



SIGMA

Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion
Initiative conjointe de l'OCDE et de l'UE, principalement financée par l'UE

**LE DROIT À DES ADMINISTRATIONS
PUBLIQUES OUVERTES EN EUROPE :
NORMES JURIDIQUES ÉMERGENTES**

DOCUMENT SIGMA N° 46, 2010

**Document préparé pour Sigma par
le Professeur Mario Savino
Université de Tuscia de Viterbe (Italie)**

Ce rapport est produit avec le soutien financier de l'Union européenne. Les idées exprimées ici ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Union européenne, des pays Membres de l'OCDE ou des pays bénéficiaires participant au Programme SIGMA.

LE PROGRAMME SIGMA

Le Programme Sigma — Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion — est une initiative conjointe de l'OCDE et de l'UE, financée principalement par l'UE.

En 2010 Sigma soutient les partenaires suivants dans leurs efforts de réforme administrative :

- **Pays candidats et potentiellement candidats à l'UE** — Albanie, Bosnie-Herzégovine, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine, Monténégro, Serbie, Turquie et Kosovo (en vertu de la résolution 1244/99 du Conseil de sécurité des Nations unies)¹
- **Voisins européens** – Algérie, Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Égypte, Géorgie, Israël, Jordanie, Liban, Libye, Moldavie, Maroc, territoires palestiniens occupés, Syrie, Tunisie, Ukraine, ainsi que la Russie².

Le Programme Sigma intervient dans les domaines suivants:

- **Cadre juridique, fonction publique et justice** : Gestion des ressources humaines ; intégrité publique ; loi administrative générale ; organisation de l'administration publique.
- **Gestion des ressources financières** : Audit externe ; gestion des dépenses publiques ; contrôle interne des finances publiques ; achats publics.
- **Systèmes de formulation des politiques et systèmes réglementaires** : Structures de coordination ; capacités stratégiques et de formulation des politiques ; gestion de la réglementation.
- **Conception et mise en œuvre des réformes.**

Sigma utilise un éventail d'outils d'accompagnement :

- Conseil sur les réformes, conception et mise en œuvre des stratégies, plans de développements stratégiques ;
- analyse et évaluation des cadres juridiques, des méthodologies, des systèmes et des institutions ;
- revues par les pairs et assistance ;
- élaboration d'études, de manuels, et d'autres documents de référence ;
- contributions méthodologiques, techniques et stratégiques destinées à optimiser l'assistance émanant de la Commission ;
- formation ;
- appui aux réseaux de praticiens et de décideurs des politiques.

Pour davantage d'informations sur le Programme Sigma, consulter notre site Web :
<http://www.sigmaweb.org>

© OCDE 2010

Ceci est une traduction à partir du titre original *The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards* [GOV/SIGMA(2010)2/REV1]

Toute demande d'autorisation de reproduction ou de traduction de cette publication à usage commercial ou non-commercial devra être envoyée à rights@oecd.org.

¹ Conformément à la Résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations unies, le Kosovo est gouverné depuis 1999 par la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK).

² Comme convenu avec l'Union européenne, les initiatives du Programme Sigma opèrent dans l'immédiat dans dix pays prioritaires: l'Égypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie (ENPI-Sud) ; l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie, la Moldavie et l'Ukraine (ENPI-Est).

RÉSUMÉ EXÉCUTIF

La transparence administrative revêt de plus en plus d'importance comme une question politique, sans que cela soit réellement nouveau. De longue date ; le Conseil de l'Europe et l'OCDE lui ont prêté attention. En même temps, au cours des dix dernières années, un nombre impressionnant de mesures législatives et de réformes administratives a été mis en place dans les États membres de l'UE. Cette « accélération » récente a plusieurs origines. La transparence administrative a été reconnue par les juridictions, les constitutions et les traités comme étant un droit fondamental de l'individu. Elle a également été présentée en tant qu'une des libertés instrumentales principales, essentielle pour le développement économique et social et pour assurer la promotion de l'investissement international. De manière plus cruciale, la promotion du « droit de savoir » du peuple est de plus en plus perçue comme étant une composante essentielle d'une société démocratique.

Dans les démocraties libérales, en fait, le droit d'accès à l'information détenue par des autorités publiques sert trois objectifs principaux. D'abord, il permet aux citoyens de participer plus activement aux processus décisionnels publics. Ensuite, il renforce le contrôle des citoyens sur le gouvernement, et aide ainsi à prévenir la corruption et d'autres formes de mauvaise gestion. , il garantit à l'administration une plus grande légitimité, tant qu'elle devient plus transparente et responsable, c'est-à-dire plus proche d'une « maison de verre » idéale.

Néanmoins, l'expérience dans les pays de l'OCDE et de l'UE a prouvé que la promotion de l'ouverture des pouvoirs publics et l'administration est en pratique une tâche très ardue. Assurer le « droit de savoir » des citoyens par l'accès approprié à l'information conservée dans les services publics reste un but politique hors d'atteinte. Il est difficile de concilier la nécessité de préserver les intérêts publics et privés primordiaux (de la confidentialité des relations internationales à l'intimité des individus) avec la recherche de la transparence dans des cas concrets. Les fonctionnaires publics et les hommes politiques, en fait, tendent souvent à mettre en valeur ou surestimer les avantages de la confidentialité pour l'intérêt public. Par conséquent, les barrières légitimes à l'accès public à l'information sont souvent élargies pour inclure de nombreuses autres questions qui, dans une démocratie saine, relèveraient normalement du domaine public.

En dépit de telles difficultés, ces dernières années, de nombreux pays, y compris ceux d'Europe Centrale et de l'Est, qui ont récemment institué des régimes et des administrations politiques démocratiques, ont introduit des Lois sur la Liberté de l'information (LLI). L'adoption d'une LLI par les parlements ne garantit pas intrinsèquement plus d'ouverture et de transparence dans le système politique et les administrations, particulièrement lorsqu'elle n'est pas suivie de mise en œuvre adéquate. Cependant, elle constitue une première étape cruciale sur le chemin vers un système politique ouvert : non seulement introduit-elle l'idée que les citoyens ont le droit d'exercer un large contrôle sur l'action des autorités publiques, mais ladite adoption ouvre également une meilleure la voie aux groupes sociaux, journalistes et les individus pour ester en justice en vue de la protection de leur « droit de savoir », en comparaison, par exemple, avec les pays où une LLI n'a pas été promulguée.

Le présent document illustre l'apparition des règles, des mécanismes et des critères communs utilisés en Europe pour équilibrer, d'un côté, l'objectif politique et l'obligation légale de diffuser l'information, et de l'autre les exigences de la confidentialité. En particulier, le document examine les réglementations relatives à l'accès à l'information là où elles existent et la manière dont les politiques de transparence sont mises en œuvre dans 14 États membres de l'Union européenne. Les pays étudiés appartiennent à différentes traditions administratives européennes, qui accordent une importance différente à la question de la transparence dans la gestion des affaires publiques. Les pays sont l'Autriche, la République Tchèque, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Italie, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni. Les politiques et réglementations en matière de transparence des institutions de l'Union européenne ont été également étudiées.

Le but général du document est de fournir des conseils utiles aux décideurs et praticiens souhaitant améliorer l'ouverture et la transparence de leurs systèmes administratifs, soit à travers la promulgation de LLI, soit à travers l'amélioration des informations de gestion d'intérêt public. L'ouverture est un principe de base européen pour les administrations publiques dont les pays candidats à l'accession à l'UE sont invités à s'approcher au cours de la procédure d'accession. L'identification des normes juridiques de l'UE dans ce domaine peut, ainsi, aider les États éventuellement membres à converger vers des comportements politiques et administratifs, démocratiques et partagées de gouvernance publique.

Les normes européennes émergentes sont évoquées dans les pages suivantes d'un point de vue de définition de la politique. Elles concernent cinq aspects principaux dans tout régime juridique transparent :

- Comment définir la portée de la législation sur le libre accès à l'information, tout particulièrement en ce qui concerne les catégories des *bénéficiaires* du "droit de savoir" et de *l'objet* de ce droit ?
- Comment circonscrire *le pouvoir discrétionnaire* de l'administration au moment de la prise de décision sur les *exceptions* au principe général du libre accès (techniques législatives telles que l'évaluation des risques et la mise en balance des coûts et avantages » sont examinées ?
- Comment faire face à la question de la « *charge de travail déraisonnable* » que le principe du libre accès peut imposer à l'administration ?
- Comment favoriser la *publication régulière d'informations* qui peut revêtir un intérêt pour un nombre relativement grand de personnes ou de groupes sans nuire aux intérêts publics et privés pertinents ?
- Comment mettre en place un *système indépendant et effectif de contrôle* des décisions refusant l'accès à l'information et compléter le contrôle juridictionnel avec le contrôle exercé par les organismes administratifs indépendants, tels que des commissaires à l'information ?

Le document est divisé en trois parties. La 1^{ère} Partie illustre les tendances principales en matière de politiques de transparence en Europe et la reconnaissance progressive de l'accès aux documents en tant que droit fondamental. La 2^{ème} Partie met en évidence l'apparition des normes juridiques communes en ce qui concerne les cinq questions cruciales susmentionnées. Dans ce contexte, la partie finale du document (3^{ème} Partie) fournit des conseils aux législateurs et gouvernements qui sont désireux d'adapter leurs régimes et pratiques en matière de transparence administrative afin de répondre à des normes européennes communes émergentes.

TABLE DES MATIÈRES

LE PROGRAMME SIGMA.....	2
RÉSUMÉ EXÉCUTIF	3
1ÈRE PARTIE. TRANSPARENCE EN EUROPE : PRINCIPALES TENDANCES ET TRAJECTOIRES	5
1ÈRE PARTIE. TRANSPARENCE EN EUROPE : PRINCIPALES TENDANCES ET TRAJECTOIRES	6
I.1. L'Accès à l'Information en tant que Droit fondamental	6
I.1.1. Droit International	6
I.1.2. Droit de l'Union Européenne.....	7
I.1.3. Droit National.....	8
I.1.4. Implications Préliminaires.....	11
I.2. La transparence en tant que Résultat de la Mise en Œuvre d'une Politique Délibérée	12
I.2.1. Culture Administrative	12
I.2.2. Mise en Œuvre de Politique	13
2ÈME PARTIE. LE DROIT A LA TRANSPARENCE : NORMES JURIDIQUES EUROPÉENNES	
COMMUNES.....	15
II.1. Bénéficiaires.....	15
II.2. Portée.....	16
II.3. Objet.....	19
II.4. Exceptions.....	20
II.4.1. Motifs.....	21
II.4.2. Contraintes Législatives à la Discretion Administrative	23
II.5. Traitement des Requêtes	30
II.5.1. Mesures de Sauvegarde Procédurales	30
II.5.2. Le concept de « Charge de travail Déraisonnable ».....	32
II.6. Publication	33
II.7. Mécanismes de Passage en Revue	35
3ÈME PARTIE : RECOMMANDATIONS POLITIQUES	39

1ÈRE PARTIE. TRANSPARENCE EN EUROPE : PRINCIPALES TENDANCES ET TRAJECTOIRES

I.1. L'Accès à l'Information en tant que Droit fondamental

Le droit d'accès aux documents administratifs a été reconnu tout récemment en tant que droit fondamental. En revanche, dans le passé, et pendant longtemps en Europe et d'autres pays occidentaux, la transparence administrative a été considérée une idée attrayante mais de peu d'intérêt. Au mieux, c'était une directive purement politique et dépourvue de caractère contraignant. Sa mise en œuvre n'était pas imposée par la loi, mais plutôt confiée à la bonne volonté du gouvernement du moment, ou même, laissée à la discrétion du fonctionnaire de base.

