Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées : en hommage à L. DUBOIS ;

actes du colloque d'Aix-en-Provence 18 et 19 juin 1999, Université d'Aix- Marseille III, Documentation française, 2000, 207 p.

- Colloque transparence et secret des 16 et 17 octobre 2003. Colloque pour le XXV<sup>e</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, La documentation française, Paris, 2004.

## 2 Allemagne

C. ARZT, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1993.

H. AUERNHAMMER, *Bundesdatenschutzgesetz : [BDSG] 20 Dezember 1990* ; - Köln ; Berlin ; Bonn ; München : Heymann, 1991.

M. BOTHE, L'Allemagne p. 37-51, in *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les Pays de l'Union Européenne, Étude réalisée par l'association européenne de droit de l'environnement*, PULIM, 1997.

H. BUCH, *Einführung zum Belgischen Verwaltungsverfahrensgesetzdes Auslandes* , Berlin, 1967, p. 99.

Dr. W. CLAUSEN, *Akteneinsicht durch Beteiligte §29 VwVfG* p. 370 in *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 5<sup>e</sup> édition von H. J. KNACK, C. H. Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München 1996, p 1329.

DAMMANN, *Das neue Bundesdatenschutzgesetz*, NVwZ 1991.

DAMMAN-SCHMITIS, *EG- Datenschutzrichtlinie Kommentar*, Baden Baden, 1997.

P. DÜWEL, *Das Amtstgeheimnis*, Berlin, 1965.

H.FABER, *Verwaltungsrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, 1989.

P.HÄBERLE, *Verfassungsprinzipien in Verwaltungsverfahrensgesetz*, éd.Boorberg verlag, Hrsg. Stuttgart, 1977.

P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*.

HERMANN C. U., *Verwaltungsverfahrenrecht: ein Lehrbuch für Studium und Praxis* 4<sup>e</sup> édition Heymann 1995, p. 874.

H.J. KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 5<sup>e</sup> éd., C. H. Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, p 1329.

F. KOPP, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, München, 1971.

F. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen*, 5° éd., München, 1991.

H.-W.LAUBINGER, /C. U.HERMANN: *Verwaltungsverfahrensrecht*, 2° édition Köln 1978, §40IV 1.

H.W. LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, Heymann, Köln, 1984.

K.LEONHARDT, in P. Stelkens, H.J. Bonk, K. Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar*, 7° édition, Berlin,-New york 1986.

S. W.H.LODDE, *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, Carl Heymann Verlag, Köln 1996.

LÖFFLER, *Presserecht*, Band 1, rn. 73.

T. MAUNZ, /G. DÜRIG, *Grundgesetz*, München 1993.

J. NUNGESSER, *Hessisches Datenschutzgesetz : Kommentar für die Praxis – 1éd - Mainz :* Dt. Gemeindeverl., 1988.

OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften*.

K. REDEKER, H.J. OERTZEN, M. REDEKER, *Verwaltungsgerichtsordnung : Kommentar*, Stuttgart; Berlin; Köln; Kohlhammer, 1997, 1040 p.

H. RÜPING, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Stafverfahren*, Berlin, 1976.

M. SACHS, *Grundgesetz (GG), Kommentar*, 3. éd. 2003.

SIMITUS SPIROS, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz / (Hrsg.). – 5 éd.- Baden-Baden :* Nomos-Verlagsgesellschaft, 2003, 1632 p.

P. STELKENS BONK, J. HEINZ, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar* 6° éd. München, Beck, 2001.

A.TURIAUX, *Umweltinformationsgesetz (UIG Kommentar)*, München, Beck 1995, 518 p.

J. WEBERLING, *Stasi-Unterlagen Gesetz Kommentar*, C. H. Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München.

H. WOLF, *Verwaltungsrecht*, I, 9. Auflage, München, 1974.

### 3 France

- A. BOUILLET, *Les silences de la République : étude de sociologie juridique sur l'Etat* E.F. Callot (sous la dir.), Thèse doctorat : droit public : 2001, 582 p.
- BOUTARD-LABARDE, *Le nouveau Droit de la concurrence*, Montchrestien, Paris, 1987.
- G. BRAIBANT, *Les Archives en France, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 1996.
- G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information : transposition en droit français de la directive n° 95/46/CE, rapport au Premier Ministre*, La Documentation française, Paris, 1998, 291 p.
- G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information*, La Documentation Française, Paris, 1998.
- R. BROLLES, *L'accès aux documents des collectivités territoriales : droits et obligations de l'élu, du fonctionnaire et du citoyen*, Sorman, Paris, 2002, 423 p.
- P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, L.G.D.J., Paris 2003, p. 198, spéc. 110.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tomes 1 et 2, Montchrestien, Paris, 2001.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 10 ed. Montchrestien, Paris, 2002, p. 1303.
- J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1994.
- S. CHEVROLLE, *Les usagers de la Commission d'accès aux documents administratifs*, Mémoire de DEA Sciences administratives, Paris 2, Septembre 2003, 113 p.
- A. de LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, Tome 1<sup>er</sup>, Droit administratif général 15<sup>e</sup> édition, L.G.D.J, 1107 p.
- B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Bibliothèque de droit public, tome 172, L.G.D.J., 1993.
- DUVERGER, *Le système politique français*, Paris, 1990.
- J. FRAYSSINET, *Informatique fichiers et libertés*, Litec, Paris, 1992, p. 229.
- R. GALENE, *Le droit de la Concurrence*, Diffusion Litec, Paris, 1995, 400 p.
- F. GAUDIN, *Le secret de la Défense nationale en droit français*, thèse, université Grenoble II.
- M.G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Bibliothèque de droit public, tome LXXIX, L.G.D.J, 1968.



F. JAMAY, *Le droit à l'information, un principe général du droit de l'environnement*, thèse, Paris I, 1998.

B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La Transparence administrative*, PUF, Paris, 1987, 236 p.

J. LAVEISSIÈRE, *Le silence de l'administration*, Thèse, Bordeaux I, 1979, ronéo.

J. LAVEISSIÈRE, « L'accès aux documents administratifs », in *Information et transparence administrative*, CURAPP, PUF, 1988.

P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration*, PUF, 1968, p. 521. N. LEROUSSEAU, « Le cas des OGM: accès aux documents administratifs et à l'information », *Colloque transparence et secret des 16 et 17 octobre 2003*. La documentation française.

R. LETTERON, *L'administré et le droit à l'information*, thèse Paris X, 1987, 663 p.

D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, 567 p.

H. MAISL, « Une nouvelle liberté publique: la liberté d'accès aux documents administratifs », in *Service public et libertés*, Mélanges Charlier, Paris, éditions de l'Université 1981, p. 832.

H. MAISL, *Le droit à l'information administrative*, Cours FNSP, ronéo, 1982-1983.

G. MARCOU, « Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire », in *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, ( sous la direction de Gérard MARCOU, Harmattan, Paris, 1995, 95 et s.

J. RIVERO, *Les Libertés publiques*, Tome 1, Les droits de l'Homme , Paris, PUF, Thémis, 1983.

CH. ROBERT, *L'accès aux documents administratifs*, éd. Journal des Maires, Paris, 2003, 263p.

C. SAMET, *Justice, transparence et démocratie*, Val de France, La Ferté-Saint-Aubain, 1997, 239 p.

Hélène SURREL, *Le pétitionnement : étude de droit international public/;* sous la dir. de Frédéric Sudre 1994, 720 p, Thèse: DROIT PUBLIC : MONTPELLIER 1 : 1994

G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991, 280 p.

#### **4 Italie**

B. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991.

AULETTA, Riservatezza e tutela della personalità, MIRABELLI, Problemi legislativi dell'attuazione del diritto alla privacy, in *Les effets de l'informatique sur le droit à la vie privée*, Padova, 1990.

M. BALLETTA e B. PILLON, *Il danno ambientale Principi ed esperienze-Giurisprudenza-Normativa- Documenti*, Sistemi Editoriali, 2002.

C.M. BIANCA, *Tutela della Privacy*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, CEDAM, Milano, 1999 p. 219-233, 795 p.

BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997.

R. CARANTA, L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2000.

F.CARINGELLA, L.DELPINO, F.del GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, XIX éd., Ed. Giuridiché Simone, 2002, 1023 p.

F. CARINGELLA, L. GAROFOLO, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1999 .

CATAUDELLA «Riservatezza (diritto alla)»:I Diritto civile, in Enc. guir Treccani, XXVII, Roma 1991, p. 2, in *Tutela della Privacy, Principi generali* VECCHI.

G. CORSO-F.TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggili Editore Rimini, 1991, 140 p.

CUFFARO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997.

F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1990, 467 p.

F. CUOCOLO, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, con il coordinamento di V.ITALI-M.BASSANI, Giuffrè, Milano, 1991, 428 p.

J. FOUGEROUSE, *Le statut constitutionnel de l'administration en Italie*, Contribution à l'étude de l'administration dans la démocratie constitutionnelle (Thèse janv. 1999) Diffusion ANRT, 2003.

FURLANI, *Le commissioni parlamentari d'inchiesta*, Milano, 1954.

GIANNANTONIO, LOSANO E ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali: commentarion alla legge 675/1996*, Torino 1997.

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1988, II.

HELLO, *Del regime costituzionale*, trad.it. II, Napoli, 1948.

V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n.352)* Giuffre editore, 1994, p. 65.

C. LACAVA, Garante per la protezione dei dati personali, in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy* (l. 31 dicembre 1996, n° 675), p. 695-704.

P. LANDI, *La tutela processuale dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1991.

LUISO P., Tutela della privacy, Tutela amministrativa e giurisdizionale articolo 29, in *Le Nuove Leggi commentate Tutela della privacy* (l. 31 décembre 1996, n° 675), p. 662-684.

MACIOSE, *Tutela della persona e identità personale*, Padova, 1984.

C. MARTORANA, Tutela della privacy, articolo 10 Informazioni rese al momento della raccolta, in *Le nuove leggi commentate*, 1999, CEDAM p. 342-358.

P. MERIGHI, *Procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti*, *Commento alla legge 7 agosto 1990, n° 241*, Maggiori editori, San Marino, 2002, 225 p.

T. MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Giappichelli Editore-Torino, 1995, 300 p.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, TomeI, Padova, Cedam, 10<sup>ème</sup>éd.,1991.

Paladin, « Delegation legislative », in *Enciclopedia Diritto*.

A.SANDULLI, «L'accès aux actes et aux documents administratifs en Italie», *Colloque transparence et secret*.

M.E.SCHINAIA, » La disciplina generale del procedimento amministrativo» in *Atti del XXXII Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Como, Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Giuffré, Milano, 1989, p. 120.

VIRGA, *Le inchieste parlamentari*, in *Annali Univ. Catania*, 1949-50.

ZENO-ZENCOVITCH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla protezione dei dati personali*, in *Studium Juris*, 1997, p. 468.

## **5 Europe**

F. ALBANESE, «La garantie du droit à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe», in *Association portugaise pour le droit de l'environnement, Conférence internationale sur la garantie du droit à l'environnement*, Lisbonne, Fondation Gulbenkian, 1988.

BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme /...* ; préf. par Louis-Edmond Pettiti, . . - Ed. Sirey 1991

M. BOTHE, M. PRIEUR, "Bilan de la mise en œuvre de la directive 90.313 du 7 juin 1990" in *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les pays de l'Union Européenne*. M. Prieur (ed.) RULM, Limoges, 1997.

L.BURGORGUE-LARSEN, La « force de l'évocation » ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003. p. 78.

S. DAHLLÖF, «Une Union européenne plus ouverte? sur les documents de l'UE pouvant être obtenus sur demande et les documents qui ne sont pas communiqués», [www.authorsrights.org](http://www.authorsrights.org).

E. CARPANO *Etat de droit et Droit Européen: L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'Européanisation des systèmes juridiques*, Thèse, IUE, Florence, 2003.

B. CHEYNEL, *Les droits de la défense des entreprises poursuivies et règlement 1/2003*, mémoire DESS, Lyon III, 2003.

J.P. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D SIMON, *Traité instituant la CEE: Commentaire article par article*. Paris, Economica, 1991.

C. DEBBASCH (sous la direction), *La transparence administrative en Europe*, éd. du CNRS, 1990.

G.DRUESNE, « Le Régime communautaire d'accès aux documents », Colloque *Transparence et Secret*.

F. EL ATMANI, *La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Montpellier, 1996.

G. ISAAC, *Droit communautaire général*, A.Colin, Paris, 2001, 395 p.

R.KOVAR R., *L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté dans le processus d'intégration européenne*, in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal, 2000.

N. LENOIR, «La transparence au service de la légitimité démocratique des institutions communautaires», in J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: Mythe ou principe juridique?* CEDORE, L.G.D.J., Paris. 1998.

R. LETTERON, *Droit communautaire et accès aux documents administratifs*.

H. MAISL, *Le droit des données publiques*, Paris, LGDJ, 1996, 167 p.

H. OBERDORFF, *Les Constitutions de l'Europe des Douze* (édition 1994), La Documentation française, p. 389.

PACE, *Il potere di inchiesta delle assemblee legislative*, Milano, 1973.