L'exception remarquable et précoce fut la Suède, où un principe de l'accès public au registre public avait été introduite dès 1766 dans le cadre d'une réglementation relative à la liberté de la presse. Le même régime était appliqué en la Finlande, qui faisait partie alors du Royaume de Suède. Une réglementation autonome finlandaise a été adoptée en 1951, suivie de la Norvège et du Danemark en 1970. Une évolution semblable a débuté deux siècles plus tard dans le monde anglo-américain par les États-Unis, où la première Loi sur la Liberté de l'Information (LLI) a été promulguée en 1966. L'Australie, le Canada et la Nouvelle Zélande ont suivi le mouvement (1982-1983).

Au Royaume-Uni et en Europe continentale, le principe de la transparence a rencontré une résistance plus forte. Au commencement, il a été mis en œuvre seulement au moyen de Lois relatives aux Procédures Administratives (LPA) – donc en tant que transparence « procédurale ». Cependant, pendant les deux dernières décennies, la transparence procédurale a été complétée par la propagation, partout en Europe, de Lois sur la Liberté d'Information. Les LLI ont été adoptées en Hongrie (1992), au Portugal (1993), en Irlande (1997), en Lettonie (1998), en République Tchèque (1999), au Royaume-Uni (2000), en Estonie (2000), en Lituanie (2000), en Pologne (2001), en Roumanie (2001), en Slovénie (2003), en Allemagne (2005), et au niveau de l'Union européenne (2001). D'autres pays de l'UE - tels que l'Autriche, la France, l'Italie et l'Espagne - (partiellement) ont adapté leur législation d'origine dans le domaine des procédures administratives aux conditions imposées par la nouvelle transparence procédurale.

Il y a deux facteurs principaux à l'origine de ce développement. L'un de ceux-ci est l'émergence de l'accès à l'information en tant que droit fondamental au niveau international et de l'Union européenne (*infra*, II. 1. 1 et II. 1. 2). Un autre facteur approprié est la maturation des gouvernements démocratiques en Europe. L'accès à l'information publique est de nos jours perçu comme un outil fondamental renforçant la démocratie. Dans les pays européens, les constitutions et la législation reconnaissent largement ce fait (*infra*, II. 1. 3).

I.1.1. Droit International

La Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que la liberté d'opinion et d'expression implique « de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit » (Article 19)³. La même disposition apparaît à l'Article 10 de la Convention européenne sur les droits de l'homme, qui apporte un ajout important: les restrictions imposées à ce droit sont légales seulement si elles « sont prévues par la loi », sont « nécessaires dans une société démocratique », et poursuivent l'un des objectifs légitimes (sécurité nationale, intégrité territoriale ou sûreté publique, défense de l'ordre et prévention du crime, protection de la santé ou morale, protection de la réputation ou des droits d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire).

³ Voir également Article 19 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP).

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a progressivement développé une lecture expansible de cette norme.

Initialement, la Cour a soutenu que la liberté de recevoir des informations telle que garantie par l'article 10 ne pourrait pas être interprétée comme imposant à un État une obligation positive de diffuser des informations ou de divulguer des informations au public⁴. Dans la jurisprudence récente, cependant, une approche différente émerge. En 2006, la Cour de Strasbourg reconnaît pour la première fois que le refus d'octroyer l'accès aux documents administratifs doit être considéré comme une interférence dans le droit du demandeur à recevoir des informations. Par conséquent, l'Article 10 de la Convention peut impliquer un droit d'accès aux documents détenus par les organismes publics.⁵ En 2009, la Cour elle-même a admis qu'elle « a récemment élargi son interprétation de la notion de « liberté de recevoir des informations » (...), s'approchant de la reconnaissance d'un droit d'accès à l'information ».⁶

La jurisprudence de la CEDH reflète une tendance plus générale.⁷ À travers des conventions⁸ et des recommandations⁹ spécifiques par secteur, le processus de consécration de l'accès aux documents administratifs, en tant que droit fondamental, a culminé avec la Convention sur l'Accès aux Documents Publics. Cette Convention, adoptée, le 27 novembre 2008, par le Conseil de l'Europe, et au moment de la rédaction de ce rapport (30 septembre 2010), signée par 12 pays,¹⁰ représente le premier instrument internationalement contraignant et reconnaissant un droit général d'accès aux documents publics détenus par des autorités publiques.

Tous ces développements confirment que, dans le droit international, le droit du public de savoir bénéficie du statut d'un droit fondamental.

1.1.2. Droit de l'Union Européenne

La même conclusion peut être tirée du droit de l'Union Européenne. Le thème de la transparence est apparu sur la scène pour la première fois en 1992 avec le Traité de Maastricht. Puis, en 1997, le Traité d'Amsterdam a introduit l'article 255 du Traité de la CE, qui a établi un plein droit d'accès aux documents.

Une Déclaration attachée au Traité de Maastricht (Déclaration numéro 17 sur « le droit d'accès à l'information ») fut suivie de l'adoption d'un code de conduite par la Commission et le Conseil. Ce code a détaillé les conditions dans lesquelles l'accès à l'information détenue par ces institutions pourrait être demandé. À l'époque, l'accès aux documents au niveau européen n'était pas un droit à part entière, mais une pure espérance,

⁴ Leander contre Suède (26 mars 1987) para 74. Voir également Gaskin contre Royaume Uni (27 juillet 1989) et Sîrbu contre Moldavie (15 juin 2004).

⁵ Sdruženi Jihočeské Matky contre République Tchèque (10 juillet 2006).

⁶ Társaság a Szabadságjogokért contre Hongrie (14 April 2009), para 35.

⁷ Pour un développement parallèle dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, voir Claude Reyes et autres contre Chili (19 Septembre 2006) à l'adresse www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245.

⁸ Convention des Nations Unies sur l'Accès à l'Information, la Participation du Public au Processus Décisionnel et l'Accès à la Justice en matière d'Environnement, adoptée à Aarhus, au Danemark, le 25 juin 1998 (Convention d'Aarhus), tout particulièrement l'article 4.

⁹ Les recommandations suivantes du Conseil de l'Europe méritent une mention spéciale: Recommandation n° R (81) 19 relative à l'accès aux informations détenues par les autorités publiques, Recommandation n°. R (91) 10 relative à la communication des tiers de données personnelles détenues par les organismes publics, et Recommandation n°. R (2002) 2 relative à l'accès aux documents officiels. Voir également OCDE (2008), « Recommandation du Conseil pour un Accès Renforcé et une Utilisation plus Effective des Informations du Secteur Public », [C\(2008\)36](http://www.oecd.org/dataoecd/36/2008/C(2008)36), OCDE, Paris.

¹⁰ Belgique, Estonie, Finlande, Géorgie, Hongrie, Lituanie, Macédoine, Monténégro, Norvège, Serbie, Slovaquie et Suède ont signé la Convention le 18 juin 2009.

laissée à la discrétion des institutions. En 2001, sur la base de l'article 255 du Traité de la CE introduit par le Traité d'Amsterdam, les institutions européennes ont approuvé le Règlement numéro 1049/2001, comportant un régime étendu en la matière. Ce Règlement, toujours en vigueur, a été complété par d'autres normes juridiques¹¹ et a été constamment appliqué par la Cour de justice européenne.¹²

La reconnaissance de l'accès à l'information, en tant que droit fondamental, est maintenant sanctionnée par le Traité de Lisbonne.

D'une part, l'article 15 TEU stipule que « Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. », et réitère que « Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support. ».¹³ D'autre part, la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, exécutoire maintenant pour tous les États membres, garantit explicitement « le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne » (Article 41) et le droit d'accès aux documents des institutions de l'UE (Article 42).

En résumé, en moins de deux décennies, l'accès à l'information dans le droit de l'UE a évolué « On est passé d'une simple faveur accordée à l'administré par les institutions dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire à un véritable droit subjectif à caractère fondamental octroyé à l'individu (...). Avec l'introduction de l'article 255 CE par le traité d'Amsterdam, l'accès aux documents des institutions devient un droit subjectif (...). Ce droit d'accès présente le caractère d'un droit fondamental comme le confirme le fait qu'il a été repris dans l'article 42 de la charte des droits fondamentaux »¹⁴. Étant donné que le droit de savoir du public représente un droit fondamental également dans le droit de l'UE, il revient, en conséquence, aux États membres de mettre en pratique la transparence administrative.

1.1.3. Droit National

a) Dispositions Constitutionnelles

Dans de nombreux pays européens, le principe de la transparence bénéficie d'un intérêt constitutionnel. Le niveau le plus élevé de protection est garanti en Suède, où le droit d'accès à l'information est traditionnellement fondé sur trois piliers constitutionnels : accès public aux registres officiels (faisant partie de la liberté de la presse), liberté d'expression et droit à l'anonymat (qui protège également les fonctionnaires qui fournissent des informations confidentielles aux médias). En France, le principe de la transparence a trouvé sa première expression dans l'article 15 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, selon laquelle « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. ». En Espagne, l'article 105. B de la Constitution garantit le droit d'accès à tous les registres et dossiers officiels, à trois exceptions : sécurité et défense, enquête au sujet des crimes, et confidentialité des données privées.¹⁵ En Italie, la Constitution est silencieuse sur la question, mais la Cour Constitutionnelle a déclaré que la transparence est un principe général exécutoire à l'encontre des autorités

¹¹ Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 relative à accès public aux informations environnementales, abrogeant la Directive du Conseil 90/313/CEE; Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes en ce qui concerne le traitement des données personnelles et relative au libre mouvement de telles données (Directive relative à la Protection des Données); Directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 relative à la réutilisation des informations du secteur public.

¹² Voir *ex multis*, Affaire T-36/04, API contre Commission (12 septembre 2007), para 96.

¹³ Voir également Article 13 TEU: « Les institutions devront maintenir un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile. ».

¹⁴ Conclusions de l'Avocat Général Maduro dans l'Affaire C-64/05 P, Suède contre Commission (18 July 2007), para 40.

¹⁵ Selon la Constitution espagnole, la transparence est également une norme nécessaire pour la promotion de la participation (Article 23) et fait partie du droit de communiquer et de recevoir des informations véritables (Article 20.2).

nationales étant donné qu'il fait partie du patrimoine constitutionnel européen commun.¹⁶ D'autres dispositions constitutionnelles pertinentes peuvent être trouvées en Estonie,¹⁷ en Finlande¹⁸, en Pologne¹⁹, au Portugal²⁰, en Roumanie²¹, et en Slovénie²².

b) *Régimes législatifs : Transparence Procédurale et Liberté de l'Information*

Au niveau législatif, l'affirmation du principe de transparence administrative a produit deux régimes juridiques différents. L'un est la transparence en tant que droit d'une partie concernée à accéder, dans le cadre d'une procédure administrative, à des documents détenus par l'administration publique, qui peuvent affecter une décision administrative à venir. L'autre se rapporte à un droit du public à un large accès sans restrictions aux documents officiels.

Le premier type de régime de transparence régit le *droit d'accès aux documents d'une procédure administrative*. Dans tous les ordres juridiques européens, une personne concernée par une procédure administrative a le droit d'accès aux documents sur lesquels la décision de l'administration est (ou sera) fondée. La personne concernée doit avoir connaissance des documents qui ont un lien pertinent avec la décision de l'administration, afin d'évaluer l'intérêt de contester l'acte administratif devant une cour et/ou de participer de façon éclairée à la procédure administrative. Le droit d'accès aux documents administratifs dans une affaire individuelle est, donc, un corollaire du principe ouvrant droit à une procédure régulière (« *droit de la défense* » en France, ou « *équité / justice naturelle* » au Royaume-Uni), qui implique que dans les procédures administratives toute l'information sur laquelle la décision est établie soit à la disposition des parties.

Sous cette forme, le droit d'accès est, donc, instrumental ; il permet à chaque personne d'exercer son droit plus étendu de défense de ses propres intérêts s'ils sont affectés par un acte administratif. Cela explique pourquoi un tel droit, initialement présenté en tant que principe jurisprudentiel, est accordé uniquement aux parties concernées dans une procédure (même si la dimension de la notion de « partie concernée » peut varier d'un ordre juridique à l'autre) et est principalement incorporé dans les Droits nationaux relatifs aux Procédures Administratives (les LPA). C'est le cas en Autriche²³, en République Tchèque,²⁴ en Estonie,²⁵ en Allemagne,²⁶ en Italie,²⁷ en Pologne,²⁸ au Portugal,²⁹ en Slovénie,³⁰ en Espagne,³¹ et en Suède.³² Dans un tout petit nombre d'autres pays, le droit

¹⁶ Cour Constitutionnelle italienne, Jugement n°. 104 de 2006.

¹⁷ Articles 13 et 44 de la Constitution estonienne.

¹⁸ Voir Articles 12.2 et 21 de la Constitution finlandaise.

¹⁹ Articles 51.3 et 61 de la Constitution polonaise.

²⁰ Articles 268.1 et 268.2 de la Constitution portugaise.

²¹ Article 31 de la Constitution roumaine.

²² Articles 39 et 22 de la Constitution slovénienne.

²³ Droit de Procédure Administrative Autrichien, 1991, Section 17.

²⁴ 2004: Code de Procédure Administrative Tchèque, Article 38.

²⁵ 1993 DPA estonienne, Article 37 (voir également Articles 46-50, auxquels il est fait référence en tant que « procédure Ouvert », qui stipulent que dans certaines affaires de la documentation doit être divulguée de manière amicale aux citoyens, et une discussion publique doit être conduite).

²⁶ 1976 : DPA Fédérale en Allemagne, Section 29. Voir également les DPA des Länder, Article 29 (dans chacun), tous adoptés au cours des années 1970.

²⁷ 1990 : Loi Italienne sur la Procédure Administrative, Articles 22-28.

²⁸ 1960 : Code de Procédure Administrative Polonais, Articles 73-74.

²⁹ 1992 : Code de Procédure Administrative Portugais, Articles 61-65.

³⁰ 1999 : DPA slovène, Article 82.

³¹ 1992 : DPA espagnol, Articles 35 et 37.

³² 1986 : DPA suédoise, Section 16.

d'accès aux documents dans différents cas n'est pas protégé par un LPA, mais par d'autres moyens : à savoir, par un texte de loi spécifique (comme en France)³³ ou directement par les cours (comme au Royaume-Uni).

Le deuxième type de régime de transparence a une portée beaucoup plus longue, puisqu'il régit le *droit du public d'accéder aux documents officiels* en tant qu'élément de la *liberté d'information* des citoyens. Il est important de souligner que seul ce deuxième type de régime de transparence satisfait à l'exigence imposée par les normes internationales, européennes et constitutionnelles susmentionnées. Ce droit, ayant un caractère général, est accordé à tout un chacun et couvre toute l'information officiellement détenue par des autorités publiques, comme la nature fondamentale du droit l'exige. Par opposition, les dispositions des LPA relatives à la transparence procédurale, quoiqu'importantes pour garantir une procédure régulière dans les affaires individuelles, ne sont pas adaptées au but plus large qui consiste à renforcer la démocratie. En effet, elles soumettent l'accès à la détention de la qualité de partie à une procédure administrative et le limitent aux documents qui ont un rapport pertinent avec la décision administrative en cause.

Par conséquent, bien que ce « nouveau » régime (liberté de l'information) se superpose partiellement à « l'ancien » régime (transparence procédurale), son but est différent. Il n'est pas de garantir l'application d'une procédure régulière dans une affaire administrative particulière, comme cela est le cas dans le régime précédent, mais plutôt de promouvoir la participation du public aux affaires publiques et de renforcer le caractère démocratique des institutions. Ce but explique l'adoption répandue de la législation relative à la liberté de l'information dans les pays européens au cours des deux dernières décennies. L'ensemble des 15 ordres juridiques européens inclus dans l'analyse ont adopté - ou sont en train d'adopter - une « Loi sur la Liberté de l'Information » ou des régimes équivalents.

Les exceptions partielles à cette tendance commune sont l'Autriche, la France, l'Italie, et l'Espagne. En Autriche, la transparence administrative est essentiellement une compétence *des Länder*. Au niveau fédéral, la Loi sur l'Accès à l'Information, adoptée en 1987, fournit seulement une réglementation rudimentaire relative à la transparence non instrumentale.³⁴

La France fit œuvre de pionnière en reconnaissant les droits de la défense (dont notamment l'accès aux documents), mais fut moins réactive pour embrasser une notion élargie de la transparence. Cette dernière, en fait, est fondée sur l'idée de la participation directe des citoyens à l'action du gouvernement, et à leur contrôle sur lui, ce qui n'est pas très conforme au modèle français de démocratie représentative (dans lequel la participation et la reddition de comptes par gouvernement transitent par le Parlement). Ceci peut au moins partiellement expliquer le fait que la France rechigne à adopter la législation LLI. La même résistance est partagée par l'Italie et l'Espagne, des pays qui ont été traditionnellement influencés par la culture administrative française.

Néanmoins, les dernières exceptions – concernant la France, l'Italie et l'Espagne - sont seulement partielles et peut-être passagères. En France, la disposition susmentionnée de la Loi de 1978 relative à l'Accès aux Documents Administratifs (« *toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les*

³³ France: Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public amendée à plusieurs reprises, le plus récemment par l'Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009.

³⁴ La Loi Fondamentale du 15 mai 1987 relative au devoir d'accorder l'accès à l'information est une réglementation d'une page qui n'assure pas la promotion d'un niveau élevé de transparence. Elle prévoit un droit général d'accès et oblige les autorités fédérales à répondre à des questions concernant leurs domaines de responsabilité, mais seulement dans la mesure où cela n'est pas en conflit avec une obligation légale de maintenir la confidentialité. En outre, elle ne permet pas aux citoyens d'accéder aux documents mais seulement d'obtenir des réponses du gouvernement quant au contenu de l'information en question. Sur la base de cette loi, les *länder* autrichiens ont promulgué des réglementations qui imposent des obligations similaires à leurs autorités.

conclusions lui sont opposées »³⁵) est appliquée d'une manière qui permet à toutes les personnes -, qu'elles soient parties à une procédure administrative ou non - d'obtenir l'accès aux documents administratifs détenus par les organismes publics. Une solution similaire a été adoptée en Espagne, où les documents nominatifs et non nominatifs sont assujettis à un régime de divulgation différent. En outre, une proposition de LLI est actuellement examinée par le gouvernement espagnol.³⁶ En Italie, en revanche, l'exigence de la présence d'un intérêt légal qualifié prévu dans la Loi sur la Procédure Administrative³⁷ est maintenant interprétée d'une manière moins restrictive : les cours en sont venues à reconnaître le droit (limité) d'accès aux entités représentant des intérêts collectifs, telles que des organisations de consommateurs et des groupes environnementaux, au nom des personnes qu'elles représentent. De plus, une inversion radicale de cette approche est actuellement en cours : en 2009, le principe de «transparence totale » a été introduit dans la législation, qui est maintenant en train d'être mis en œuvre.³⁸

I.1.4. Implications Préliminaires

Les développements juridiques internationaux, européens et nationaux évoqués jusqu'à présent de manière succincte montrent que le droit d'accès aux documents officiels en Europe est maintenant largement entendu comme étant un principe fondamental. Les règles spécifiques qui déterminent l'extension de ce droit dans les ordres juridiques européens sont détaillées dans des LLI ou des réglementations de type LLI. Ces règles confirment que la notion de transparence administrative comporte des implications démocratiques pertinentes. Une telle conscience s'est propagée de manière uniforme depuis les pays nordiques jusqu'au reste de l'Europe, sans une quelconque divergence significative entre les pays occidentaux et les pays orientaux.

Si le droit d'accès aux documents et à l'information détenus par les autorités publiques est devenu un droit fondamental en Europe, quelles sont, alors, les implications ? La plupart d'entre elles sera traitée dans la 2^{ème} Partie. Cependant, deux d'entre elles méritent d'être mentionnées d'emblée. D'abord, la nature fondamentale du droit exige une interprétation stricte de toute limitation à l'exercice de ce droit.³⁹ Deuxièmement, les autorités publiques doivent soumettre une telle limitation à un examen minutieux de la proportionnalité : le principe de proportionnalité exige que les "dérogations demeurent dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour réaliser le but visé".⁴⁰ Troisièmement, et le plus crucialement, les

³⁵ Loi du 17 juillet 1978, Article 3 (voir ci-dessus, Section I.1).

³⁶ La sentence 51/1984 du 25 avril 1984 de la Cour Constitutionnelle et la sentence du 19 mai 1988 de la Cour Suprême ont stipulé que le principe la transparence était un principe de base pour la démocratie, mais aucune loi relative à la liberté de l'information n'a été adoptée pour étayer ces décisions et pour réglementer le principe. Cependant, le 3 mars 2010, la Coalition Pro Acceso (une plateforme des organisations de la société civile espagnole) ont appelé le gouvernement à publier un projet de législation LLI avant de l'envoyer au Parlement de telle sorte la société civile puisse fournir des commentaires et suggestions. Voir www.access-info.org/en/spain-coalicion-pro-acceso/93-coalicion-wpfd-2010.

³⁷ Article 22 de la Loi n° 241/1990.

³⁸ Voir Décret Législatif n° 150/2009 relatif à l'emploi public et l'évaluation des performances administratives, qui a très peu de dispositions générales concernant la transparence. Ces dispositions adoptent une approche différente par rapport à celle sus statut de 1990, étant donné qu'elles stipulent que la « transparence est prévue en tant que possibilité d'accès complet, même si la publication sur les sites web des administrations, d'informations concernant chaque aspect de l'organisation » et exige la plus grande transparence de l'information concernant les mesures et les évaluations de performance (Article 11).