R-E PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, Brulant/Sakkoulas, Bruxelles/Athènes, 1996.

PETTITI, DECAUX et IMBERT, «*La Convention européenne des droits de l'homme*», *Commentaire article par article*, Economica, éd. 1999.

C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal, 2000.

POULLET-LÉONARD, Les libertés comme fondement du droit à la protection des données nominatives, in *La vie privée : une liberté parmi d'autres?* Bruxelles, 1992, p. 236 ( p. 180).

M. PRIEUR, *Le droit à l'information en matière d'environnement dans les Pays de l'Union Européenne, Etude réalisée par l'association européenne de droit de l'environnement sous la direction de Michel PRIEUR*, Limoges, PULIM, 1997, 361 p.

S. REIFERGERSTE, L'articulation du droit communautaire et du droit national de concurrence. Le Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 (...), JCP 2003. éd. G.I.657.B.

J. RIDEAU, (sous la dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?* : journée nationale CEDECE, LGDJ, Paris, 276 p.

F. ROUILLER, Mémoire : *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement*, [www.unil.ch/penal/quoi/memoires-environnement/convention.pdf](http://www.unil.ch/penal/quoi/memoires-environnement/convention.pdf).

J. SCHWARZE, *Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden Baden, 1976.

J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Vol. II, Bruylant, 1994, 1330 p.

F. SUDRE (dir) , *Réalités et perspectives des droits communautaires fondamentaux*, Bruylant, 2000.

F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir F. Sudre), Némésis- Bruyalant , coll. « *Droit et justice*», n° 38, 2002,

410 p.

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6<sup>ème</sup> éd. PUF, 2003, 665 p.

F. SUDRE, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, en collaboration avec, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, coll. « Thémis » 2003.

## II. Articles

### 1 Allemagne

E. DENNINGER, « Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und innere Sicherheit », in *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat*.

E. DUHR; H. NAUJOK; M. PETER; E. SEIFFERT, « Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft », *DuD*, 26, 2002, p. 12.

J. FEUCHTHOFEN, « Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren », *DVBL*, 1984.

Th. FLEINER, « Demokratie und Informationsfreiheit », *RDS*, 1970, vol.III.

FLUCK / THEUER, « Das Umweltinformationsgesetz », *RDV* 1998, p.160,

M. FROMONT, « République Fédérale d'Allemagne: La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976 », *Revue du droit Public*, T. XCIII, N°6, p. 1295.

Dr. R. GROSS, « Zum presserechtlichen Informationsanspruch » , *Die Öffentliche Verwaltung*, Février, 1997.

DR. F. HAUEISEN, « Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren », in *NJW*, 1967, Heft 49 p. 2291.

J. JACOB, « Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze », *JurPCWeb-Dok.* N° 42/1998, Abs. 1-81.

GERLING, « BDSG, BDSG-Novellierung und EG-Datenschutz-Richtlinien », in *Datenschutz und neue Medien. Datenschutzbildung am 25/26 Mai 1998*, Göttingen, 1998

JARASS, « Konferenz der Datenschutzbeauftragten » *DÖV*, 1984, p. 505.

H. JELLINEK, « Veröffentlichungen verwaltungsinterner Ermessensrichtlinien », *NJW*, 1981.

KÖNIG, « Zum Umweltinformationszugang », in *DÖV*, 2000.

KÖNIG, « Das Umweltinformationsgesetz — ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit ? », *Die öffentliche Verwaltung*, janvier 2000, p. 53.

H. KRÜGER, *Staatslehre* 1964, p. 746, in Scheffler « Allgemeine Pflicht zur Begründung von

Verwaltungsakten » in *Die öffentliche Verwaltung*, Novembre 1977, Nr. 21, p. 768.

H.-W. LAUBINGER, « Grunrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahren », *VerwArch* 73 (1982), p 33.

G. LÜBBE-WOLF, « Der Anspruch auf Informationen über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften », *DÖV*, 1980.

H.-J. MENGEL, « Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren », *Die Verwaltung*, 1990.

A.MÜTIUS, « Akteneinsicht im Atom- und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Massenbeteiligung im Umweltschutzrecht », *DVBL*, 1978, p. 665.

SCHEFFLER, « Allgemeine Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten », *Die öffentliche Verwaltung*, Novembre 1977 Nr. 21, p. 768.

T. SCHOMERUS, « Anspruchsvoraussetzungen und Verwaltungsgesetz », *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, 1994.

K. STEINBUCH, « Über den Wert von Informationen », *GRUR*, 1987, 579 ff.

C. H. ULE, « Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit », *DVBl*, 1957.

R. WIMMER: « Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs », *DVBL*, 1985.

## 2 France

J.-M. AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.*, 1956, chron., p. 27.

J.-M. AUBY, « Le décret du 28 novembre », *ADJA*, 1984.

J. BARTHELEMY, « Procédure administrative non contentieuse », *JCA*, Fasc. 590-1.

S. BOISSARD, « Accès aux documents administratifs: du droit à la pratique, quelques réflexions sur les acquis et les limites de la loi du 17 juillet 1978 », *Cahiers de la Fonction publique*- mars 2001.

J.C. BOULARD, « Rapport sur le secret et l'administration française », in *Le secret et le droit. Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1974, p. 659.

BOLO, « Administration et information », *Gaz. Pal.* 1977. 1.11.

M.BLUMBERG-MOKRI, « Le régime modifié des organismes réglementairement disséminés », *Petites affiches*, n° 181, 11 septembre 2001.

G.BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert- Edouard Charlier*, Ed. de l'Université et de



l'enseignement moderne, 1981, p. 703.

CHAPUS, «L'administration et son juge. Ce qui change », p. 275 dans :*Étude et Documents* n°43, 1992, CE, La Documentation Française.

J. CHEVALLIER, «Le mythe de la transparence administrative», in *Information et transparence administrative*, CURAPP, Paris, PUF, 1988.

J.-P. COSTA, «La transparence administrative», *Regards sur l'actualité* septembre-octobre 1998, p. 37-44.

A. de LAUBADÈRE, «Relations entre l'administration et le public», *AJDA*, 1978.

J. LEMASURIER, «Vers une Démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé », *Revue du droit public*, 1980, Paris, p. 1239-1269.

B. DELAUNAY, « L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés- Contribution à l'étude des réformes entreprises depuis 1945 », *LGDJ*, 1993.

B. DELAUNAY, «La loi du 1er avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration» ,*Revue du Droit public*, n°4-2000, p. 1191.

B. DELAUNAY, Les pratiques administratives le cas particulier des collectivités locales: Analyse à partir de l'exemple de la région Centre, Colloque *Transparence et secret*

B. DELAUNAY, « De la loi du 17 juillet au droit à l'information en matière d'environnement », *AJDA*, 14 juillet 2003, n° 25, p. 1316 à 1324.

P. DELVOLVÉ, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *Revue français de droit administratif*, mai juin 1984, p. 28.

P. DELVOLVE, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *D.*, 1984, chron., p. 137.

R.DENOIX DE SAINT MARC, La transparence vertus et limites, Colloque *Transparence et secret*.

DESANDRE, « La commission d'enquête ou de contrôle : secret ou publicité des travaux ? », *Pouvoirs*, n° 34, 1985.

J. DESANDRE dans *Notes et Etudes documentaires*, n<sup>os</sup> 4262, 4263 et 4264 « La Documentation française».

P.-F. DIVIER, A. BOLO, J.-P. COT, J.-L. CREMIEUX-BRILHAC, L. FOUGERE et A. PAQUET, « Pour une administration transparente », *Gazette du Palais*, 1977, 1er sem.

B. DROBENKO, « La convention d'Aarhus et le droit français », *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial, p. 31.

B.EVEN, « La notion de document administratif», *AJDA*, 1985.

P.-A. FERAL, « L'accès du public aux documents des institutions communautaires : La consécration d'un droit fondamental de l'Union Européenne », *Europe* juillet 2001, p.5.

L. FONBAUSTIER, « Environnement et pacte écologique – Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à » », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15/2003.

L. FOUGÈRE, « Le Colloque de Graz sur l'accès à l'information (21-23 septembre 1976) » *Gaz. Pal.* 1977.1. 10.

L.FOUGÈRE, « Le secret de l'administration », *Bull. I.I.A.P.*, 1967.

Y. GAUDEMET, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.*, 1986, Chr. XVII, p.107.

M. GUILLAUME, « Secret de la défense nationale et État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 365.

M. GUILLAUME, « La réforme du droit du secret de la Défense nationale » *RFDA*, 14 (6), novembre - décembre 1998, pp. 1223-1230.

J.C. HÉLIN, « Le droit à l'information et la participation du public dans le code de l'environnement », *Dr. envir.*, n° 85, p. 20.

A.HOLLEAUX, « Les lois de la "troisième génération des droits de l'homme" ; ébauche d'étude comparative », *Revue française d'administration publique*, 1980.

E. HONORAT, « L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse », *L'actualité juridique droit administratif*, 20 juin 1996.

F. JAMAY, « Droit à l'information », *Juris, Cl. Envir.*, fasc. 130.

Y. JEGOUZO, « Le droit à la transparence administrative », *EDCE*, 1991, n° 43.

Y. JEGOUZO, « Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15/2003.

B. LASSERRE, « Six ans après le vote de la loi du 17 juillet 1978: une administration plus transparente? », *Etude et documents, CE* 1983, n° 35.

B. LASSERRE, « La Commission d'accès aux documents administratifs », *Etude et documents, CE* 1981-1982.

J.LAVEISSIÈRE, « Le droit à l'information à l'épreuve du contentieux. A propos de l'accès aux documents administratifs » *D.*, 1987.

J. LEMASURIER, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *RDP*, 1980.

R. LETTERON, *La transparence administrative, Problèmes politiques et sociaux*, n° 679 (1<sup>er</sup> mai 1992, La Documentation française.

- D. LINOTTE, « Chronique des réformes administratives françaises », *RDP*, 1978.
- D. LINOTTE, La motivation obligatoire de certaines décisions administratives, *RDP*, 1980, pp. 1702.
- H. MAISL, « Les archives et la législation Informatique et libertés », *Gazette des archives*, 1985, p. 225.
- H. MAISL, « Entre liberté d'accès aux documents et protection des données », *Revue française d'administration publique*, 1997, p. 77-85.
- F. MODERNE, « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 », *Colloque Transparence et secret*.
- A. MOLE, « Jusqu'où ira le droit à l'information? », *Gazette du Palais*, 22-23 Janvier 1997, p. 8-15.
- G. MORANGE, « Le secret en droit public français », *D.*, 1978.
- M. PRIEUR, « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial.
- M. PRIEUR, « L'environnement entre dans la constitution », *Dr. envir.* 2003, n° 106.
- J. PUISOYE, « Portée du principe des droits de la défense », *Actualité juridique*, 1962, p. 80.
- J. RIBS, « L'information des citoyens et le secret administratif », *Gaz. Pal.* 1973. 1, p. 408.
- J. ROBERT, « Le secret défense » in *Secret et démocratie, Colloque Droit et démocratie*, la Documentation française, Paris 1997 p. 21-31.
- X. ROQUES et J.L. HERIN, « Les commissions parlementaires », *Administration*, n° 120-121, 1983.
- A. ROUX, « La transparence administrative en France », in *Ann. Eur. Adm. Publ.* 1989, Ed. CNRS.
- P. SABOURIN, « La notion de maladministration dans le système juridique français », *AJDA* 1974.
- J.Y. VINCENT, « Accès aux documents administratifs », *JCA*, fasc. 109-10.
- B. WARUSFEL, « Transparence et secret administratif », *Cahier de la Fonction publique*, mars 2001.

### 3 Italie

V. ALFIERI, F. FACHINI, « Il regolamento per l'accesso agli atti tra trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa (Elementi problematici e spunti di riflessione)», *L'amministrazione italiana*, 1997, fasc. 1.

M. ARSI, « La commissione per l'accesso ai documenti amministrativi », *Foro amministrativo*, 1995, p. 2898.

M. BASSANI, «Accesso di documenti e tutela della Privacy», *Nuova Rassegna* , 1997, n. 20.

G.BERTI, «Considerazioni finali sulla legge di riforma», *Aziendaitalia*, 1990, n° 12., p. 46.

M. BUQUICCHIO, « Profili costituzionali dell'accesso ai documenti amministrativi. La posizione dell'utente fra i diritti dello Stato e quelli del cittadino », *Rivista del notariato*, 1997, 1, p. 651.

R.CARANTA, «L'accesso alle informazioni in materia ambientale», Cons. Stato sez. V 22 febbraio 2000, n. 939, *Giurisprudenza italiana* , 2001, fasc. 2 février p. 406-408.

F. CARINGELLA, « Ancora fitta la nebbia sull'accesso ai dati personali (sensibili e non), (Nota a Cons. St., Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137) », *Il foro italiano*, 1998, fasc. 12, pt. III, p. 609.

F. CARINGELLA, « Riservatezza ed accesso ai documenti amministrativi a cavallo tra parametri costituzionali ed oscillazioni legislative », *Foro it.*, 1997 .