³⁹ Voir les conclusions de l'Avocat Général Maduro dans l'Affaire C-64/05 P, Suède contre Commission (18 juillet 2007) para 42 : « Le droit d'accès aux documents des institutions étant devenu un droit fondamental de valeur constitutionnelle lié aux principes de la démocratie et d'ouverture, c'est à son aune que doit être interprété en particulier tout acte de droit dérivé ayant pour objet d'en réglementer l'exercice et les limites qui lui sont apportées par celui-ci doivent être interprétées de façon encore plus restrictive ».

⁴⁰ Cour Européenne de Justice, Affaire 222/84 : Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986), para 38.

régimes de transparence devront être mis à jour afin de garantir l'accès le plus large possible aux documents officiels.»

I.2. La transparence en tant que Résultat de la Mise en Œuvre d'une Politique Délibérée

En dépit de la tendance convergente et générale à plus de transparence, l'ouverture au sein de l'administration est une réalité seulement dans certains pays européens, et beaucoup moins dans d'autres. La micro-divergence provient de l'interaction de trois facteurs principaux : le premier - le cadre législatif - sera abordé de manière extensive dans la 2^{ème} Partie du présent document ; les deuxième et troisième - notamment, la culture de transparence/confidentialité au sein de l'administration, et la capacité de mettre en œuvre une politique de transparence - seront brièvement examinés ici.

I.2.1. Culture Administrative

En dépit de la reconnaissance générale de la transparence comme principe de base de l'action publique, un facteur important de divergence résulte de la culture ou de la tradition qui prévalent spécifiquement dans beaucoup de systèmes administratifs nationaux. À l'exception notable des pays nordiques, jusque récemment, une forte tradition d'anti-transparence a caractérisé la plupart des ordres juridiques européens, occidentaux et d'Europe de l'Est.

En France, avant 1978 la liberté d'accès aux documents de l'administration était très limitée. Le secret administratif a été conçu comme une réponse appropriée à la nécessité de protéger l'intérêt public. Ce fut seulement avec la Loi du 17 juillet 1978 que le système français, établi par Richelieu et Napoléon comme un « bastion du secret », a rompu avec « une tradition de silence et de secret, peut-être plus forte qu'ailleurs ». ⁴¹ La question de la confidentialité pour la protection de l'intérêt public était également (et à quelques égards est toujours) très relevant en Italie. Jusqu'en 1990, la règle générale était le secret, qui était un principe d'action administrative et un devoir des fonctionnaires. Le Portugal et l'Espagne, dictatures de longue durée, de droite, ont imposé des régimes stricts de secret. En Autriche, la tradition du secret administratif, qui remonte à 1785, a été renforcée en 1925 lorsqu'une disposition sur le secret administratif a été ajoutée à la Constitution, tandis qu'une disposition relative à l'accès à l'information a été ajoutée seulement en 1987 (article 20. 3). L'existence d'une tradition forte de fermeture administrative et de secret - souvent décrits comme « principes mystérieux » - explique également pourquoi l'Allemagne fut l'un des derniers pays européens à mettre en œuvre une LLI (2005).

En Europe de l'Est, d'autres facteurs ont débouché sur des résultats similaires. En Roumanie, pendant l'ère du régime totalitaire communiste (1947-1989), la fermeture administrative était la règle. Jusqu'au début des années 1990, une forte tradition de confidentialité a été incorporée dans la sphère publique. Partiellement en raison de ce facteur, il n'y a aucune longue ou solide tradition en Roumanie de participation à la prise de décision politique ou d'accès aux documents d'intérêt public. En Pologne, la tradition juridique des secrets protégeant l'intérêt public (ou l'État) est très ancienne. Certaines règles de confidentialité remontent à la législation des États ayant connu une division (l'Allemagne et la Russie), toujours en vigueur après l'indépendance (1918). La première loi polonaise réglementant la question du secret fut la réglementation du 16 février 1928 sur des peines pour espionnage et certains crimes contre l'État. Plus tard, la Constitution de 1952 a imposé la protection des secrets d'État comme devoir de chaque citoyen. ⁴²

⁴¹ Guy Braibant (1987), "Préface", dans "Lasserre, Lenoir et Stirn" (eds.) (1987), *La transparence administrative*, PUF, Paris, PUF, p. VIII.

⁴² Article 79.1: "L'attention portée aux ennemis de la Nation et la préservation minutieuse des secrets d'État est le devoir de chaque citoyen de la République Populaire de Pologne".

Cette disposition a été seulement changée par la nouvelle Constitution de 1997. Des dispositions similaires s'appliquent à la plupart des pays de l'Est.

Il n'est donc pas étonnant que de nombreux responsables – à la fois en Europe de l'Ouest et en Europe de l'Est – nourrissent toujours une culture du secret, qui est révélée de nombreuses manières : l'obligation légale généralement forte des fonctionnaires de maintenir la confidentialité, la large interprétation des dispositions limitant l'accès à l'information (par exemple, la confidentialité des données), l'échec du recours à toutes les procédures prévues pour rendre l'information disponible, et l'inaction fréquente (silence) ou retards dans le traitement des requêtes d'accès aux informations publiques.

1.2.2. Mise en Œuvre de Politique

Néanmoins, la pertinence de la tradition culturelle ne devrait pas être exagérée. Des procédures bien conçues de mise en œuvre de politiques favorables à la transparence peuvent avoir un impact pertinent sur les attitudes des administrations (et des citoyens) en ce qui concerne la liberté d'information.

Prenons le cas de l'Estonie. Après le rétablissement de l'indépendance en 1991, la transition depuis un régime (soviétique) fermé vers une société ouverte et moderne était un but largement accepté. Il y avait un souhait commun de reconstituer un gouvernement démocratique et de faciliter la croissance économique, ainsi que de rejoindre l'UE. Les politiques de transparence et anticorruption de l'UE ont été perçues comme étant liées et comme un préalable nécessaire pour garantir des investissements étrangers en Estonie. Une attention et des ressources importantes ont été consacrées au processus de la mise en œuvre. Le libre accès aux documents administratifs et à toute autre information publique a fait partie de toutes les stratégies anticorruption.⁴³ En conséquence, une forte culture d'ouverture prévaut maintenant, en réaction à la culture du secret de la période de l'occupation.

Un deuxième exemple est la Slovaquie, un pays avec une tradition encore plus forte de fermeture administrative. Depuis l'adoption de la Loi relative à l'Accès aux Informations Publiques (2003), la pratique réelle et la loi ont considérablement changé. Le résultat est une administration tout à fait ouverte, où l'activité est inspirée par le principe par lequel les informations « produites » par les institutions publiques sont la « propriété » des citoyens. Cette situation représente une rupture claire avec le passé.

Un autre exemple impressionnant peut être tiré du Royaume-Uni, où une culture composite de gouvernance militait contre l'ouverture du gouvernement central. Tout d'abord, il y avait des raisons historiques pour cette tradition. Le développement constitutionnel avait été notoirement sanglant et violent. Le secret protégeait les vies - ou bien ainsi pensait-on. Deuxièmement, la souveraineté parlementaire voulait dire que la démocratie était représentative. Les ministres devaient rendre des comptes au parlement, pas au public. Troisièmement, au Royaume-Uni, la fonction publique est une fonction publique anonyme et *politiquement neutre*. Si la fonction publique perdait son anonymat – prétendait-on - elle perdrait sa neutralité. Quatrièmement, un gouvernement efficace et efficient était une priorité plus pressante qu'un gouvernement ouvert. En raison de cette foi profonde en l'importance du secret officiel, le Royaume-Uni n'a adopté une loi de type LLI comme celle des États-Unis qu'en 2000, bien longtemps après les autres systèmes gouvernementaux établis sur le modèle Westminster/Whitehall – l'Australie (1982), la Nouvelle Zélande (1982), le Canada (1983) et l'Irlande (1997).

En dépit de cette tradition et de l'arrivée relativement tardive de la LLI, le système britannique est classé maintenant parmi les plus ouverts au monde. La raison principale

⁴³ Ex. "Etat Equitable 2004-2007" et Stratégie Anticorruption 2008-2012.

de ceci est le processus minutieux de mise en œuvre qui a été mis en place. Dans le Livre Blanc de 1997 qui a préparé la réforme,⁴⁴ l'expérience d'autres régimes de LLI a été examinée. Cette expérience a indiqué l'importance de changer la culture administrative en adoptant l'obligation de la divulgation « active » : une large publication d'informations permet de garantir non seulement que les autorités publiques s'habitueront à rendre l'information publiquement disponible dans le cours normal de leurs activités, mais réduit également l'impact de la charge de travail administrative.⁴⁵ Cette stratégie a été formalisée avec l'approbation du LLI en 2000 et graduellement mise en œuvre au cours des années suivantes par l'élaboration *ad hoc* des « plans de publication ». La LLI est entrée en vigueur 5 ans plus tard, le 1^{er} janvier 2005, une fois que les plans de publication étaient entrés en vigueur à travers le secteur public.

L'importance d'une stratégie appropriée de mise en œuvre est étroitement liée à la dimension culturelle, mais la dépasse pourtant. Les réglementations en matière de transparence sont sensiblement affectées par l'évolution des technologies en matière de médias, et leur application exige ainsi également des connaissances techniques et une formation.

Cette condition a été confirmée par l'expérience de la Finlande, un pays où aussi bien l'administration que la société civile sont connues pour être tournées vers la transparence. En dépit de ce climat d'ouverture, la réforme de la législation relative à la transparence (1999) a été accompagnée d'un vaste programme de formation. Par ailleurs, des recommandations ont été publiées concernant les services d'information des autorités, et un ensemble spécial de pages web a été créé sur le site Internet du Ministère de la Justice.⁴⁶

En résumé, il est vrai que la tradition culturelle d'un système administratif a un impact crucial sur le degré efficace d'ouverture de ce système. Cependant, la culture peut rapidement changer, à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'administration. Comme la comparaison de plusieurs expériences nationales l'a montré, ce changement peut être déclenché et conduit par une stratégie adéquate de mise en œuvre et l'apparition d'une politique nouvellement conçue en matière d'une administration ouverte.

⁴⁴ Office du Conseil de Gouvernement du Royaume-Uni (1997), Livre Blanc: Votre Droit de Savoir, HMSO, Londres.

⁴⁵ Ibid., paras 2.17-2.18.

⁴⁶ Voir www.om.fi/en/Etusivu/Perussaannoksia/Julkisuuslaki (également en anglais).

2ÈME PARTIE. LE DROIT A LA TRANSPARENCE : NORMES JURIDIQUES EUROPÉENNES COMMUNES

II.1. Bénéficiaires

La reconnaissance du droit d'un public à l'information implique que « toute personne » a droit à l'accès. L'administration ne peut pas rejeter une demande au motif que la demande n'est pas fondée sur un intérêt spécifique. La divulgation peut seulement être empêchée si l'administration démontre l'existence d'un intérêt public ou privé justifiant la confidentialité. Le fardeau de la justification incombe à l'autorité publique.