P. CARTAGINESE, « Partecipazione al Procedimento - La disciplina dell'accesso nelle legge nn. 142 et 241 del 1990 e il diritto d'accesso e il segreto d'ufficio », *Nuova rassegna* - 1997, n. 11. p. 1154.

G. CAVALLARI, «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi», *Nuova rassegna*, 1998.

R. CHIEPPA, « La trasparenza come regola della pubblica amministrazione », *Dir. Econ.*, 1994, 623.

R.CHIEPPA, « La trasparenza come regola nell'azione della P.A. », *Iustizia*, 1995.

G. COGLIANDRO, «Il diritto di accesso alle informazioni ambientali», *Rivista trimestriale di Scienza dell'amministrazione*, n. 1, 1993, p. 29-66.

F.CUOCOLO, «Commento all'art 24 della legge 241 del 1990», *AA.VV.*

FRANCO, « Trasparenza, motivazione e responsabilità, partecipazione e diritto d'accesso nella legge 241/1990 ». *Foro Amministrativo*, 1992.

T.E. FROSINI, « Sul nuovo diritto all'informazione ambientale », *Giurisprudenza*

*Costituzionale*, 1992, p. 4463.

B.GAGLIARD , « Il diritto di accesso alle informazioni ambientali e la nozione di "ambiente" ai sensi dell'art. 2 del d.lg. n. 39 del 1997 ,Cons. Stato sez. V 14 febbraio 2003, n. 816 » *Il foro amministrativo* C.d.S. , 2003, fasc. 3 (marzo), pag. 1032-1037.

G. GALLO, G. PEZZULLO G., «Il destinatario della richiesta di accesso agli atti dell'accertamento», *Rassegna tributaria*, 1998, fasc. 1 (février).

F.LEVI, « Partecipazione e organizzazione», *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1997., 1977, p. 1628.

M. LIBERTINI, « Il diritto all'informazione in materia ambientale », *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1989, p. 640.

M. MAIELLARO, «Brevi considerazioni sulla posizione minima legittimante l'accesso ai documenti amministrativi», *Rassegna giuridica della sanità*, Roma, 1997, n. 161.

V. MARRAMA, « La pubblica amministrazione fra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo», *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 419.

L. A. MAZZAROLLI, «L'accesso ai documenti amministrativi» I parte, *Studium Juris*, Cedam, Padova 1998, n. 2.

M. MONTINI, « Il diritto di accesso in materia ambientale : la mancata attuazione della direttiva CE 90/313 », *Riv. Giur. Ambiente*, 1997.

G. MORANDI, « Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi », *Riv. Giur. Ambiente*, 1992.

G.PATRONI-GRIFFI, «Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa : partecipazione procedimentale e accesso agli atti ( legge 7 agosto 1990, n° 241), *Dir. Proc. Amm.*, 1992.

PERINI, « Il diritto di accesso e la tutela della riservatezza nelle amministrazioni locali », *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1997; fasc. 12 pt. 1 p. 1147-1163

U. SALANITRO, «Il diritto all'informazione in materia ambientale alla luce della recente normativa sull'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione», in *Riv. Giur. Ambiente*, 1992, p. 411.

A. SANDULLI, «La procédure administrative non contentieuse et la transparence», *Revue d'administration publique*, n. 67, juillet-septembre 1993, pp. 380.

A.SANDULLI, «Partecipazione e autonomie locali», *Dir. Amm.* n. 4, 2002.

A.SAVO AMODIO, «Il diritto di accesso agli atti degli enti locali», *Foro amministrativo* , 1990.

A.VILLATA, « La trasparenza dell'azione amministrativa», *Dir. Proc. Amm.*, 1987, p. 538.

#### **4 Europe**

F. BERROD et D.RITLENG, « Accès du public aux documents du Conseil », *Europe* - Éditions du Juris-Classeur, Août Septembre 1998.

P. BISCHOFF, « L'Union européenne et la protection des données, La société de l'information à l'épreuve des droits de l'homme », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°142, septembre 1998, p. 537-543.

J. B. BLAISE et L. IDOT, « Concurrence, VI La mise en oeuvre des articles 85-86 par la Commission », in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997.

C. BLUMANN, « L'Europe des citoyens », *RMC*, 1991.

T. BLANCHET, « Transparence et qualité de la législation », *RTDE*, 1997.

ULF BRÜHANN, « La directive européenne relative à la protection des données: fondements, histoire, points forts », *Revue française d'administration publique*, 1999, n°89, p. 5-19.

I.CALRLBERG, « L'opaque transparence de l'Union européenne », *Le Monde diplomatique*, juin, 1997.

S. DAHLLÖF, « Une Union européenne plus ouverte? sur les documents de l'UE pouvant être obtenus sur demande et les documents qui ne sont pas communiqués », [www.authorsrights.org](http://www.authorsrights.org).

T. DEBARD, *La Citoyenneté européenne et le Traité de Maastricht*, in C. Philip et P. Soldatos (éds) *La citoyenneté européenne*, Université de Montréal, 2000.

O. DUE, « Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire », *Cahier de droit communautaire*, 1991. p. 386.

J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Juris Classeur Europe*, fasc 160, (à jour au 20 juin 2001).

P.A. FERAL, « L'accès du public aux documents des Institutions communautaires: la consécration d'un droit fondamental de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2001.

P.A. FERAL, « Un pas supplémentaire vers la reconnaissance et la protection d'un droit fondamental dans l'Union européenne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 450, juillet - août 2001 p. 474-485.

Dr. U. M. Gassener, « Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts », *DVBl*. 1 janvier 1995.

F. GAZIN, « Directive relative à l'accès à l'information en matière d'environnement », *Europe*, novembre 1999.

M. HAAG, « Le Médiateur européen », *Juris-Classeur Europe*, Fasc 212.

Christian HEN « La motivation des actes des institutions communautaires », *Cahier de Droit européen*, 1977.

K. HOLMGREN, « La publicité des actes officiels en droit suédois » *RDP* 1968, p. 1019.

J.P. JACQUÉ, « la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *AJDA*, juin 2002, p. 476-480.

R. KOVAR. et D.SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, 1993.

L. KRÄMER, « La directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement : Genèse et perspectives d'application », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* n° 353, déc. 1991, p. 866-876.

F. LAFAY, « L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire », *RTDE* 33, 1997.

N. LENOIR, « La transparence au service de la légitimité démocratique des institutions communautaires », in J. RIDEAU, *La transparence dans l'Union européenne: Mythe ou principe juridique?* CEDORE, L.G.D.J., Paris, 1998.

N. LEROUSSEAU, « Le cas des OGM : accès aux documents administratifs et à l'information », *Colloque transparence et secret.. La documentation française*, op.cit. p. 253.

R. LETTERON, « Droit communautaire et accès aux documents administratifs », *Juris-Classeurs-* 1994, Fasc. 496.

S. MALJEAN-DUBOIS, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à l'information en matière d'environnement, A propos de l'arrêt rendu par la CEDH le 19 février 1998 dans l'affaire Anna Maria Guerra et 39 autres contre Italie », *Revue générale de droit international public*. 01 octobre 1998, n° 4, p. 995-1021.

MARGUÉNAUD, « Inventaire raisonné des arrêts de la CourEDH relatifs à l'environnement », *REDE*, 1/1998.

MARGUÉNAUD, « La Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. jur. envir.* 1999, n° spécial, p. 77.

Prof E. -J. MESTMÄCKER, « De la Communauté économique à l'Union économique et Monétaire », *Revue des Affaires Européennes*, 1995.

T.MODEEN, « La transparence administrative en Finlande », *Ann. Eur. Adm. Publ.* 1989, p. 135.

- J. PERTEK, « La Citoyenneté », *Europe*, éd. Juris-Classeur, Fasc 2730, (à jour au 20 mars 2003).
- P. PESCATORE, « L'exigence de la démocratie et la légitimité de la Communauté Européenne », in *Cahiers de Droit Européen*, 1974, Bruxelles.
- A. PIERUCCI, « Le Médiateur européen », *Rev. marché commun*, 1993, p. 818 -822.
- M.-C. PONTTHOREAU, « La directive 95/46CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *RFD administrative* N°13 Janvier-février 1997, p. 125-138.
- M. PRIEUR, « La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », in La Convention d'Aarhus, *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial, 1999, p. 9-29.
- B. REICH, « Le Traité d'Amsterdam et le champ d'application de la procédure de codécision », *RMC*, 1997.
- S. REIFERGERSTE, « L'articulation du droit communautaire et du droit national de concurrence. Le Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 (..) », *JCP* 2003. ed. G.I.657.B.
- V.J. RIDEAU, « La transparence administrative dans la CEE », *Ann.eur.adm. publ.* vol. XIII, 1989.
- D. RIETLING, « Accès du public aux documents de la Commission », *Europe*, Mai 1997 N°147.
- R. SAINT-ESTEBEN, « Les droits de la défense dans l'application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence », *RAE*, 1994, n°4, p. 49-65.
- J. SCHWARZE, « Tendances vers un droit administratif commun en Europe », *RTD eur.* 29 (2) avr-juin 1993.
- J. SÖDERMAN, « Le citoyen , l'administration et le droit communautaire », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n° 2.
- G. TESAURO, « Droit communautaire et accès du public aux documents administratifs du Conseil », *Europe*, Juin 1996.
- N. THWAITES, « Conseil de l'Union européenne contre Heidi Hautala », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Paris , N. 4/2001.



### III Rapports

#### Rapports de la CADA

- L'accès aux documents administratifs, 5 ème rapport d'activité CADA, La Documentation française, 1988, 107 p
- L'accès aux documents administratifs, 6 ème rapport d'activité CADA, La Documentation française, 1990, 47 p.
- L'accès aux documents administratifs, 8 ème rapport d'activité CADA, La Documentation française, 1995, 127 p.
- Commission d'accès aux documents administratifs : 9<sup>ème</sup> rapport d'activité, Documentation française, Paris, 1999, 138 p.
- Commission d'accès aux documents administratifs : Rapports d'activité 1999-2000/CADA, Documentation française, 2001, 150 p.

#### Rapports de la Commission

- 1er rapport d'activité de la Commission , 1979-1980, La Documentation française, p. 53.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'expérience acquise dans l'application de la directive du Conseil 90/313/CEE du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, COM (2000) 400 final.
- Rapport de la Commission européenne, «Transparence, accès aux documents, relations avec la société civile de 2001»; SG.B.2/VJ/CD D(2001) 350360.
- Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE, COM(2003)265 final, 15/05/2003.
- Rapport de la Commission sur la mise en œuvre des principes du règlement (CE) n° 1049/2001 COM 2003/216/ relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, le 30.1.2004 (COM (2004) 45 final.
- Deuxième Rapport de la Commission de coordination de la documentation administrative,

créée par le décret n° 71-570 du 13 juillet 1971 ( JO 16 juillet 1971, p. 7004. « La coordination documentaire. L'accès du public aux documents administratifs», Doc. Française, 1975, Annexe, p. 39 reproduit in Problèmes politiques et sociaux 1977.

-Troisième rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, Bruxelles, 7 septembre 2001, COM(2001)506 final.

### **Rapports du Conseil d'État**

-Rapport public du Conseil d'Etat, La Transparence dans la vie publique et administrative, *EDCE*, n° 47, 1996.

-Rapport public du Conseil d'Etat, « Considérations générales: la transparence et le secret»? *Etudes et documents*, n° 47, La Documentation française, 1995.

-CE, «La transparence dans la vie publique » rapport public 1995, *La documentation française* 1996.

-Conseil d'Etat, Rapport Public 1995, Études et documents N° 47 P. 30 , La Documentation française.

-Rapport du CE, « La transparence et le secret», *rappport public* 1995, Etude et document CE n° 7, La documentation française, 1996.

### **Rapports du Médiateur**

-Rapport spécial du Médiateur européen au Parlement du 15/12/1997, J.O. C 44 du 10/2/1998. ( 616/PUBAC/F/IJH)

-Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen faisant suite au projet de recommandation adressé à la Commission européenne dans la plainte 713/98/IJH, 23/11/2000.

-Rapport spécial du Médiateur européen à l'attention du Parlement européen consécutif au projet de recommandation au Parlement européen concernant la plainte 341/2001 (BB) IJH du 05/12/2002.

-Rapport spécial du Médiateur au Parlement européen Plainte 1542/2000 (PB) SM du 12 décembre 2002.

## Rapports du Parlement européen

-Rapport du Parlement européen, sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission) - Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures. Rapporteur: CASHMAN Michael A5-0318/2000 ,Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures PE 285.961/DEF.

-Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (COM(2000) 30 C5-0057/2000 2000/0032(COD)).

-Rapport du Parlement européen, Willi Rothley et Carlo Casini (rapporteurs), *Problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique et de la fécondation humaine artificielle*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg 1990

## Autres :

-Guy BRAIBANT, *Les Archives en France, rapport au Premier ministre*, Doc. fse, 1996.

G. BRAIBANT, *Données personnelles et société de l'information : transposition en droit français de la directive n° 95/46/CE, rapport au Premier Ministre*, La Documentation française, Paris, 1998, 291 p.