L'analyse du régime adopté dans les 15 ordres juridiques considérés dans ce rapport met en évidence l'existence de normes communes plus détaillées. Deux aspects méritent un examen plus précis : a) la pertinence de la distinction entre les citoyens et les non-citoyens ; b) la justification des demandes et l'identification de la partie requérante.

a) *Citoyens et étrangers.* Quel est le sens réel de « toute personne » ? Le droit d'accès devrait-il être octroyé non seulement aux citoyens, mais également aux non citoyens, qu'ils soient des résidents ou non ? La norme européenne commune émergente fournit une réponse affirmative.

De par le passé, accéder à l'information avait été limité aux citoyens. Cette solution, adoptée par l'ancienne législation telle que la Loi Finlandaise sur l'Ouverture du Gouvernement de 1951, n'est plus suivie. L'accès aux documents a été progressivement étendu aux non citoyens, devenant ainsi un droit fondamental. Dans le domaine de la transparence, la possibilité que des autorités publiques établissent une distinction sur la base de la citoyenneté ne serait étayée par aucun moyen légitime ou raisonnable.

Qui plus est, si l'accès aux documents revêt le caractère d'un droit fondamental, alors l'exclusion des étrangers non résidents se trouve également mise en doute. L'article 2 du Règlement 1049/2001 de la CE accorde le droit d'accès aux citoyens et aux étrangers résidents : les étrangers non résidents semblent être exclus. Cependant, les institutions de l'UE n'ont jamais appliqué la distinction existante au détriment des non résidents, reconnaissant implicitement l'incohérence existant dans la distinction, qui est actuellement en cours de révision.⁴⁷

Par conséquent, comme d'autres exemples le montrent (ainsi l'Allemagne⁴⁸, le Portugal,⁴⁹ la Slovaquie,⁵⁰ et la Suède⁵¹), les ordres juridiques européens convergent vers une norme

⁴⁷ En fait, une proposition visant à amender le Règlement CE 1049/2001 afin d'éliminer la distinction et d'étendre le droit d'accès à toute personne physique ou morale est actuellement en cours d'examen.

⁴⁸ Selon la LLI de 2006, le requérant n'a ni besoin d'être un citoyen ni d'avoir sa résidence en Allemagne.

⁴⁹ La transparence non instrumentale est ouverte à tout un chacun, même aux étrangers non résidents, en raison du principe d'assimilation issu de l'Article 15 de la Constitution portugaise.

⁵⁰ L'Article 44 de la Constitution slovène stipule de manière explicite que : « Tout un chacun a le droit d'obtenir librement des informations diffusées pour usage public. (...) Les citoyens d'Etats étrangers et les personnes apatrides qui se trouvent

commune unitaire : on accorde l'accès à l'information publique à « toute personne », ce terme étant compris comme incluant également les non citoyens, qu'ils soient résidents ou non.

b) *Justification des demandes.* Une deuxième question est de savoir si le bénéficiaire devra justifier la demande et s'identifier.

La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents officiels récapitule avec justesse les normes pertinentes. Tout d'abord, le droit d'accès à l'information publique garantit « à toute personne, sans discrimination aucune, (...) d'accéder, à sa demande, à des documents publics détenus par des autorités publiques.» (article 2. 1). En second lieu, « Le demandeur d'un document public n'est pas tenu de donner les raisons pour lesquelles il souhaite avoir accès audit document» (article 4. 1). Troisièmement, les États parties « peuvent donner le droit aux demandeurs de rester anonymes sauf si la divulgation de l'identité est essentielle pour traiter la demande.» (article 4. 2).

Alors que dans les régimes de transparence procédurale des LPA, le droit est limité aux parties à la procédure et, par conséquent, la justification et l'identification sont nécessaires pour que l'administration vérifie l'intérêt ou la localisation de la personne, dans des régimes de LLI, le droit d'accès n'a aucune restriction subjective. « toute personne » a le droit d'introduire une demande, *indépendamment du motif*. Les LLI européennes affichent un niveau élevé de convergence à cet égard. L'accès à l'information publique se produit sans qu'il soit nécessaire de montrer un quelconque intérêt individuel (légal ou réel). Le requérant est, naturellement, libre d'énoncer leurs motifs, mais ne peut pas être obligé à le faire. Si une telle obligation est introduite, cette procédure d'accès devient, par définition, un régime qui est autre que la LLI.

L'identification est généralement exigée, essentiellement pour des raisons pratiques : elle aide l'administration à assurer un traitement ordonné des requêtes. Cependant, dans certains ordres juridiques - comme en Finlande⁵² ou en Suède⁵³ - la protection du droit à l'anonymat peut déterminer l'adoption de la règle opposée, à savoir que les autorités publiques ne peuvent pas enquêter sur l'identité d'une personne à cause de sa demande d'accès. Seulement quand il y a des intérêts publics ou privés qui se contrebalancent concernant la confidentialité, le demandeur peut être requis de s'identifier (par exemple demande d'accès à son propre dossier contenant des données personnelles).

II.2. Portée

Pour évaluer la portée des LLI en Europe, quatre questions doivent être abordées : a) Les LLI s'appliquent-elles à chacune des trois branches des pouvoirs publics ? b) S'appliquent-elles à tous les secteurs / domaines d'intervention publique ? c) S'appliquent-elles (également) aux entités régionales / territoriales ? d) S'appliquent-elles (également) aux entités privées exécutant des fonctions publiques ?

a) En ce qui concerne la première problématique, la liberté d'information devrait, en principe, considérer tous les documents et information détenus par des autorités publiques, indépendamment de leur pertinence sur une procédure administrative spécifique ou sur la puissance exécutive. Cependant, souvent des réglementations spécifiques s'appliquent aux procédures parlementaires et juridiques.

en Estonie (aussi bien les étrangers résidents que non résidents) disposent des droits précisés aux paragraphes 2 et 3 de la présente section à égalité avec les citoyens estoniens, sauf disposition contraire de la loi. »

⁵¹ Aux termes de la Loi suédoise sur la Liberté de l'Information, les ressortissants étrangers sont mis sur un pied d'égalité avec les citoyens suédois, étant tous « en droit d'avoir accès aux documents officiels » (Articles 2.1 et 14.5).

⁵² Loi finlandaise relative à l'Ouverture du Gouvernement, Section 13.1.

⁵³ Loi suédoise relative à la Liberté de la Presse, Article 14.3.

L'appareil judiciaire, en particulier, est souvent exclu de la portée des LLI, car il est assujéti à des règles spécifiques en matière de publicité, dont le but est la protection de l'indépendance judiciaire. Un exemple est le règlement CE numéro 1049/2001. Il réglemente « l'accès public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission », pas l'accès aux dossiers de la Cour de justice européenne.⁵⁴ Néanmoins, il y a des ordres juridiques où la législation sur la liberté d'accès s'étend à toutes les branches des pouvoirs publics. La LLI finlandaise, par exemple, s'applique non seulement aux autorités administratives étatiques, mais également aux « tribunaux » et « agences et institutions parlementaires ».⁵⁵

b) En règle générale, les régimes de transparence s'appliquent à tous les secteurs / domaines d'intervention publique. Une exception à la règle est fournie par la LLI britannique, qui ne s'applique pas aux services de sécurité et de renseignement.⁵⁶ Cependant, les exemptions se rapportent habituellement à certains types d'intérêts publics plutôt qu'à un secteur administratif *en soi*.⁵⁷ Par conséquent, l'on peut accéder à toute information, même lorsque les fonctions d'ordre public sont en jeu, à moins qu'une exemption spécifique ne soit applicable à l'affaire en question.

c) Les règles de transparence concernent un droit fondamental. Par conséquent, elles devraient également s'appliquer aux entités régionales/territoriales. Il y a, cependant, deux exceptions pertinentes, concernant les États fédéraux et régionaux respectivement.

États fédéraux. En Allemagne, la LLI fédérale ne s'impose pas aux *Länder*. La plupart d'entre eux - 11 sur 16 – disposent d'une LLI territoriale (pas nécessairement similaire à la LLI fédérale). En Autriche, la Constitution n'accorde pas la compétence à la Fédération en matière de transparence et de confidentialité : les « dispositions en matière d'information » suivent la compétence du domaine pertinent. Les neuf *Länder* disposent de régimes de transparence pour la protection de données, l'accès aux informations environnementales ou l'accès à l'information de secteur public, qui sont presque identiques en termes de contenu et de libellé.

États régionaux. En Espagne, les règles sur la transparence administrative (énoncées dans la Loi sur les Procédures Administratives, étant donné qu'il n'y a aucune LLI spécifique) s'appliquent également aux autorités régionales et locales : c'est une loi fondamentale, qui s'impose à toutes les administrations et fonctions. Les autorités régionales et locales disposent cependant du pouvoir d'établir des réglementations plus détaillées sur l'accès aux documents, à condition qu'elles respectent des principes et des conditions juridiques nationales. Par conséquent, l'autonomie territoriale pour régler des questions de transparence est assujéti à une condition de « niveau plus élevé ». ⁵⁸ La même condition est établie en Italie. Les régions peuvent légiférer en la matière, comme cela est clairement montré par l'existence de 15 statuts régionaux relatifs à la transparence (sur 20

⁵⁴ Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009), le régime de transparence de l'UE s'appliquait, du moins formellement, seulement au Conseil, à la Commission et au Parlement, mais pas aux agences et autres organismes secondaires. Le Traité de Lisbonne étend maintenant à l'obligation de transparence à tous les organismes et agences de l'UE (Article 15 du Traité relatif au Fonctionnement de l'Union Européenne).

⁵⁵ Les entités auxquelles s'applique la Loi relative à l'Ouverture du Gouvernement sont mentionnées dans la Section 4 de la Loi.

⁵⁶ La Section 23 de la LLI exempte « les informations fournies par, ou relatives aux, organismes traitant de « questions de sécurité », et énumère mes organismes concernés.

⁵⁷ Voir Section II.4 ci-dessous.

⁵⁸ A titre d'exemple, la communauté autonome de Galice a émis une interdiction par laquelle le principe de transparence était plus exigeant pour le gouvernement, particulièrement en ce qui concerne la publication de données relatives aux contrats et l'octroi de subventions: voir Loi 4/2006 relative à la Transparence et aux Bonnes Pratiques dans l'Administration Publique de Galice.

régions). Pourtant la transparence est une question de compétence législative relevant de l'État central quant à la définition des « éléments essentiels de la performance de l'administration publique ». ⁵⁹ L'État central fixe ainsi la norme de transparence minimale, alors que la loi régionale peut permettre davantage de - mais pas moins de - transparence.

Là où une Constitution restitue l'autonomie réglementaire aux entités territoriales, l'arrangement adopté en Italie et en Espagne peut fournir une solution équilibrée. En fait, cet arrangement établit un compromis sain entre l'autonomie réglementaire territoriale et la nécessité de préserver un niveau minimum commun de transparence. De nos jours, ce besoin est encore plus pressant, étant donné la reconnaissance répandue de la transparence en tant que droit fondamental.

d) Une quatrième problématique consiste à savoir si les régimes de transparence devraient s'appliquer non seulement aux organismes publics, mais également aux entités privées et, si oui, dans quelles conditions.