-Rapport Sénat, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, n° 352 (2003-2004), 16 juin 2004.

-Rapport Sénat, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement , n° 352 (2003-2004), 16 juin 2004.

-Rapport Assemblée nationale n°1595, mai 2004.

-Rapport sur l'institution de la pétition à l'aube du XXIème siècle (2000/2026(INI)), Commission des pétitions, Rapporteurs: Roy James Perry et Margot Keßler PE 232.710 2/2 RR\232710PA.doc.

-14<sup>ème</sup> rapport d'activité 1993, CNIL , Documentation française, Paris, 1994, p. 437.

-«Construire la Société européenne de l'Information pour tous» *Rapport intermédiaire du Groupe d'Experts de Haut Niveau*, janvier 1996.

-Rapport De Baecque du 23 mai 1973 et du 10 juillet 1974.

-Rapport J. Thyraud au nom de la Commission, Doc. Sénat, 1978, n° 378, p.25 et sv.

# JURISPRUDENCES

## Allemagne

- BVerfGE 6,32 (44).  
BVerfGE 18,399 (405f).  
BVerfGE 20,159 (175).  
BVerfGE 27,71 (81).  
BVerfGE 27, 81.  
BVerfGE 28,(243-261).  
BVerfGE 46 202 (210).  
BVerfGE 57, 250 (274).  
BVerfGE 63,45 (61).  
BVerfGE 65,227 (233).  
BVerfG E 65, pp. 1 et ss (Arrêt du 15 décembre 1983, I BvR 209/83 e.a.) in EuGRZ, 1983, pp. 577 et ss.  
BVerfGE 70, 324-358.  
BVerfGE 86,133 (144).  
BVerfG NStZ 1983, 273 (274).  
BVerfG NJW 1983, 2135.  
BVerwG NVwZ 1988, 624.
- BVerwGE 10,37 (43).  
BVerwGE 12, 29§.  
BVerwGE 30, 154 sv.  
BVerwGE 40,237 (252).  
BVerwGE 61.15 OVG Berlin, NVwZ 1987, 817.  
BVerwGE 62, 230, (241).  
BVerwGE 67,304= NVwZ 1984, 445.  
BVerwGE87,152 jugement du 9.4.1991, Buchholz 402.25§2 AsylVfg Nr.15.  
BVerwG décision 5.6. 1984, Buchholz 316 §29 VwVfG NR. 6.  
BVerwG, DVBl 1981, 683.  
BVerwG, NJW 1975, 891.  
BVerwGE NJW 1979, 177  
BVerwG, NJW 1981, 535.  
BVerw GE ,NJW 1991, 2952.  
NJW 1982, 120.

## 2. France

### Conseil d'État :

- CE, 5 mai 1944 Dame veuve Tromprier-Gravier. *Leb.* p. 133; *D.* 1945, p. 256, note Jèze.
- CE, Dumesnil. du 6 novembre 1946, *Leb.* p. 256.
- CE, *Dames Hubert et Crepell* du 11 décembre 1946, *Leb.* p. 456.
- CE, 7 mai 1947, Bornet, R. tables p. 706.
- CE, Ass. 18 novembre 1949, Sieur Carlier, *Rec. Leb.* , p. 490.
- CE, 14 mars 1951, Paraire, *rec.* p. 56
- CE, section 6 mars 1953, Delle Fauchoux, *Rec.*, p. 123, concl. J. Chardeau.
- CE, 12 mars 1954, *Gauthie*, *Rec. Cons.d'Ét.*, p. 821.
- CE, 10 juillet 1954, *Sauter*, *Rec. Cons.d'Ét.*, p. 733.
- CE, Secrétaire d'État à la Guerre c/ Coulon, 11 mars 1955, *Rec.* , RDP, 1955. p. 995, conclu.Grévisse; *D.* , 1955, J.p. 555, note Soto&Léauté; *AJDA*, 1955, IIp. 181, note Long.
- CE, Sect 25 avril 1958, Soc. Laboratoire Geigy, p. 236, concl. C. Heumann, *AJ* 1958, 2 p. 227, *Chron. J. Fournier et M. Combarnous*, *JCP* 1958, n° 10747.
- CE, 6 avril 1962, *Ministre des Affaires étrangères c. Charrier*, *Rec.* , p. 259.
- CE, Ass. 21 juillet 1970, Krivine et Frank, p. 499 *AJ* 1970, p. 607, *Chron. D.Labetoulle et P. Cabanes*, *JCP* 1971, n° 16672, note D.Loschak.
- CE, Sect. 17 déc. 1971, *Rousselot*, *Rec.* , p. 780; *AJDA*1972, p. 94, *Chr. D. Labetoulle et P. Cabaes*; association syndicale autorisée;
- CE, 7 nov. 1973, Commune de Pointe-à-Pitre, *Rec.* , p. 631; 1974, p. 1141, note M. Waline.
- CE, 7 avril 1975, Bouché et 28 octobre 1983, Fogelgesang.
- CE, 4 févr. 1976, *Elissonde*, p. 1069, *DA* 1976, n° 89.
- CE, Ass. 12 oct. 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, p. 371, *AJ*, 1980, p. 248, note C. Debouy, *JCP* 1980, n° 19288, concl. M. Franc.
- CE, Sect. , 14 novembre 1980, Secrétaire d'État aux Postes et Télécommunications c/Collet, *Rec. Leb.*, p. 428. (=p. 91).
- CE, 24 juillet 1981, Cadon: *Rec. CE*, p. 326; *D.* 1982, *jurispr.* p. 592, note J-B. Auby.
- CE, Sect. 24 juillet 1981, *Belasri*, p 322, *Rec. Lachaume*, *AJ* 1981, p. 464 *chron. F. Tiberghien et B. Lasserre*.
- CE, 28 janvier 1982, Kurtz et autres, *GP* 1984, 1, *Panorama* 63.
- CE, 19 fév. 1982, Mme Commaret , *D.* 1983, p. 24 note J. Laveissière.
- CE, Sect. 19 février 1982, *Leb.* p. 78, concl. Dondoux; *AJDA* 1982, p. 395, *chron.* p. 375.
- CE, 26 mars 1982, Ministre de l'Intérieur c/Aboudou Mz.
- CE, sect. 11 juin 1982, Le vDuff, p. 220, *AJ* 1982, p. 583, *chron. F.Tiberghien et B.Lasserre* *JCP* 1983, n° 19953.
- CE, 9 fév. 1983, Bertin, req. n° 34650, *AJDA* 1983, p. 431.
- CE, Sect., 11 février 1983, *Min. Urb. et Log. c/ Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise*, n° 35565, *R.*, p. 56..
- CE, 11 févr. 1983, Min. Urbanisme c/Assoc. Atelier libre d'Urbanisme, *D. adm.* 1983, n° 80-
- CE, 27 avril 1983, Zanone.
- CE, Ass., 19 mai 1983, Bertin , *R.*, p. 208.
- CE, 22 juin 1983 Roujansky, *D.adm.* 1983, n. 314.
- CE, 9 novembre 1984, «Comité dauphinois d'hygiène industrielle», p. 355, *AJ* 1985, p. 287, *RFDA* 1985, p. 439, concl. B. Lasserre.
- CE, sect. 26 juillet 1985, *Amadou*, *Lebon* p. 243; *AJDA* 1985, p. 742, note J.Moreau.
- CE , 17 janvier 1986, Le Bihan.

CE 24 janvier 1986, *Vinçot*, Lebon tables p. 536 ; *Rev. adm.* 1986, p. 141, obs. B. Pacteau.

CE, 6 juin 1986, *Ordre des avocats au barreau de Pontoise, R.*, p. 159.

CE, 27 juin 1986, Association « SOS Défense », *RFDA*, 1987, p. 465, note J.-B. Auby.

CE, 8 juillet 1988, Fédération de la mutualité agricole d'Ile de France.

CE, 2 décembre 1988, Mlle Pokorny, *Recueil Dalloz Sirey*, 1988 p. 180, note Roseline Letteron.

CE, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ Huberschwiller*, rec p. 464.

CE, 16 juin 1989, *Banque de France c/ Huberschwiller*, Lebon tables , p. 688; *RFDA* 1989, p. 973, concl. S. Daël.

CE, 16 juin 1989, *OPHLM de la ville de Paris contre Syndicat des services publics parisiens CFDT*, Lebon tables p. 688 ; *AJDA* 1989, chron. E.Honorat et E. Bapointiste, p. 603 et 634.

CE, 21 juillet 1989, *Assoc. SOS Défense et Bertin*: Rec. CE, tables p. 687.

CE, 19 janvier 1990, *Soc. Française de revues et Soc. Des éditions de la Fortune, AJDA*, 1990, p. 124.

CE, 24 janvier 1990, *Amon*, p. 13, *AJ* 1990, p. 420, concl. M. de Saint-Pulgent.

CE, Sect. 30 mars 1990, Mme Deorge Boëtte, Lebon p. 85; *AJDA* 1990, obs. Xavier Prétôt, p. 553.

CE, 13 juin 1990, *Pentsch et SARL PUB 90*, p. 161 et 162, *JCP* 1990, IV p. 279.

CE, 5 déc. 1990, *Assoc. Le Pohue La Metai, C.J.E.C.*, 1991, p. 106, note R.P.).

CE, 10 avril 1991, *Commune de Louviers c/Mabire-Bex*, leb. tab. p. 948. Rec. CE, tables p. 948; *Dr. adm.* 1991, comm. n° 263.

CE, 19 juill. 1991, *Darvennes et Delarue* : *Gaz. Pal.* 1992, 1, pan.dr. adm. p. 60.

CE, 26 février 1992, *Blanchet*: Rec. CE, tables p. 986- 31 mars 1995 *Le Chaton*, req; n° 146159.

CE, 15 avril 1992, *Min. de la Justice c/assoc. S.O.S. Défense*.

CE, 9 juillet 1993 *association Force ouvrière consommateurs et autres*; *A.J.D.A.* 20 février 1994, p.156-157obs. Xavier Prétot.

CE, Sect. 8 avril 1994, *Ministre des affaires étrangères c/ Mme Jobez*, Rec. Leb. , p. 178.

CE, sect., 12 juillet 1995 *Req.n° 16180, Domarchi*, p. 988, *AJ* 1996, p. 115, chron. J.-H. Sthal et D. Chauvaux.

CE, 8 décembre 1995, *Mouvement de défense des automobilistes*, p. 943.

CE, 27 mars 1996, *M. Boulay*, n° 154957.

CE, 26 juillet 1996, *Assoc. des utilisateurs de données publiques, économiques, sociales et autres, D*, 1997. 219, note Maisl; *RFDA*, 1996. 1054.

CE, 13 juin 1997, *Ministre de la Défense c/ M. Pourbagher*, Conclusion C. Bergeal, *RFDA*, 14 (2), mars-avril 1998, p. 360, note B. Warusfel, *Droit&Défense*, 1998/2, p. 56-63.

CE, 7 octobre 1998, *Association des utilisateurs de données publiques économiques et sociales* Leb.p. 355. concl. jean-Denis Combrexelle; rapport. Y.Gouin , *Petites Affiches* 26 juillet 1999, p. 19.

CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *AJDA*, 1999, p. 460, chron . F.Raynaud et P.Fonbeur, p. 401.

CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*.

CE, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes..*

CE, 4 mai 2001, *Assoc. pour l'égalité républicaine à l'École polytechnique*.

CE, 1er juin 2001, *Union régionale CFTCPTT de Lorraine*.

CE, 29 avril 2002, *Ullmann*, requ. n° 228830, *AJDA*, 9, 2002, p. 691, note Raimbault, P. D.adm., 2002, n° 100, note P.D.

CE, réf., 21 juin 2002, *Syndicat « Lutte pénitentiaire»*.

### 3.Italie

#### **Cour constitutionnelle :**

Sent. N° 56 de 1963, *Giur. Cost.*, 1963, p. 498  
Sent. N° 131 de 1985, *Giur. Cost.*, 1985, p. 928.  
Sent. N° 238 de 1988, *Giur. Cost.*, 1988, p. 1033.  
Sent. N° 733 de 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 3351.  
Corte Costituzionale, Sent. N°453, 26 septembre 1990, *Giur. Cost.* ,1990, p. 2587.  
Sent N° 407 de 1992, *Giur. Cost.*, 1992, p. 3502.  
Sent. N° 197 de 1993 *Giur. Cost.*, 1993, p. 1348.  
Sent. N° 295 de 1994, *Giur. Cost.*, 1994, p. 2568.  
Sent. N° 311, 1994, *Giur. Cost.*, 1994, p. 1894.

#### **Conseil d'État :**

Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 1993, n° 1036, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1418.  
Cons. St., Sez. IV, 1er janvier 1994 n° 21 in *Cons. Stato*, 1994, I, 5.  
Cons. St., Sez. IV, 23 octobre 1995, n. 1483, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1349.  
Cons. St., Sez. VI, 3 février 1996 n. 98, in *Cons. Stato*, 1996, I, 133.  
Cons. St., Sez. IV, 10 septembre 1996, n°1024, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1306.  
Cons. St., Sez VI, 1<sup>er</sup> octobre 1996, n°1288, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1535.  
Cons. St., AD. PLEN.; 4 février 1997, n. 5, in *Cons. Stato*, 1997, I., 129.  
Conseil d'Etat sez. IV, 4 février 1997 n. 82, *Giornale di diritto amministrativo* , n. 11/ 1997, p. 1015.