En ce qui concerne la question de « *si les entités privées* », la plupart des LLI européennes fournissent une réponse affirmative. Les seules exceptions partielles sont les réglementations britanniques et espagnoles. La LLI britannique ne s'applique pas aux organismes privés. La règle est que les organismes privés chargés d'un service public ne sont pas couverts par la LLI, mais les entités de régulation le sont, et par conséquent une demande d'accès à l'information peut leur être soumise. ⁶⁰ Cependant, l'exception britannique est partielle car le Secrétaire d'État peut désigner en tant qu'autorité publique, pour les buts du LLI, « toute personne qui (...) (a) semble au Secrétaire d'État exercer des fonctions à caractère public, ou (b) fournit dans le cadre d'un contrat conclu avec une autorité publique tout service dont la fourniture est une fonction de cette autorité. » ⁶¹ De même, la LPA espagnole ne s'applique pas aux sujets privés. ⁶² Cependant, il couvre toutes les sortes d'organismes publics, y compris les sociétés qui, en dépit de leur forme privée, appartiennent à un État ou une entité publique différente.

Quant à la question « *dans quelles conditions* » une LLI inclut-elle des entités privées dans son périmètre, question se chevauchant partiellement avec la précédente, quatre critères de sélection principaux sont employés. L'analyse va du plus restrictif au moins restrictif.

Le premier critère (plus restrictif) concerne l'exercice « des pouvoirs publics ». En conséquence, les règles relatives à la liberté d'information s'appliquent seulement aux entités privées auxquelles des pouvoirs publics ont été confiés, tels que des pouvoirs de certification (par exemple les notaires) ou des pouvoirs de contrôle (par exemple organismes de contrôle technique). C'est, par exemple, le cas de l'Allemagne.

Un deuxième critère fait référence à une notion tenant à *la nature* des « entreprises publiques ». Ce qui compte, pour l'application d'une LLI, n'est pas la nature juridique de l'entreprise, mais la contribution financière de l'État ou d'autres entités publiques. En conséquence, la LLI s'étend aux entreprises qui appartiennent à l'État ou d'autres entités publiques, même si leur forme organisationnelle est régie par le droit privé. Le raisonnement est clair : si leur activité est financée par le public, elles doivent être transparentes et rendre des comptes au public.

Un troisième critère est l'exécution d'une fonction publique. Il se chevauche avec les deux précédents : lorsqu'un sujet privé se voit conférer des pouvoirs publics ou est financé par les fonds publics, la déduction habituelle est qu'au moins certaines de ses fonctions ont un

⁵⁹ Décret Législatif n° 150/2009, article 11.1. Voir également la Constitution italienne, article 117.2.m.

⁶⁰ Les régies de distribution sont obligées de fournir de l'information, conformément aux statuts qui les régissent (ex. Loi relative aux Régies de Distribution de 2000, Loi relative aux Communications de 2003, etc.).

⁶¹ LLI britannique, Section 5.1.

⁶² En Espagne, le régime de transparence peut être appliqué aux entrepreneurs privés seulement si le contrat public comprend une clause obligeant les sujets à respecter l'article 37 du DPA.

caractère public. Cependant, ce troisième critère est plus large : il comprend les organismes privés qui n'ont pas de pouvoirs spéciaux ou d'aide financière publique mais réalisent pourtant des tâches d'intérêt public, comme cela se produit dans le cas des fournisseurs privés de régies de distribution publiques. Ce critère est manifesté de manière optimale par la réglementation française sur la transparence de 1978, qui s'applique à tous les sujets de droit privés qui sont chargés d'une mission de service public, qu'ils soient dotés de pouvoirs publics ou non.⁶³ Ce critère est adopté dans de nombreux pays européens continentaux, où il est souvent tempéré par une sous-condition fonctionnelle : les dispositions en matière de transparence s'appliquent seulement aux organismes privés en ce qui concerne leurs tâches spécifiques à caractère public.

Un quatrième critère qui a le vent en poupe, adopté par exemple au Portugal et en Roumanie, est établi sur la notion d'un « organisme de droit public ». Cette notion est empruntée à la réglementation de l'UE relative aux marchés publics, selon laquelle « Par « organisme de droit public », on entend tout organisme : a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial; b) doté de la personnalité juridique, et c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »⁶⁴. En comparaison avec les critères précédents, celui-ci est encore plus large. Par conséquent, certains autres sous-critères peuvent s'appliquer afin de qualifier la nature de l'information qui est exempte de divulgation. Néanmoins, son avantage est évident : il fournit un arrimage à une notion qui est bien établie dans tous les États membres de l'UE.

II.3. Objet

Selon certaines lois relatives à la transparence, le droit d'accès concerne les « documents », tandis que, selon d'autres réglementations, le droit d'accès concerne « l'information ». Jusqu'à quel point cette distinction terminologique est-elle pertinente? Ceci implique-t-il une différence de nature dans l'objet du droit ?

En termes abstraits, les deux notions sont différentes. L'ancien droit permet au requérant d'examiner un *document* et d'extraire une copie de celui-ci. Le nouveau droit permet au requérant, en outre, de demander à l'administration de divulguer toute *information* dont elle dispose, même lorsqu'elle n'est pas incluse dans un document. Par conséquent, la première notion est plus étroite que la seconde, quoique la notion du document soit habituellement définie en termes très larges par les tribunaux nationaux ou par les législateurs eux-mêmes.⁶⁵

⁶³ Ex. décisions du Conseil d'État français dans les affaires Ville de Melun et Association «Melun culture loisirs contre Vivien» (20 juillet 1990), Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (22 février 2007, n°264541), et Commune d'Aix-en-Provence (CE, 6 avril 2007, n° 284736).

⁶⁴ Article 1.9 de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relatif à la coordination des procédures pour l'adjudication de contrats de travaux publics, de contrats de fournitures publiques, et de contrats de services publics.

⁶⁵ Ex. la loi française n°78-753, article 1, définissant les « documents administratifs » comme « les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions », indépendamment de leur date ou forme.

De manière typique, la notion (plus large) *d'information* est confirmée dans les LLI, tandis que la notion (plus étroite) de *document* est mentionnée dans les règles LPA sur la transparence procédurale.⁶⁶ La plupart des régimes LLI énoncent clairement le droit d'accès à *l'information* et imposent le devoir (non seulement de divulguer un document déjà existant, mais également) de traiter l'information et les données raffinées qui ne sont pas encore à la disposition du public relatives à l'autorité publique. Aux termes de la LLI britannique, par exemple, toute personne est présumée posséder un droit d'accès à l'information « détenue » par une administration publique, sous quelque forme que ce soit.⁶⁷ Le raisonnement est évident : si le but des régimes LLI est de promouvoir la participation aux processus décisionnels et un contrôle public plus étroit exercé sur l'action publique, le simple fait que l'information soit incluse dans un document ou pas ne devrait faire aucune différence.

En dépit de cela, il y a des régimes LLI qui définissent l'objet du droit d'accès en se référant à la notion de « document ». Même dans ce cas-là, certains « recours » sont mis en place, qui tendent à lisser la contradiction.

Un premier exemple intéressant est la LLI portugaise. En définissant l'objet du droit d'accès, il se rapporte à la notion de « documents administratifs », mais ensuite il admet le droit de toute personne de demander « les documents administratifs » et les « informations relatives quant à l'existence et au contenu des documents administratifs ».⁶⁸

Un deuxième exemple est fourni par le Règlement CE numéro 1049/2001 de l'UE⁶⁹ qui lie explicitement le droit d'accès aux « documents ». Cependant, la Cour de justice européenne a adopté très tôt une large lecture téléologique de cette notion : étant donné que le but poursuivi par la réglementation sur la transparence est de s'assurer que les citoyens disposent de l'accès le plus large possible à l'information, il serait « erroné » de supposer que la décision de l'institution sollicitée « concerne seulement l'accès aux documents en tant que tels plutôt qu'à l'information (...). »⁷⁰

Le même raisonnement devrait, en principe, également s'appliquer aux LLI nationales. Si le but est de maximiser le droit du public de savoir, aucune limitation ne peut être admise, autre que les exemptions explicitement introduites pour la protection des intérêts publics et privés légitimes. La nature du droit fondamental exige que l'accès soit garanti à toute *l'information* détenue par une autorité publique, sans restrictions spécifiques au sujet de l'objet.

II.4. Exceptions

Le droit d'accès aux documents, à l'instar d'autres droits fondamentaux, est confronté à certaines limitations. La question des exceptions représente la partie la plus cruciale des régimes LLI. Son but est de s'assurer que la divulgation d'informations détenues par des autorités publiques ne nuit pas aux intérêts publics ou privés pertinents. Cependant, le risque évident est que si les raisons pour l'exemption sont trop largement définies et interprétées, le droit de savoir peut être excessivement contraint.

Deux questions doivent être abordées. La première concerne les motifs derrière les exceptions : quel genre d'intérêts publics et privés peut être protégé par des dérogations au principe de la transparence ? La

⁶⁶ Une référence à la notion de document peut être trouvée, par exemple dans des réglementations plus anciennes essentiellement consacrées à réglementer la transparence procédurale, comme dans le cas de la France (Loi n°78-753, Article 1), Italie (Loi n° 241/1990, Article 22.1.d) ou Espagne (Loi n° 30/1992, Article 37.1).

⁶⁷ LLI britannique, Section 1.1.

⁶⁸ Loi portugaise n° 46/2007, Article 5.

⁶⁹ Voir Règlement CE n° 1049/2001, Article 3.a.x.

⁷⁰ Voir Affaire C-353/99 P, Hautala (6 décembre 2001), para 23.

deuxième problématique concerne les techniques disponibles pour limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administrative dans l'application des exemptions.

II.4.1. Motifs

Dans toutes les LLI européennes, le droit d'accès est assujéti à un éventail d'exemptions : certaines d'entre elles protègent des intérêts publics, alors que d'autres protègent les intérêts privés. La Convention du Conseil de l'Europe énumère 12 raisons d'exemption, tandis que le règlement de l'UE sur l'accès aux documents en énumère 9.⁷¹ En dépit de cette différence quantitative, la seule différence de nature concerne l'inclusion, dans la Convention du Conseil de l'Europe, d'un motif spécifique se rapportant à la protection de « l'environnement ». Le régime de l'UE, cependant, converge sur ce point : selon l'un des amendements au Règlement CE numéro 1049/2001 proposé par la Commission, un motif supplémentaire pour l'exception considèrerait « l'environnement, tels que les sites de reproduction d'espèces rares ». Cette convergence sur la clause environnementale résulte de la nécessité de s'aligner sur les dispositions provenant de la Convention d'Aarhus.⁷² Pour le reste, les deux listes d'exemption diffèrent seulement dans leur libellé. L'on peut dire la même chose au sujet des réglementations nationales incluses dans la portée de cette analyse. Un degré élevé d'harmonisation règne, ainsi. En plus de l'environnement, les raisons les plus communes sont les suivantes.

a) Protection d'intérêts publics légitimes

Ce ne sont pas tous les intérêts publics qui justifient une limitation du droit d'accès du public aux documents. Les intérêts publics *légitimes* habituellement visés dans les réglementations nationales et européennes peuvent être divisés en deux groupes principaux.