#### **Tribunal administratif régional :**

TAR Lombardia, Sez. Brescia, 26 mars 1991, n° 268, in *Foro amministrativo*, 1992.  
TAR Sicilia, Catania, II sez., 9/4/1991, n° 118.  
TAR Marche, 21 juin 1991, n° 394 , in *I Trib. Amm. Reg.*, 1991, I, 3060, e in *Giurisprudenza di merito*, 1992, II, 718.  
TAR Emilia- Romagna, Bologna, sez. II, 20/2/1992, n° 78.  
TAR Lazio, SEC. I. 24 janvier 1992, n. 729.  
TAR Sicilia-Palermo, Sez. I, 21 janvier 1993, n° 25.  
TAR Lazio, Sez. II, 11 janvier 1993, n. 4 , in *Foro amministrativo*, 1993, 1993, 1064.  
TAR Toscana, Sez. III, du 29 mai 1993, n. 190, in *I Trib. Amm. Reg.*, 1993, I, 2619.  
TAR Vénétie, Sez. II, 25 mars 1995, n° 456.  
TAR, Molise, 5 octobre 1995, n° 219, in *Foro amministrativo*, 1996, 2040.  
TAR Lazio, Sez. III, 1§ novembre 1995, n° 1820.  
TAR Lazio, Sez. I, 16 septembre 1996, n° 1547, in *Foro amministrativo*, 1997, III, 403.  
TAR Lombardia, Sez. I, 15 janvier 1997, n 45.  
TAR Toscana, III sect., 19/12/2000, n° 2731.  
TAR Liguria 24 aprile 2002 n. 3347, 3351, 3354, 3357, 3361, 3364, 3365, 3367 et 3370.  
TAR Lazio, III° sect. 15/01/2003, n° 9852/02.

## 4 Union européenne

### **Cour de justice des Communautés européennes :**

- CJCE, 1957, Société des usines à tubes de la Saar/Haute Autorité, aff., 1/57 et 14/57, Rec. 209.
- CJCE, 22 mars 1961, SNUPAT c. Haute Autorité, aff. jtes 42 et 49/59.
- CJCE, 4 juillet 1963, Allemagne c/ Commission, aff. 24/62, Rec. 1963, p. 143.
- CJCE, 4 juillet 1963, Alvis c/ Conseil, aff. 32/62, Rec. 1963, p. 101.
- CJCE, 13 mars 1968, W. Beus GmbH & Co. Contre Hauptzollamt München, aff. 5/67, Rec. 1968.
- CJCE, 10 mars 1970, Csion c. Italie, aff. 7/69, Rec. 1970, p. 117.
- CJCE, 31 mars 1971, Csion c. Conseil, aff. 22/70, Rec. 1971, p. 263.
- CJCE, 14 juillet 1972, Geigy, aff. 52/69, Rec. 1972, p. 787.
- CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can co.inc. / Commission, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.
- CJCE, 20 juin 1973, *NV Koninklijke Lassiefabrieken contre Hoofprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 80/72, Rec. 1973, p. 635.
- CJCE, 13 novembre 1973, Werhahn Hansamühle, aff. 63/72, Rec. 1973, p. 1229.
- CJCE, 20 mai 1974, König, aff. 185/73, Rec. 1974, p. 607.
- CJCE, 29 mai 1974, Hauptzollamt Bielefeld, aff. 185/73, Rec. 1974, p. 607.
- CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn c/ Home officie, aff. C-41/74, Rec. 1974, p. 1251.
- CJCE, 23 octobre 1975, aff. C—35/75, Matisa Maschinen GmbH / Hauptzollamt Berlin Packhof , aff. C-35/75, Rec. 1975, p. 1205.
- CJCE, 1<sup>er</sup> février 1977, Biens d'investissement, aff. 51/76, Rec. 1977, p. 113.
- CJCE, 5 avril 1978, Ratti, aff. 148/78, Rec. 1979, p. 1629.
- CJCE, 13 fév. 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission, aff. 85/76; Rec. 1979, p. 461.
- CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, Rec. 1980, p. 2033
- CJCE, 16 nov. 1981, Foglia c/Novello, aff. 244/80, Rec. 1981, p. 3045.
- CJCE, 26 novembre 1981, Michel/Parlement , aff. 195/80, Rec . p. 2861.
- CJCE, 25 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-96/81, Rec. 1982, p. 1791.
- CJCE, 23 mai 1985, Commission c/ Allemagne, aff. C-29/84, Rec. 1985, p. 1661.
- CJCE, 20 juin 1985, De Compte c/ Parlement européen, aff. 141/84. Rec. 1985, p. 1951.
- CJCE, 25 octobre 1985, AEG Telefunken A.G./Commission, aff. 107/82, Rec., p. 3151.
- CJCE, 15 mai 1986, Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 22/84, Rec. 1986, p. I-1651.
- CJCE, 8 juillet 1987, Commission c/ Belgique, aff. C-247/85, Rec. 1987, p. I-3029.
- CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens et autres*, aff. C-222/86, Rec. p. I-4097.
- CJCE, 15 déc. 1987, Deutsche Babcock, aff. C-328/85: Rec. 1987, p. I-5119.
- CJCE, 18 octobre 1989, Orkem contre Commission des Communautés européennes, aff. C-374/87, Rec. 1989 p. 3283.
- CJCE, 18 octobre 1989, Solvay et Cie c/ Commission, aff. 27/88, Rec. 1989, p. I-3355.
- CJCE, 14 février 1990, Delacare c/ Commission, aff. C-350/88, Rec. 1990, p. I-395.
- CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing/ Comercial International de Alimentacion, aff. C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135.
- CJCE, 21 novembre 1991, TU München Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.
- CJCE, 10 mars 1992, Hüls c/ Commission, aff. T-9/89, Rec. 1992 II- 529.



CJCE, 29 juin 1994, TransMarine Paint Association c/Commission, préc Fiskano AB c/Commission, aff. C-135/92, Rec. 1994-6. p. I-2885.  
 CJCE, 13 juillet 1995, Espagne/Conseil C-350/92, Rec. 1995, p. I-1985.  
 CJCE, 17 octobre 1995, Werner, C-70/94, Rec. p. I-3189.  
 CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, aff. C-58/94, Rec.1996 p. I-2169.  
 CJCE, 5 mars 1998, Inpesca , aff. C-199 et 200/94.  
 CJCE, 17 juin 1998, W. Mecklenburg c/ Kreis Pinneberg – der Landrat, aff. C-321/96, Rec. p. I-3809.  
 CJCE, 9 septembre 1999, Commission c/ Allemagne, aff. C-217/97, Rec. 1999 p. I-5087.  
 CJCE, 11 janvier 2000, aff. jointes C-174/98 P et C-189/98 P, Rec. 2000 p. I-1.  
 CJCE, 30 mars 2000, P VBA/Florimex e.a, aff. C-266/97, Rec.2000, I-2135.  
 CJCE, 30 mars 2000, P, Florimex c/ Commission, aff. C-265/97, Rec. 2000, I-2061.  
 CJCE, 10 juillet 2001, Ismeri Europa Srl c/ Cour des comptes, aff. C-315/99, Rec. 2001, p. I-5281.  
 CJCE, 6 décembre 2001, Conseil c/ Hautala, aff. C-353/99P, Rec. 2001, I-9565.  
 CJCE, 22 octobre 2002, Roquettes Frères SA, aff. C-94/00, Rec. p. I-9011.  
 CJCE, 6 mars 2003, Interpors Im- et Export GMBH c/ Commission, aff. C-41/00P, Rec. 2003, I-2125.  
 CJCE, 20 mai 2003, Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk, aff. C-465-00, Rec. 2003, p. I-4989.  
 CJCE, 26 juin 2003, Commission c/ République française, aff. C-233/00, Rec. 2003, p. I-6625.  
 CJCE, 22 janvier 2004, Mattila c/ Conseil et Commission, aff. C-353/01P., Rec. 2004 p.I-0.  
 CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland, aff. C-204/00 P. e.a. non encore publié.

### **Tribunal de première instance:**

TPI, 10 juillet 1991, ITP Ltd c/ Commission 1991, aff. T-76/89, Rec. 1991, p. II-575.  
 TPI, 24 janvier 1992, La Cinq SA c/ Commission, aff. T-44/90, Rec.1992, p. II-1.  
 TPI, 10 avril 1992, Bollendorf/ Parlement, aff. T- 15/91, Rec. p. II- 1679.  
 TPI, 2 juillet 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commission, aff. T-61/89, Rec. p. II-1931.  
 TPI, 20 mai 1994, Obst/ Commission, T-510/93, Rec. FP p. II-461.  
 TPI, 12 janvier 1995, Branco/Commission, T-85/94, Rec. p. II-45.  
 TPI, 29 juin 1995, Solvay SA c/ Commission, aff. T-30/91, Rec. 1995, p. II-1775.  
 TPI 19 octobre 1995, John Carvel et Guardian Newspaperers Ltd c/Conseil , aff. T-194/94, Rec 1995, p. II-2765.  
 TPI, 30 novembre 1995, Branco/Cour des Comptes, T-507/93, Rec. FP p. II-797.  
 TPI, 19 juin 1996, NMH Stahlwerke GmbH e.a., aff. T-134/94 e.a, Rec. p. II-2293.  
 TPI, 5 mars 1997, WWF UK c/ Commission, aff. T-105/95,Rec. 1997, p. II-313.  
 TPI, 19 mars 1997, Oliveira/Commission, aff.T-73/95: Rec 1997, p. II-381  
 TPI, 16 avril 1997, Kuchlenz-Winter/ Commission, Rec. p. II-637, IA-79, II-235.  
 TPI, 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission, aff ; T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739.  
 TPI, 6 février 1998, Interporc Im- und Export GmbH/ Commission, aff. T-124/96, Rec. p. II-231.  
 TPI, 3 mars 1998, Hanne Norup Carlsen/e. a c/ Conseil, T-610/97R, Rec 1998, II- 485.  
 TPI, 19 mars 1998, Gérard Van der Wal c/ Commission, aff. T-83/96, Rec. P. II-545.  
 TPI, 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet c/Conseil, aff. T-174/95, Rec. 1998, II-2289.  
 TPI, 9 juillet 1999, New Europe Consulting LTD et M.P. Brown c/ Commission, aff. T-

231/97, Rec. 1999, p. II- 2403.  
TPI, 19 juillet 1999, Hautala c/ Conseil, aff. T-14/98, Rec. 1999, p. II-2489;  
TPI, 19 juillet 1999, Rothmans International BV c/Commission, aff; T-188/97, Rec. 1999, II-2463.  
TPI, 14 octobre 1999, The Bavarian Lager Company Ltd c/ Commission aff. T-309/ 97, Rec 1999 p. II-3217.  
TPI, 27 octobre 1999, Karl Meyer c/ Commission, aff. T-106/99, Rec. 1999, p. II-3273.  
TPI ,17 février 2000, Stork Amsterdam BV / Commission des Communautés européennes, aff. T-241/9, Rec. 2000 p. II-309.  
TPI, 6 avril 2000, Kuijer c/ Conseil, aff. T-188/98, Rec. 2000, p. II-1959.  
TPI, 10 mai 2000, SIC/Commission, aff. T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125.  
TPI, 6 juill. 2000, Volkswagen/Commission, aff. T-46/98, Rec. 2000, II- 2707.  
TPI, 13 septembre 2000, Denkavit Nederland BVc/Commission, aff. T-20/99, Rec. 2000, p. II-3011.  
TPI, 8 novembre 2000, Ghignone e. a c / Conseil, aff; T-44/97, Rec. 2000, A-223-1023.  
TPI, 25 juin 2001, British American Tobacco Ltd c/ Commission, aff. T-311/00, Rec. 2002, p. II-2781.  
TPI, 11 décembre 2001, et a. c/Commission, aff. T-191/99, Rec. 2001, p. II-3677.  
TPI, 30 janvier 2002, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH/ Commission, aff. T-54/99, Rec. 2002, p. II-00313.  
TPI, 7 février 2002, Kuijer c/ Conseil, aff. T-211/00, Rec. 2002, p. II-485.  
TPI, 10 avril 2002, Lamberts c/ Médiateur, aff. T-209/00, Rec. II. 2002 p. 2203.  
TPI, 17 septembre 2003, Mara Messina c/ Commission, aff. T-76/02, Rec. P. II-0.

**Affaires pendantes :**

TPI, Verein für Konsumenteninformation c/ Commission, aff. T-2/03  
TPI, British American Tobacco (Investements) Ltd c/ Commission, aff. T 170/0  
TPI, Technische Glaswerke Ilmenau GmbH c/ Commission, aff. T-237/02  
TPI, Internationaler Tierschutz-Fonds (IFAW)GmbHc/Commission aff. T-168/02  
TPI, Scippacercola c/ Commission, aff. T-187/03.



## INDEX ALPHABETIQUE <sup>1</sup>

Accès partiel.....	200
Acte administratif.....	201
Actes internes.....	200,201
Allemagne.....	297
Autorité publique.....	272
Avis juridiques.....	84
BDSG.....	583
BDSG (1977),.....	546
BDSG de 2001.....	558
Bon fonctionnement de l'administration.....	308
CADA.....	135,223
CADA France.....	481
Caractère confidentiel des délibérations.....	278
Catégories de secrets.....	391
CEDH.....	79,246
Charte de l'environnement.....	301
Charte des droits fondamentaux de l'Union.....	369
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	114
Citoyen.....	185,189,192,432
Citoyenneté européenne.....	99
CJCE.....	35,330,468
CNIL.....	125,543
CNIL des pouvoirs de sanctions administratives.....	542
Code de procédure administrative.....	389
Code pénal.....	203
Collecte, le traitement et l'utilisation de données personnelles.....	553
Communication.....	190,200,228,449
Concurrence.....	347,434
Conférence de Sofia.....	255
Conseil.....	113,208,344,462
Conseil constitutionnel.....	399
Conseil d'État.....	194
Conseil de l'Europe.....	15,243,626
Conseil européen.....	33
Constitution italienne.....	179
Construction européenne.....	103,224
Contrôle <i>a posteriori</i> .....	458
Contrôleur européen de la protection des données.....	467,468
Convention d'Århus.....	251
Convention sur l'accès à l'information.....	300
Cour constitutionnelle.....	passim
D.Lgs. n° 39/1997.....	341
Danemark.....	296
Définition de document administratif.....	199

<sup>1</sup> Les chiffres renvoient aux pages du texte.

Délai de réponse .....	274
Démocratie administrative .....	345
Démocratie de proximité .....	300
Détaché à la protection des données .....	583
Directive .....	passim
Directive 2003/4/CE.....	295
Directive 95/46/CE.....	109,433,648
Documents achevés .....	140
Documents classés.....	158
Documents non communicables.....	152
Données à caractère personnel .....	438,462
Données sensibles .....	507
Droit à l'information .....	456
Droit allemand.....	225
Droit communautaire.....	261,433,434
Droit d'accès à l'information .....	passim
Droit d'accès au dossier .....	386
Droit d'accès aux dossiers.....	345
Droit d'être entendu .....	356
Droit d'opposition .....	645
Droit de la défense.....	206
Droit de pétition .....	108
Droit français.....	297,434
Droit interne .....	302
Environnement .....	185,296,344
États membres .....	295
Exceptions absolues .....	74
Exceptions au droit d'accès.....	294
Fonction de contrôle du <i>Garante</i> .....	606
Fonction et l'utilité de l'obligation de motivation .....	384
Formalités préalables au traitement France.....	484
France.....	297
Garante .....	591,614
Information en matière d'environnement.....	28
Informations nominatives France.....	480
Italie.....	297
Juge administratif .....	169,195,206
L'accès informel aux documents.....	214
L'accès partiel .....	333
L'arrêt Guerra.....	250
L'autodétermination informationnelle .....	548,550
L'ex RDA .....	393
L'information de la personne concernée .....	435
L'information en droit français .....	121
L'intérêt final traitement .....	648
L'inviolabilité du droit de la défense .....	420
L'obligation de motivation Allemagne .....	383
La notion d'institution.....	38
Länder.....	321
Le délégué fédéral à la protection des données.....	555

Le juge communautaire .....	333
Législateur .....	191,204,431
Législations spécifiques .....	298
Les traitements de souveraineté (France).....	515
Liberté .....	295
Liberté d'expression .....	250
Limites à la liberté d'accès à l'information.....	277
Loi BDSG de 1990.....	552
Loi du 17 juillet 1978.....	125
Loi du 31 décembre 1996, n° 675, l'Italie.....	590
Loi fondamentale.....	225
Loi L. 142/1990.....	339
Loi n° 241/90.....	183
Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 .....	477
Manque de transparence.....	31
Médiateur .....	64,469
Motivation des actes communautaires .....	96
OGM.....	316,317
ONU .....	243
Organismes privés .....	560
Parlement européen.....	30,291,468,469
Participation à la procédure administrative .....	423
Personne physique.....	529
PESC .....	78
Politique communautaire de l'environnement .....	262
Préambule constitutionnel.....	400
Principe constitutionnel de l'État de droit.....	383
Principe de transparence.....	passim
Principes constitutionnels.....	373
Principes généraux du droit.....	447
Privacy.....	208
Procédure administrative.....	347
Procédure administrative communautaire.....	353
Procédure administrative non contentieuse Italie.....	422
Procédure judiciaire.....	372
Procédure relative à la protection contre les nuisances.....	395
Procédure spécifique .....	394
Processus décisionnel.....	225,260
Protection des données à caractère personnel .....	434,435
raison d'État .....	11
Règlement (CE) n° 1049/2001 .....	36
Règlement n° 17/62 .....	349
Saisine obligatoire de la Commission d'accès aux documents administratifs .....	164
Schengen SIS.....	442
Secret.....	155,183,184,203
Secret en matière industrielle et commerciale.....	312
Sénat .....	137,543
Services de protection de la Constitution.....	576
Système juridique italien.....	339
TPI.....	35

Traité d' Amsterdam .....	36,462
Traité de Constitution pour l'Europe .....	449
Traité sur l'Union européenne.....	33
Traitement de données à caractère personnel.....	455
Transparence administrative encore imparfaite .....	152
Transparence administrative face aux citoyens.....	133
Transposition.....	302
Transposition de la Directive .....	320
Transposition de la Directive 90/313/CEE en droit allemand.....	321
Transposition en droit allemand.....	236
Transposition France directive.....	493
UIG.....	236,331
Union européenne .....	13,31,326,449
Verrouillage total ou partiel des données à caractère personnel .....	614
Vie privée et familiale .....	249,433
VwVfG.....	395

# TABLE DES MATIERES

<b>TABLEAU DES ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>3</b>
<b>PLAN SOMMAIRE.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>9</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE LE DROIT D'ACCES GENERAL A L'INFORMATION ADMINISTRATIVE DANS L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>25</b>
<b>TITRE I LE DROIT D'ACCES GENERAL AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS DANS L'UNION EUROPEENNE .</b>	<b>27</b>
<b>CHAPITRE I La transparence administrative au niveau communautaire.....</b>	<b>29</b>
SECTION I Le droit d'accès aux documents dans l'Union européenne.....	30
§1 Le cadre juridique initial du régime communautaire de l'accès aux documents .....	30
§2 La reconnaissance juridique explicite par le Traité d'Amsterdam du droit d'accès aux documents.....	34
A L'étendue du droit d'accès aux documents dans l'Union européenne.....	35
1 Le champ d'application personnel du droit d'accès.....	35
a Le champ d'application institutionnel.....	35
b La notion d'institution couverte par le Règlement (CE) n° 1049/2001 .....	37
c Les bénéficiaires du droit d'accès aux documents .....	41
2 Le champ d'application matériel du droit d'accès à l'information limité par la définition de «document» .....	43
a Un droit d'accès limité par la définition de document .....	44
b Le droit d'accès partiel aux documents .....	48
3 Un droit d'accès aux documents s'appliquant à tous les domaines d'activités de l'Union européenne .	52
B La transparence des travaux du Conseil agissant en sa qualité de législateur.....	54
1 Les mesures garantissant la transparence du processus législatif.....	54
2 Le droit d'accès aux documents limité aux documents «législatifs» en phase finale d'adoption.....	55
SECTION II Les garanties du droit d'accès aux documents .....	60
§1 Les aspects procéduraux du droit d'accès aux documents.....	61
A La nécessité d'une demande écrite .....	61
B Le délai de réponse aux demandes d'accès .....	62
C Les voies de recours externes .....	65
§2 La mise en place d'un système actif d'information .....	67
§3 Un droit d'accès aux documents limité par une interprétation large des exceptions .....	71
A Les exceptions absolues .....	72
1 L'invocation de la sécurité publique comme motif de refus d'accès aux documents.....	73
2 Les relations internationales et le refus d'accès.....	75
3 La protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu comme limite au droit d'accès aux documents.....	76
B Les exceptions soumises à un contrôle d'intérêt public.....	81
1 La protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques.....	82
2 Le refus d'accès aux documents internes préalable à la prise de décision définitive .....	85



3 La limitation du droit d'accès dans le cas de documents émanant de tiers .....	87
SECTION III Les mesures d'information générales prévues par le Traité instituant la Communauté européenne ..	93
§1. La publicité et la motivation des actes communautaires.....	93
A L'obligation de publication des actes communautaires .....	93
B La motivation des actes communautaires .....	95
§2 La citoyenneté européenne au service de la légitimité démocratique et la transparence des institutions communautaires .....	98
A Les attributions de la citoyenneté européenne .....	100
1 Les droits politiques.....	101
2 Droits liés à la construction européenne .....	102
3 Les droits liés à l'administration.....	104
B Les droits rattachés à la citoyenneté européenne contribuent à rendre le fonctionnement de l'Union européenne transparent .....	107
1 Le droit de pétition.....	107
2 Le Médiateur européen et la transparence administrative .....	109
a Le Médiateur garant de la démocratie et de la transparence européenne .....	110
b Le contrôle de la transparence à travers les pouvoirs d'investigation du Médiateur.....	114
<b>CHAPITRE II La transparence administrative dans les systèmes juridiques français, italien et allemand .....</b>	<b>119</b>
SECTION I Le droit d'accès général à l'information en droit français .....	120
§1 La confidentialité au centre de la culture administrative .....	120
A Les obstacles légaux à l'accès à l'information avant la loi n° 78-753 .....	121
B L'information embryonnaire des administrés sur l'activité des autorités publiques.....	124
1 Les obligations d'information imposées aux autorités publiques .....	124
2 L'information à travers les commissions d'enquête.....	125
§2 Le droit d'accès aux documents administratifs.....	128
A La genèse du droit d'accès aux documents se caractérise par une intervention décisive des parlementaires .....	129
B L'étendue et la mise en œuvre du droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 78-753 .....	134
1 Le champ d'application personnel .....	135
a Le champ d'application institutionnel limité aux autorités administratives.....	135
b Un champ d'application des bénéficiaires très large.....	136
2 Le champ d'application matériel limité par la notion de document administratif.....	137
a La définition de document administratif.....	137
b La forme du document administratif limitée aux documents achevés .....	139
c Le droit d'accès aux documents contenant des données nominatives ou personnelles .....	142
3 Un champ d'application élargi aux régimes spéciaux.....	147
§3 Une transparence administrative encore imparfaite.....	150
A Les documents non communicables.....	151
1 Les documents non administratifs .....	151
2 Les documents de caractère administratif pourtant exclus du droit d'accès.....	152
B Les exceptions absolues au droit d'accès aux documents administratifs.....	153
1 Une formulation très vague des catégories de secret .....	154
2 Le secret de la défense nationale comme moyen efficace pour faire obstacle au droit d'accès aux	

documents administratifs .....	156
C Les problèmes de mise en œuvre pratique du droit d'accès aux documents administratifs .....	160
1 Les modalités pratiques de communication des documents administratifs .....	160
2 L'absence d'un mécanisme original permettant de faire sanctionner les manquements aux obligations de transparence .....	163
a La saisine obligatoire de la Commission d'accès aux documents administratifs en cas de refus ne garantit pas un droit d'accès effectif.....	164
b Le recours contentieux devant le juge administratif, ultime moyen d'action de l'intéressé pour obtenir la communication du document demandé .....	168
b-1 Le recours devant le juge administratif.....	169
b-2 La requête au juge du « référé ».....	171
3 Une administration publique qui n'a pas su abandonner complètement sa culture de la confidentialité .....	176
SECTION II La transparence administrative en droit italien.....	179
§1 Les principes constitutionnels de l'activité administrative et leur rattachement à la transparence administrative.....	179
§2 Le droit d'accès aux documents garanti par la loi n° 241/90.....	182
A Le droit d'accès avant la loi n° 241/90, reconnu dans des secteurs spécifiques de l'activité administrative .....	182
B Le droit d'accès aux documents reconnu comme principe général par la loi n° 241/1990.....	186
1 La procédure législative de la loi n° 241/1990.....	187
2 La finalité de la loi n° 241/1990 : la publicité du processus décisionnel de l'action administrative ....	188
3 Le champ d'application personnel du droit d'accès aux documents .....	191
a Les sujets titulaires du droit d'accès : les positions légitimes.....	191
b Le champ d'application personnel.....	197
4 Le champ d'application matériel .....	198
a Définition de document administratif .....	198
b Les actes internes.....	200
C Les limites au droit d'accès aux documents .....	201
1 Les limites obligatoires au droit d'accès aux documents .....	201
a La sauvegarde des intérêts publics fondamentaux .....	202
b La confidentialité de la vie privée .....	204
2 Les limites facultatives du droit d'accès prévues par la loi : la faculté de différer le droit d'accès aux documents administratifs .....	208
§3 La mise en œuvre du droit d'accès aux documents administratifs par le DPR n° 352 du 27 juin 1992 .....	210
A Les caractéristiques principales du Règlement n° 352/92.....	210
1 Considérations générales .....	211
2 Contenu du Règlement n° 352/1992 .....	212
a L'accès garanti par la publication, le dépôt ou toute autre forme de publication, y compris les instruments informatiques et télématiques .....	213
b L'accès informel aux documents .....	213
c L'accès formel aux documents .....	214
B La protection juridictionnelle du droit d'accès aux documents administratifs.....	216
C La Commission pour l'accès aux documents administratifs.....	219