Le premier inclut quatre intérêts publics : la défense et questions militaires ; relations internationales ; sécurité publique (ou ordre public ou sûreté publique) ; la politique économique monétaire, financière et de l'État t. Ces intérêts sont collectivement identifiés en tant que « fonctions souveraines » de l'État.

Le deuxième groupe d'exemptions à l'intérêt public comprend typiquement les informations liées aux actions intentées devant les tribunaux; la conduite des enquêtes, inspections et audits ; et la formation des décisions du gouvernement (c'est-à-dire les documents internes). Il convient de noter que le fondement du refus à l'accès se rapporte à des catégories particulières d'actes plutôt qu'à des intérêts publics génériques.

Les documents concernant une question dans laquelle une décision n'a pas été prise et les documents contenant des opinions d'usage interne en tant qu'élément des délibérations et consultations préliminaires au sein de l'administration appartiennent tous les deux à la dernière catégorie - documents internes. Les documents internes doivent être distingués des dossiers qui ne sont pas encore « achevés » : les derniers ne sont que des avant-projets qui - contrairement aux documents internes - ne sont pas considérés en tant que documents officiels, et, par conséquent, ne peuvent ni être énumérés dans le registre des documents, ni être publiés.⁷³

b) Protection d'intérêts privés légitimes

Il y a essentiellement trois genres d'intérêts privés que la législation de transparence mentionne habituellement comme des raisons pour des exemptions :a) les secrets commerciaux, d'affaires et professionnels ;b) les intérêts commerciaux ; c) les données personnelles.

⁷¹ Voir la Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Article 3.1, et Règlement CE n°. 1049/2001, Article 4.

⁷² Voir Article 4.1(e), Proposition de la Commission pour un 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(2008)229final, 30 avril 2008.

⁷³ Ex. LLI suédoise, Sections 3.1 et 7.

La notion d'un secret commercial, d'affaires ou professionnel est formelle, étant dépendante d'une qualification juridique explicite. La nécessité de protéger ces secrets est, ainsi, évidente en soi. Les droits de propriété intellectuelle appartiennent habituellement à cette catégorie. A défaut, ils peuvent également être inclus dans la notion « d'intérêt commercial », qui est plus large : elle inclut non seulement les secrets d'affaires, mais également les aspects d'une activité commerciale qui ne relèvent pas du secret, tels que la conclusion d'un contrat avec une autorité publique.

Le régime relatif aux données personnelles est réglementé dans les pays de l'Union européenne, par la Directive 95/46/CE et par des mesures de mise en œuvre nationale.⁷⁴ Ce processus d'harmonisation implique également la notion des données personnelles, devant être comprise comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (« personne concernée ») » ; à son tour, « 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 ».⁷⁵ La même définition est adoptée dans des Lois nationales relatives à la Protection des Données.

Un des problèmes principaux des régimes d'accès concerne le conflit avec les normes sur la protection de données. Selon les régimes de protection de données, la divulgation de données personnelles exige des institutions qu'elles vérifient si la personne concernée par les données a agréé. Par ailleurs, l'autorité publique devra tenir compte de la pertinence spécifique par cas d'intérêts potentiellement contradictoires.⁷⁶ Ces normes priment-elles sur le régime d'accès, qui exige habituellement seulement de l'autorité publique qu'elle évalue si la divulgation nuit à la confidentialité des données et à d'autres intérêts privés légitimes ?

La Cour de justice européenne a très récemment traité cette question. Dans son premier jugement en ce qui concerne l'exception de « l'intimité et de l'intégrité de l'individu », rendu le 29 juin 2010,⁷⁷ la Cour a examiné la question de savoir si la Commission pourrait accorder l'accès à un document contenant les noms des participants lors d'une réunion à huis clos. La cour a décidé que, « lorsqu'une demande fondée sur le règlement » relatif à l'accès aux documents « vise à obtenir l'accès à des documents comprenant des données à caractère personnel, les dispositions du règlement » relatif à la Protection de Données « deviennent intégralement applicables ». En l'absence du consentement de certains participants lors de la réunion, la Commission s'est conformée à son devoir d'ouverture en publiant une version du document en question avec les noms des participants masqués. La cour a ajouté qu'étant donné que le requérant n'avait pas fourni une justification explicite et légitime pour démontrer la nécessité de ce que ces données personnelles soient transférées, la Commission n'a pas pu soupeser les divers intérêts des parties concernées. Elle n'a pas plus été en mesure de vérifier s'il y avait une quelconque raison de supposer que les intérêts légitimes des sujets de données pourraient être compromis, selon les exigences du Règlement sur la Protection des Données. Un principe général peut être déduit de cette décision : la réglementation relative à la protection des données doit être traitée comme *lex specialis* par rapport au régime d'accès.

⁷⁴ Un acte spécifique – Règlement CE 45/2001 – concerne le traitement de données personnelles par les institutions et organismes de la Communauté.

⁷⁵ Directive 95/46/CE, Article 2.a.

⁷⁶ Selon la Directive 95/46/CE, les données personnelles peuvent être traitées non seulement lorsque « la personne concernée a indubitablement donné son consentement », mais également, entre autres, lorsque « 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 ». (Article 7, sub a et f).

⁷⁷ Affaire C-28/08 P, Commission contre Bavarian Lager (Bavarian Lager II) (2010).

Par conséquent, en cas de règles contradictoires, les dispositions en matière de protection de données priment sur le régime d'accès.

Une question plus générale est de savoir si une autorité publique recevant une demande d'accès aux documents doit effectuer une évaluation concrète et individuelle du contenu des documents visés dans la demande. Cette question est particulièrement appropriée par rapport aux documents classés secret défense (par exemple pour la protection du renseignement et de la sécurité interne), aux exemptions catégoriques (par exemple documents relatifs aux enquêtes et actions en justice) ou aux secrets commerciaux, d'affaires et professionnels (où la qualification formelle dépend d'autres textes de loi).

Selon la Cour de justice européenne, en principe, l'accès à un document ne peut pas être limité simplement parce qu'il appartient à une catégorie exemptée, comme à une action en justice ou à un secret. Un examen concret et individuel des documents en question est toujours nécessaire pour deux buts principaux : tout d'abord, pour déterminer, à la lumière de l'information qu'elle contient, si sa divulgation porterait réellement atteinte à un intérêt public ou privé protégé par une exception ; deuxièmement, pour évaluer si l'exemption couvre le document entièrement ou partiellement (dans la dernière hypothèse, le principe de proportionnalité exige la divulgation partielle, lui faisant une mesure moins onéreuse qu'un refus complet de l'accès).⁷⁸ En affirmant que « le refus opposé par une institution d'examiner concrètement et individuellement les documents faisant l'objet d'une demande d'accès constitue, en principe, une violation manifeste du principe de proportionnalité », ⁷⁹ la Cour de justice européenne énonce clairement qu'en principe les exceptions fondées sur la catégorie ne devraient pas exister. Néanmoins, une évaluation individuelle ne pourra pas être exigée si, en raison des circonstances particulières de l'affaire, les documents demandés sont manifestement et intégralement couverts par une exception au droit d'accès.

II.4.2. Contraintes Législatives à la Discretion Administrative

Une fois qu'une loi a défini les raisons fondant les exemptions, un problème fondamental subsiste: comment s'assurer que les autorités publiques interprètent et appliquent les exceptions de manière restrictive, pour ne pas battre en brèche le droit d'accès.

À cet égard, les principes généraux du droit administratif et de l'action fournissent un premier ensemble de contraintes procédurales et de fond. Du côté procédural, le principe de l'application régulière de la loi impose plusieurs devoirs à l'autorité publique : de traiter promptement la demande, de consulter le requérant et les tiers chaque fois que cela est approprié ou nécessaire, de motiver, d'indiquer les voies de recours (*infra*, II. 5. 1). Sur le fond, le principe de proportionnalité revêt une importance primordiale, avec son sous-contrôle de pertinence, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu* (voir *infra*, sub a). La responsabilité consistant à vérifier la conformité des décisions relatives à l'accès avec de tels principes, incombe naturellement, aux organismes de contrôle, à savoir les cours compétentes et les organismes administratifs.

Indépendamment de ces contraintes jurisprudentielles, y a-t-il des normes juridiques que les législateurs peuvent mettre en place afin de s'assurer que les autorités publiques appliquent correctement les exemptions mentionnées ? L'analyse des LLI en Europe (et ailleurs) soutient une réponse positive. Les règles LLI en matière d'exemptions limitent la discrétion administrative en établissant une hiérarchie entre les intérêts en jeu, avec pour conséquence le fait que les administrations (et les juges) sont tenus d'évaluer

⁷⁸ Conclusions de l'Avocat Général Maduro dans les Affaires Jointes C-39/05 P et C-52/05 P, Suède et Turco contre Conseil (2007), para 32.

⁷⁹ Affaire T-2/03, para 100.

la pertinence concrète de ces intérêts non seulement à la lumière des principes généraux (proportionnalité *in primis*), mais également *selon des critères législatifs*.

La norme législative standard est assise sur la distinction entre les exemptions « absolues » (ou « obligatoires » ou « basées sur des troubles ») et « relatives » (ou « qualifiées » ou « discrétionnaires »). Étant donné que la plupart des régimes LLI confirment cette distinction (y compris la réglementation de l'UE relative au droit d'accès), il semble nécessaire de l'explorer de manière assez détaillée afin de clarifier le rôle respectif que les législateurs et les administrateurs (pourraient) jouer.

a) *Exemptions absolues : L'évaluation des risques*

La formule typique utilisé pour interpréter une exemption absolue se présente comme suit : « Les autorités publiques refuseront l'accès à un document où la divulgation nuirait (ou affaiblirait ou saperait ou entraverait) la protection des intérêts suivants (...) ». Quel est le but et quel est l'effet d'une disposition similaire ?

Le but est de garantir un niveau renforcé de protection à certains intérêts publics ou privés, en raison de leur pertinence spécifique dans un ordre juridique donné. A titre d'exemple, les raisons pour l'exemption correspondant aux « fonctions souveraines » de l'État - la défense, les relations internationales, l'ordre public et questions similaires - sont habituellement incluses dans la catégorie de l'exemption absolue.

L'effet est que l'autorité publique ne se voit pas confier un pouvoir discrétionnaire. Aucune mise en balance appropriée - la manifestation typique d'un pouvoir discrétionnaire - ne peut être exercée étant donné que les intérêts protégés sont mis sur une échelle abstraite d'intérêts établie par le législateur, dans une position supérieure par rapport à l'intérêt public dans la transparence. Cette position supra-ordonnée détermine l'adoption du prétendu contrôle des risques, qui remplace l'approche de mise en balance et exige une évaluation des dommages que la divulgation peut produire à un intérêt protégé. Lorsque l'autorité publique est convaincue de ce que la divulgation des informations demandées nuirait au but de l'exemption, la confidentialité prévaut: le fait de contrecarrer le droit d'accès est, par jugement législatif, une préoccupation secondaire.