1 Les compétences de la CADA .....	219
2 Les pouvoirs limités de la CADA .....	221
SECTION III Le droit d'accès à l'information en droit allemand .....	224
§1 La notion de publicité administrative en droit allemand ne reconnaît pas un droit d'accès général aux documents administratifs.....	224
A La possibilité de reconnaître un droit d'accès général à l'information à travers la loi fondamentale.....	225
1 La liberté d'information garantie par l'article 5 alinéa 1 de la Loi fondamentale.....	225
2 Les sources d'information généralement accessibles.....	228
B La transparence des processus décisionnels garantie par la loi fondamentale limitée au pouvoir législatif .....	229
§2 La transparence limitée des autorités administratives .....	230
A L'absence d'un droit général d'accès aux documents administratifs .....	231
1 Des situations particulières dans lesquelles l'accès aux documents administratifs est nécessaire au citoyen pour garantir ses droits.....	231
2 La publication des dispositions administratives.....	232
B La publicité limitée des dossiers administratifs.....	234
C L'évolution du droit d'accès général aux documents administratifs influencé par le droit communautaire .....	236
<b>TITRE II LE DROIT D'ACCES A L'INFORMATION ENVIRONNEMENTALE DANS L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>240</b>
<b>CHAPITRE I La reconnaissance du droit à l'information environnementale par le droit international et le droit communautaire.....</b>	<b>244</b>
SECTION I La proclamation du droit d'accès à l'information environnementale par les instruments internationaux .....	245
§1 Des textes à vocation universelle .....	246
§2 L'affirmation du droit d'accès à l'information environnementale par le Conseil de l'Europe et la CEDH..	248
A Le Conseil de l'Europe et le droit d'accès à l'information environnementale.....	249
B La création purement prétorienne du droit d'accès à l'information environnementale garantie par la CEDH .....	251
§3. La reconnaissance du droit d'accès à l'information environnementale par la Convention d'Århus .....	255
A L'adoption de la Convention d'Århus .....	256
1 La Conférence de Sofia .....	257
2 Les lignes directrices de la conférence de Sofia .....	257
B La Convention d'Århus et le droit d'accès à l'information .....	259
1 Le droit d'accès à l'information.....	260
a Une définition très large de l'environnement.....	260
b L'accès renforcé à l'information .....	261
c Une systématisation de l'obligation d'information .....	262
2 La participation du public au processus décisionnel .....	263
3 L'accès à la justice.....	263
SECTION II La liberté d'accès à l'information environnementale en droit communautaire.....	264
§1 L'évolution récente de la politique communautaire de l'environnement .....	264
A Les premiers programmes en matière d'environnement de la CEE.....	265
B La reconnaissance d'une base légale explicite à la politique communautaire de l'environnement par l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht .....	267

C L'adoption de la Directive 90/313/CEE .....	268
§2. La liberté d'accès à l'information environnementale .....	270
A Le champ d'application matériel de la liberté d'accès à l'information environnementale .....	270
B Le champ d'application personnel de la Directive 90/313/CEE .....	273
1 Les titulaires du droit d'accès à l'information .....	273
2 La définition d'autorité publique .....	274
C Les modalités pratiques de l'accès à l'information.....	276
1 Le délai de réponse de l'autorité publique à une demande d'accès.....	276
2 La subordination de la communication de l'information au paiement d'une redevance .....	277
3 La diffusion des informations environnementales .....	278
§3 Les limites à la liberté d'accès à l'information.....	279
A Le caractère confidentiel des délibérations des autorités publiques, des relations internationales ou le secret de la défense nationale.....	280
B Les affaires qui sont ou ont été pendantes devant une juridiction .....	281
C Le secret commercial et industriel, y compris la propriété intellectuelle.....	282
Section III Le droit à l'information en matière d'environnement applicable aux institutions communautaires.....	286
§1 Les principes directeurs du code de conduite de 1993 par rapport à la Directive 90/313/CEE .....	286
A Le champ d'application du code de conduite en comparaison avec la Directive 90/313/CEE .....	286
1 Le champ d'application matériel .....	286
2 Le champ d'application personnel .....	287
B Les exceptions au droit d'accès à l'information .....	288
C Les modalités d'accès à l'information dans le code de conduite et dans la Directive 90/313/CEE.....	292
§2 La compatibilité du Règlement 1049/2001/CE avec la Directive 90/313/CE.....	295
A Le champ d'application élargi.....	295
B La mise en œuvre du droit d'accès à l'information modifié, permettant un accès à l'information plus rapide .....	296
C Les exceptions au droit d'accès.....	298
<b>CHAPITRE II L'accès à l'information environnementale dans les États membres, l'exemple français, allemand et italien .....</b>	<b>300</b>
SECTION I La transposition de la Directive communautaire 90/313/CEE en droit français .....	300
§1 La prise de conscience progressive des enjeux liés à l'environnement en France et son évolution.....	301
A La prise en compte de l'information relative à l'environnement dans le droit français.....	301
B Le droit à l'information sur la voie d'une reconnaissance constitutionnelle.....	304
§2 Une transposition incomplète de la Directive 90/313/CEE en droit français.....	305
A Un champ d'application matériel plus restreint.....	306
1 Le champ d'application matériel plus limité.....	306
2 Le champ d'application personnel .....	309
B Les limites au droit d'accès à l'information trop générale.....	310
1 Les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration .....	311
a Les exceptions visant à assurer le bon fonctionnement de l'administration .....	311
b La protection des « procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures » .....	312
2 Les exceptions visant à protéger l'intérêt général.....	314
3 Les exceptions visant la protection légale des intérêts privés et le secret en matière industrielle et	

commerciale .....	315
a Les exceptions visant la protection légale des intérêts privés .....	315
b Le secret en matière industrielle et commerciale .....	315
C La mise en œuvre du droit d'accès à l'information .....	318
1 Les caractéristiques de la procédure d'accès à l'information .....	318
2 La mise en œuvre du droit d'accès à l'information dans le cas concret des organismes génétiquement modifiés .....	319
SECTION II La transposition de la Directive 90/313/CEE en droit allemand et italien .....	324
§ 1 Une transposition marquée par l'héritage d'une administration habituée à agir dans le secret .....	324
A La transposition de la Directive 90/313/CEE en droit allemand garantit une liberté publique nouvelle : le droit d'accès à l'information environnementale .....	324
1 L'importance de la UIG dans le système juridique allemand .....	325
2 La transposition au niveau des Länder et au niveau fédéral .....	326
B La compatibilité de la loi de transposition avec la Directive 90/313/CEE .....	330
1 Champ d'application de la loi UIG .....	330
a Personnes concernées par la liberté d'accès à l'information .....	331
b Les autorités publiques concernées par le droit d'accès .....	331
c Le champ d'application matériel .....	332
2 Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs relatifs à l'environnement .....	335
3 La mise en œuvre du droit d'accès .....	337
§2 Le renforcement du droit d'accès à l'information en droit italien garanti par les dispositions législatives nationales par la transposition de la Directive 90/313/CEE .....	342
A Les différentes dispositions normatives dans le domaine du droit d'accès à l'information environnementale .....	342
B La transposition de la Directive 90/313/CEE par le D.Lgs. n° 39/1997 .....	344
1 Un champ d'application subjectivement élargi .....	344
2 Le champ d'application objectif élargi .....	345
<b>DEUXIÈME PARTIE      LE DROIT D'ACCES PERSONNEL A L'INFORMATION .....</b>	<b>350</b>
<b>TITRE I LE DROIT D'ACCES A L'INFORMATION GARANTI DANS LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES ...</b>	<b>352</b>
<b>    CHAPITRE I: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit communautaire .....</b>	<b>354</b>
SECTION I La reconnaissance des droits de la défense à travers la jurisprudence du juge communautaire .....	355
§1 La consécration par le juge communautaire des principes généraux du droit participe à l'élaboration d'une Communauté de droit .....	355
§2 Le parachèvement prétorien des droits de la défense .....	358
SECTION II La consécration textuelle du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative communautaire .....	361
§1 Les droits d'accès à l'information garantis par les droits de la défense dans la procédure administrative dans le domaine de la concurrence .....	362
A Le droit d'être entendu .....	364
B L'accès au dossier dans la procédure communautaire de la concurrence .....	368
1 La portée du droit d'accès au dossier .....	368
2 Les documents communicables .....	370

C L'obligation de motivation.....	371
§2 Les limites au droit d'accès au dossier.....	372
A Les documents non communicables.....	373
B Les limites aux droits de la défense ayant une conséquence directe sur les droits à l'information.....	375
<b>CHAPITRE II: Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative en droit français, allemand et italien.....</b>	<b>378</b>
SECTION I Le droit d'accès à l'information dans la procédure administrative allemande.....	378
§1 La portée du droit d'être entendu lors des procédures judiciaires.....	378
A L'article 103 de la loi fondamentale comme principe d'accès à l'information.....	379
B Le droit d'accès au dossier devant le tribunal.....	380
§2 L'accès à l'information pendant la procédure administrative.....	384
A Le champ d'application personnel et matériel de la loi VwVfG.....	385
1 Les autorités administratives obligées d'appliquer la loi VwVfG.....	385
2 Les critères permettant de définir une personne partie de la procédure administrative.....	385
3 La définition de dossier.....	387
B La mise en œuvre du droit d'accès à l'information lors de la procédure administrative.....	388
1 Le droit d'être entendu «Recht auf Anhörung».....	388
2 Le droit d'être renseigné et conseillé.....	389
3 L'obligation de publication des documents administratifs.....	390
4 L'obligation de motivation (Begründigungspflicht).....	391
a La finalité de l'obligation de motivation.....	391
b Les exceptions à l'obligation de motivation.....	392
c Les conséquences de la non motivation.....	393
C Le droit d'accès au dossier.....	393
1 Le champ d'application du droit d'accès au dossier.....	394
2 Limites au droit d'accès au dossier.....	398
a Limites tenant à l'existence de secrets légitimes.....	399
b Limites dues au type de document.....	399
c L'accès à l'information selon la loi relative à la documentation des services de sécurité de l'ex RDA (Stasi-Unterlagen-Gesetz).....	401
D L'accès à l'information pendant des procédures spécifiques.....	402
Il existe différents types de procédure spécifique. Cette étude en a retenu deux, la procédure d'établissement d'un plan (1) et la procédure relative à la protection contre les nuisances (2). .....	402
1 La procédure d'établissement d'un plan.....	402
2 La procédure relative à la protection contre les nuisances (atomrechtlichen bzw. immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren).....	403
SECTION II L'accès à l'information pendant les procédures administratives non contentieuses en droit français.....	405
§ 1 La place des droits de la défense dans le système juridique français.....	406
A Le droit aux recours juridictionnels consacré par le Conseil constitutionnel.....	407
B La reconnaissance du droit d'accès à l'information pendant la procédure judiciaire.....	408
§2 La reconnaissance progressive des droits de la défense dans la procédure administrative non contentieuse.....	409
A La reconnaissance des droits de la défense dans la fonction publique.....	409
B La transposition des droits de la défense au domaine de l'administration générale.....	410
§3 La mise en œuvre du droit d'accès à l'information dans la procédure administrative non contentieuse.....	412

A Les différentes lois promulguées dans le domaine des relations citoyens administration .....	413
B Les garanties « minimales» permettant l'information dans la procédure non contentieuse .....	415
C Les documents communicables .....	417
D L'obligation de motivation des décisions administratives.....	419
1 Le champ d'application de l'obligation de motivation .....	420
2 Le régime juridique de l'obligation de motivation.....	423
SECTION III L'accès à l'information dans la procédure administrative en droit italien.....	425
§1 L'origine constitutionnelle et juridictionnelle des droits de participation à la procédure administrative .....	426
A Les principes énoncés par la Constitution ayant une influence sur le fonctionnement de l'administration publique .....	426
B Les droits de la défense garantis constitutionnellement.....	427
§2 Les droits de défense garantis dans la procédure administrative permettant un droit d'accès à l'information .....	430
A La transparence administrative pendant les procédures administratives avant la loi 241/90.....	430
B Le droit d'accès à l'information pendant la procédure administrative garanti par la loi 241/1990.....	431
1 La participation du citoyen à la procédure administrative, élément fondamental pour garantir un droit d'accès à l'information administrative.....	432
a La communication du début de la procédure .....	432
b L'accès à l'information limité à la possibilité de prendre connaissance du dossier .....	435
2 L'obligation de motiver les décisions (provvedimenti) administratives .....	437
<b>TITRE II LE DROIT D'ACCES AUX DONNEES A CARACTERE PERSONNEL.....</b>	<b>442</b>
<b>CHAPITRE I Un contexte international favorable à la protection des données à caractère personnel</b>	<b>444</b>
.....	<b>444</b>
SECTION I Une pluralité d'instruments juridiques consacrent la protection des données à caractère personnel ..	445
§1 La protection des données à caractère personnel par des instruments de portée universelle .....	445
§2 Les instruments internationaux de protection des données à caractère personnel ayant un champ d'application limité à l'espace européen .....	447
A Le Conseil de l'Europe et la protection des données à caractère personnel .....	447
B L'accord de Schengen et la protection des données à caractère personnel .....	451
1 Un système d'échange d'informations transfrontalières .....	451
2 Le droit d'accès à l'information des personnes concernées par le traitement des données .....	452
SECTION II Le droit communautaire et la protection des données à caractère personnel .....	454
§1 La sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union européenne .....	455
A La construction prétorienne de la CJCE en matière de respect des droits de l'homme .....	455
B La consolidation du respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire .....	457
§2 La Directive 95/46/CE vise à harmoniser les législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel.....	460
A Les principes fondamentaux de la Directive 95/46/CE .....	461
1 L'élaboration de la Directive 95/46/CE.....	462
2 Les principes généraux de la Directive 95/46/CE.....	465
a Le champ d'application de la Directive 95/46/CE.....	465
b Droits des personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel .....	466
c Le contrôle a posteriori et la qualité des données .....	468
B La protection des données à caractère personnel par les institutions communautaires.....	472

1 L'importance de l'accès à l'information garanti par le Règlement 45/2001/CE dans la protection du traitement de données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires.....	473
a Les droits garantis à la personne concernée.....	473
b Le contrôle du traitement des données à caractère personnel par le Contrôleur.....	477
2 Usage détourné par les institutions des règles sur la protection des données à caractère personnel ....	479
a L'usage détourné par le Parlement européen des données à caractère personnel.....	480
b L'usage détourné par la Commissions des données à caractère personnel .....	482
<b>CHAPITRE II Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit français.....</b>	<b>488</b>
SECTION I. Les fondements de la loi du 6 janvier 1978 .....	489
§1 Les règles de fond innovantes de la loi du 6 janvier 1978.....	490
A Les principes fondamentaux de la loi du 6 janvier 1978.....	490
1 Protection des données à caractère personnel faisant partie du droit à la vie privée.....	490
2 La loi 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés: contenu et champ d'application.....	492
a Les informations nominatives.....	493
b Traitement automatisé d'informations nominatives et de fichiers manuels ou mécanographiques	495
c Les formalités préalables au traitement des données à caractère personnel.....	496
c-1 Les formalités pour les traitements publics .....	496
c-2 Les formalités pour les traitements privés.....	497
c-3 Les formalités préalables pour les traitements sensibles .....	498
3 Le droit d'accès à l'information garanti à la personne concernée.....	498
a Le droit à l'information au moment de la collecte .....	499
b Les droits de la personne concernée à l'égard des traitements automatisés et fichiers existants ....	500
B La Commission nationale de l'informatique et des libertés, chargée d'assurer l'application des règles de fond.....	501
1 La fonction d'information de la CNIL.....	502
2 La fonction de contrôle essentiellement formel et a priori.....	504
§2 Les motifs nécessitant la transposition en droit interne de la Directive 95/46/ CE.....	506
A Les différences substantielles entre la loi du 6 janvier 1978 et la Directive 95/46/CE.....	507
1 Les différences substantielles qui existent entre la loi du 6 janvier 1978 et la Directive 95/46/CE.....	508
2 La nécessité de redéfinition des pouvoirs de la CNIL.....	511
a La nécessité de doter la CNIL de pouvoirs de contrôle a posteriori importants.....	511
b La nécessité de doter la CNIL de pouvoirs de sanction effectifs .....	512
3 Un champ d'application de la protection des données à caractère personnel élargi.....	514
a La nécessité de redéfinir la notion d'« informations nominatives».....	515
b Une redéfinition de la notion de «données sensibles» .....	517
B Une modification importante de l'obligation d'information.....	520
1 L'information en cas de collecte de données auprès de la personne concernée comme dans le cas où les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée .....	520
2 La modification des règles relatives au droit d'accès aux données à caractère personnel.....	525
a Le droit d'accès direct aux données à caractère personnel.....	525
b L'accès indirect concernant les traitements de souveraineté .....	528
SECTION II La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 est maintenue, mais est profondément remaniée .....	531
§1 Un niveau de protection des droits et libertés des personnes concernées rehaussé.....	532



A Un élargissement du champ d'application matériel de la protection des données à caractère personnel..	532
1 La nouvelle notion de «données à caractère personnel» .....	532
2 L'élargissement du champ de dérogation à l'interdiction de traitement des données à caractère personnel .....	537
B Un meilleur accès à l'information de la personne concernée .....	540
1 Les obligations incombant aux responsables des traitements garantissent à la personne concernée un accès à l'information renforcé .....	540
2 Le droit d'accès à l'information de la personne concernée .....	542
§2 L'extension des pouvoirs de la CNIL.....	544
A Une mission d'information confirmée.....	544
B Les pouvoirs de contrôle sont dans l'ensemble amoindris pour les traitements les plus délicats .....	547
C Les pouvoirs de sanctions affirmés .....	555
<b>CHAPITRE III Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit allemand .....</b>	<b>558</b>
SECTION I Le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance du droit d'accès à l'information concernant la protection des données à caractère personnel .....	560
§1 Le fondement constitutionnel du droit à l'autodétermination informationnelle .....	561
§2 La garantie des droits à l'information à travers le droit à l'autodétermination informationnelle.....	564
SECTION II La spécificité du droit d'accès à l'information garanti par la BDSG.....	566
§1 L'évolution de la loi BDSG grâce au droit communautaire .....	566
A Le champ d'application matériel et personnel de la BDSG.....	567
B Les modifications apportées à la BDSG par la transposition de la Directive 95/46/CE .....	570
1 Le champ d'application matériel et personnel élargi .....	571
2 L'admissibilité de la collecte, du traitement et de l'utilisation des données .....	575
3 Le transfert des données et l'information de la personne concernée.....	576
§2 L'évolution du droit d'accès à l'information concernant les données à caractère personnel.....	580
A Les droits inaliénables de la personne concernée .....	581
1 L'évolution des droits à l'information de la personne concernée de la loi BDSG de 1977 à celle de 1990 .....	581
2 Les modifications du droit d'accès à l'information apportées par la transposition de Directive 95/46/CE par la nouvelle loi BDSG de 2001 .....	584
a L'information de la personne concernée lorsque les données ont été collectées auprès d'elle .....	585
b L'information de la personne concernée lorsque les données n'ont pas été collectées auprès d'elle .....	588
c Le droit d'accès à l'information détenu par les autorités déléguées à la sécurité.....	590
B L'obligation de notification et la fonction du détaché à la protection des données .....	592
1 L'obligation de notification relativisée .....	592
2 Le détaché à la protection des données et ses fonctions.....	596
<b>CHAPITRE IV Le droit d'accès aux données à caractère personnel en droit italien .....</b>	<b>600</b>
SECTION I L'évolution de la protection des données à caractère personnel : d'un droit jurisprudentiel à un droit légiféré.....	601
§1 La reconnaissance progressive de la protection des données à caractère personnel .....	601
A Une reconnaissance jurisprudentielle de la protection des données à caractère personnel.....	603
B La consécration législative de la protection des données à caractère personnel .....	605
C Une coexistence difficile entre la protection des données à caractère personnel et le droit d'accès aux	

documents administratifs .....	607
a La nécessité de trouver un équilibre entre la protection des données à caractère personnel et droit d'accès aux documents .....	608
b La compétence exclusive de la loi n° 241/1990 et du DPR n° 352 en matière de protection de données à caractère personnel en cas d'accès aux documents administratifs .....	609
§2 Les principes généraux du Code en matière de protection des données à caractère personnel .....	611
A Le champ d'application du Code pour la protection des données à caractère personnel .....	613
1 La définition de traitement de données à caractère personnel .....	613
2 La notion de « donnée à caractère personnel » .....	615
3 La définition de banque de données précisée permet d'élargir le champ d'application de la protection des données à caractère personnel .....	616
B La protection de l'intéressé à travers l'autorité de contrôle .....	618
1 L'institution d'une autorité de contrôle pour la protection des données suite aux contraintes du droit international et communautaire pour l'institution .....	618
2 La fonction de contrôle du Garante indispensable au bon exercice du droit d'accès à l'information ..	621
a La fonction de contrôle du Garante .....	623
b La limitation du pouvoir d'inspection du Garante .....	626
c La fonction coercitive du Garante .....	628
3 La fonction juridictionnelle de l'autorité de contrôle .....	630
SECTION II La garantie de l'accès à l'information à travers les droits de l'intéressé .....	633
§1 Les règles appliquées au traitement obligent le titulaire du traitement à informer préalablement l'intéressé ..	634
A Obligations concernant le titulaire du traitement .....	635
1 L'obligation d'informer la personne intéressée au moment de la collecte .....	635
a L'information préalable de la personne intéressée .....	635
b La limitation du droit d'être informé pour des motifs d'intérêt public .....	637
2 Le consentement de la personne concernée .....	638
a Le consentement limité aux traitements opérés par des particuliers ou des organismes publics à caractère économique .....	638
b L'obligation du consentement pour le traitement des données sensibles .....	641
b-1 Le traitement des données sensibles par les sujets privés .....	643
b-2 le traitement des données sensibles opéré par des organismes publics autres qu'à caractère économique .....	643
B Traitements opérés par des organismes publics (à caractère non économique) .....	645
1 L'influence internationale sur les principes de finalité et de fonctionnalité .....	646
2 Le principe de finalité comme limite au traitement des données à caractère personnel opéré par les organismes publics .....	648
a Le champ d'application subjectif du principe de finalité .....	648
b Le champ d'application objectif du principe de finalité .....	649
3 Le principe de fonctionnalité comme limite aux traitements des données à caractère personnel .....	649
§2 Le « pouvoir » de contrôle de la personne intéressée .....	651
A Le droit d'accès aux données à caractère personnel de la personne intéressée .....	652
1 Les conditions et les modalités pour l'exercice du droit d'accès aux données à caractère personnel ..	653
2 Le contenu du droit d'accès aux données à caractère personnel .....	654
B Les limites au droit d'accès à l'information .....	655

1 La limitation des droits garantis à l'intéressé suite à des situations particulières.....	656
2 La limitation des droits de la personne concernée dans des secteurs spécifiques .....	657
C Les droits de protection de la personne concernée .....	660
1 Le droit d'opposition pour des « raisons légitimes » .....	660
2 Les droits pour s'opposer à un traitement opéré en violation de la loi.....	662
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>666</b>
<b>ANNEXE I.....</b>	<b>670</b>
<b>ANNEXE II.....</b>	<b>673</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>676</b>
<b>JURISPRUDENCES.....</b>	<b>700</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>712</b>

## L'ACCÈS À L'INFORMATION DANS L'UNION EUROPÉENNE

Le droit d'accès général à l'information dans l'Union européenne constitue l'élément central du principe de transparence qui s'est imposé ces dernières années pour qualifier le mouvement d'ouverture de l'administration dans les États membres. Mais le droit d'accès à l'information, et donc la transparence, sont aussi, depuis le Traité sur l'Union européenne, au centre de la construction européenne, permettant la démocratisation du processus décisionnel des institutions communautaires. La reconnaissance d'un droit d'accès à l'information au citoyen est à la base d'une profonde modification dans le fonctionnement de l'administration publique permettant une participation active du citoyen. Le droit d'accès à l'information peut être distingué en deux pôles . D'une part, le droit d'accès général à l'information qui se caractérise par le droit d'accès général aux documents administratifs et, d'autre part, par le droit d'accès personnel à l'information qui se réalise à travers la participation de l'administré à la procédure administrative ainsi qu'à travers l'accès aux données à caractère personnel. Des différences importantes existent cependant entre les différents États membres. L'analyse des systèmes français, allemand, italien (et d'autres) du droit d'accès à l'information applicable aux institutions communautaires permet de constater que chaque système juridique a une conception particulière du droit d'accès à l'information. Cela dit, grâce au droit communautaire, nous assistons à une certaine harmonisation du droit d'accès à l'information dans des domaines spécifiques, comme c'est le cas pour le droit d'accès à l'information relatif à l'environnement ainsi que pour le droit d'accès à l'information dans le cas de la protection des données à caractère personnel. Enfin, l'évolution va dans le sens d'une reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès à l'information, le rattachant ainsi directement au principe de l'État de droit.

Information des administrés- Union européenne, France, Allemagne, Italie

Transparence

Droit administratif

Relations administration usagers

France Italie- Commission d'accès aux documents administratifs

Politique de l'environnement

Liberté d'information

Protection des données à caractère personnel

Procédure administrative non contentieuse

Environnement – Droit européen

Droit européen et droit interne

Droit constitutionnel – Pays de l'Union européenne

Titre anglais Acces to information in European Union