De manière plus analytique, le contrôle des risques implique une évaluation unique qui peut être conceptuellement divisée en deux parties. Premièrement, l'autorité publique doit établir la *nature* du trouble qui pourrait résulter de la divulgation. Il est nécessaire d'identifier et de qualifier le préjudice spécifique qui compromettrait le but de l'exemption. Deuxièmement, la *probabilité* que le préjudice se produise doit être établie de façon probante. Une autorité publique doit prouver qu'il y a un rapport de cause à effet entre la divulgation potentielle et le trouble à l'intérêt public. La règle sous-jacente est la suivante : moins le trouble est significatif et probable, plus l'autorité sera tenue de divulguer. Cependant, comme cette règle l'explique clairement, il y a un risque qu'une autorité publique pourrait donner au concept de trouble à l'intérêt public une lecture large. Ce problème est habituellement abordé de deux manières.

Première manière : définir la nature du préjudice causé à l'intérêt public. Une distinction peut être établie entre le risque *potentiel* et le risque *réel* de dommages. Les meilleures pratiques juridiques et administratives tendent à rejeter l'ancienne notion et à converger vers la dernière: afin d'appliquer une exemption, le risque de trouble devra être plus qu'une possibilité abstraite. Si des exceptions à la règle de l'accès doivent être interprétées de manière restrictive, il en résulte qu'une demande peut seulement être rejetée si la divulgation est en mesure de miner *concrètement et effectivement* l'intérêt protégé. En d'autres termes, il n'est pas suffisant que l'administration mette en avant une spéculation ou une opinion non étayée. L'autorité publique doit pouvoir fournir des preuves à l'appui

de la conclusion selon laquelle, dans les circonstances données, les dommages sont *raisonnablement prévisibles et non purement hypothétiques*.⁸⁰

Deuxième manière : définir la probabilité du préjudice causé à l'intérêt public. Une fois que l'on s'assure que le risque de trouble est réel et spécifique, la possibilité que le risque se produise devra être évaluée. La question est de savoir comment déterminer le niveau approprié du risque qui pourra être considéré comme étant suffisant pour empêcher la divulgation. Quoique ce choix puisse bien être considéré comme intrinsèquement politique, de nombreux législateurs sont silencieux sur la question. Cependant, deux options sont disponibles. L'une est fondée sur la distinction entre le trouble *plausible* et *probable* : une condition d'un préjudice plausible est plus rigoureuse que la condition d'un préjudice qui est simplement probable.⁸¹ Une autre variante de cette technique implique la distinction entre le contrôle de risques *direct* et *inversé* : une condition directe de dommages favorise l'octroi de l'accès,⁸² tandis qu'une condition inversée des dommages assume que le secret est la règle principale.⁸³

b) *Exemptions relatives : La Mise en Balance des Coûts et Avantages)*

Les exemptions relatives sont habituellement fixées selon le libellé suivant : «les autorités publiques refuseront l'accès à un document quand la divulgation nuirait à (ou compromettrait ou minerait ou endommagerait) la protection des intérêts suivants (...) *à moins qu'il n'y ait un intérêt public supérieur pour la divulgation* ». L'ajout final (en italiques) marque la distance par rapport aux exemptions absolues.

La possibilité que l'intérêt public pour la transparence dépasse l'intérêt (public ou privé) protégé par l'exemption implique que ces éléments sont mis sur un pied d'égalité. Il n'y a aucune priorité ontologique de quelque côté que ce soit : aucune présomption en faveur de la protection de l'intérêt (public ou privé) n'est établie au niveau législatif. Il incombe à l'organisme administratif de soupeser les deux intérêts concurrents. Le résultat de cette approche de mise en balance est qu'en l'absence d'un ordre de préférence (législatif) prédéterminé entre les intérêts concurrents en jeu, l'administration se voit octroyer une totale discrétion. Au moment de procéder à l'évaluation, l'autorité publique est tenue de décider « si oui ou non dans un quelconque cas particulier les intérêts du public sont mieux servis si les informations sont retenues ou bien divulguées ». ⁸⁴ L'intérêt du public lié à la libre circulation de l'information peut ainsi primer dans le cas contingent même au risque de nuire au but de l'exemption.

⁸⁰ Affaire T-211/00, *Kuijer contre Conseil* (Kuijer II) (2002), paras 55-57. La norme « raisonnablement prévisible et non purement hypothétique » peut être considérée comme étant équivalente à la norme de dommage « concret et effectif » évoquée, élaborée dans l'Affaire T-194/04 *Bavarian Lager contre Commission* (2007), para 117.

⁸¹ Lorsqu'une disposition (ou un critère prédéterminé administratif) fixe une norme en matière de probabilité – exigeant typiquement que l'administration examine si oui ou non une divulgation « nuirait à » ou « aurait un effet négatif » sur le but de l'exemption – le préjudice doit être au moins plus probable que non. Par opposition, lorsqu'une disposition (ou un critère prédéterminé administratif) se réfère à une norme en matière de probabilité – exigeant typiquement que l'administration examine si la divulgation « serait susceptible de causer du tort » – alors la divulgation pourra être empêchée si la perspective du préjudice est moins que probable. En d'autres termes, dans le dernier cas, le fardeau de la preuve pour une autorité publique est plus léger.

⁸² Un exemple est une disposition stipulant que les documents concernant la relation avec un état étranger doivent être considérés comme étant secrets « si l'accès à des tels documents pourrait endommager ou compromettre » les relations internationales de l'Etat. Ceci est la formulation adoptée par la LLI finlandaise, Section 24.1.2.

⁸³ A titre d'exemple, un document préparé aux fins d'une enquête criminelle doit être considéré comme secret « à moins qu'il ne soit évident que l'accès aux documents compromettra (...) la réalisation des objectifs de l'enquête ». (LLI finlandaise, Section 24.1.3).

⁸⁴ UK Information Commissioner's Office (ICO) (2009), "Awareness Guidance No. 3 – The Public Interest Test", 1er juillet, disponible sur www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/fep038_public_interest_test_v3.pdf.

De manière plus analytique, une application appropriée de la mise en balance des coûts et avantages exige un contrôle de risques préliminaire. Afin de décider s'il convient d'appliquer l'exemption ou non, la première étape consiste - encore une fois - à évaluer la pertinence et la probabilité du préjudice causé à l'intérêt protégé. Si le tort n'est pas pertinent (ou non probable), il n'y a aucun besoin de mise en balance : l'intérêt public pour la divulgation primerait sans « être soupesé ». À ce stade, l'administration peut se référer aux normes interprétatives déjà mentionnées (*infra a*). La deuxième étape, spécifique à la de mise en balance (bilan des coûts et avantages), implique de soupeser les dommages potentiels par rapport aux avantages correspondants résultant de la divulgation. Les critères pertinents pour la mise en balance sont les termes généraux qui concernent l'exercice de la discrétion administrative et peuvent donc varier d'une tradition juridique à l'autre.

Néanmoins, il semble approprié d'ajouter que *la reconnaissance du droit d'accès comme droit fondamental en Europe impose l'adoption d'un examen minutieux et strict du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques*. Comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice européenne, un examen minutieux effectué à la lumière du principe de proportionnalité peut bien servir ce but. Selon la jurisprudence de l'UE et de manière constante, ce principe implique une norme tripartite : que les mesures adoptées par l'autorité publique ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire afin d'atteindre les objectifs poursuivis (*convenance*) ; que lorsqu'il y a un choix entre plusieurs mesures appropriées, le recours doit être le moins coûteux (*nécessité*) ; que les inconvénients causés ne doivent pas être disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis (*proportionnalité stricto sensu*).⁸⁵ Ces trois sous-contrôles peuvent aider les cours à empêcher les exemptions discrétionnaires de devenir un instrument de l'arbitraire dans les mains des autorités publiques.

c) *Approche par l'Évaluation des risques ou la Mise en Balance ? Comment choisir ?*

En principe, la mise en balance des coûts et avantages, si elle est correctement accomplie, fournit un cadre d'évaluation plus complet : les autorités publiques non seulement vérifient que la publication peut causer un préjudice, mais doivent également considérer si, nonobstant un tel dommage, l'intérêt public serait, tout bien pesé, mieux servi par la publication. Des facteurs telles que la promotion de la compréhension du débat public et la participation à celui-ci, favorisant la responsabilité des autorités publiques et la reddition des comptes sur leurs décisions, mettant en évidence les informations qui concernent la dépense des deniers publics ou affectent la santé publique et la sûreté, devront être explicitement soupesées par rapport au risque de préjudice détecté. Par conséquent, en comparaison avec l'évaluation des risques, la mise en balance implique une présomption incorporée plus forte en faveur de la divulgation.

En dépit de cela, dans des pays tels que la Finlande et la Suède, ainsi qu'en Allemagne, la législation LLI manifeste une préférence explicite en faveur d'exemptions absolues, plutôt que des exemptions relatives. Trois arguments principaux ont été avancés à l'appui de ce choix.

Tout d'abord, la mise en balance des coûts et avantages peut permettre à l'administration davantage d'espace de manœuvre. La raison en est empirique : l'approche par la mise en balance est plus complexe que l'évaluation des risques. En particulier, lorsqu'une administration est peu disposée à rendre publiques des informations, elle peut facilement inverser la présomption en déclarant - comme cela se produit souvent - que la divulgation peut seulement être autorisée dans les cas où un certain intérêt public spécial, supérieur au préjudice précédemment identifié, peut être identifié. Lorsque l'autorité publique commence sur cette prémisse, c'est la publication - plutôt que la restriction - qui devient peu probable. Cependant, un tel argument est établi sur une hypothèse « pathologique », à savoir que les fonctionnaires responsables interprètent de manière erronée la notion de « l'intérêt public de la divulgation ».

⁸⁵ Ex multis, Affaire C-157/96 Syndicat National des Agriculteurs et Autres (1998), para 60, Affaire T-211/02 Tideland Signal contre Commission (2002), para 39. Pour une application précoce du principe de proportionnalité dans les questions de transparence, voir également Affaire T-14/98 Hautala contre Conseil (1999), para 85.

Dans ses directives, l'Office du Commissaire Britannique à l'Information (ICO) précise que « quelque chose dans l'intérêt public » est simplement quelque chose qui sert les intérêts du public » ; en conséquence, « au moment d'effectuer l'évaluation, l'autorité publique décide simplement si dans une circonstance particulière les intérêts du public sont mieux servis par la divulgation ou de l'information est ». ⁸⁶ Une instruction et une formation soigneuses des fonctionnaires concernés devraient être suffisantes pour éviter l'erreur.

Un deuxième argument concerne la question de l'identité du requérant et de la nécessité pour lui/elle de justifier la demande. Alors que l'évaluation des risques « regarde » seulement le côté exemption, considérant le préjudice que la divulgation pourrait produire, la mise en en balance des coûts et avantages « regarde », également, du côté du requérant, comportant une appréciation de l'intérêt de celui-ci. Cela pourrait induire l'autorité publique à demander l'identité de la personne et des raisons pour sa demande, en violation d'une interdiction explicite stipulée dans la LLI. Même cet argument ne semble pas être décisif. Quelle que soit la norme qu'elle applique, l'administration doit vérifier le fond de l'affaire, examiner les demandes et identifier par la suite le requérant. Les règlements en matière de transparence ne constituent nullement une exception. Il est vrai que la plupart des LLI permettent au requérant d'exercer le droit d'accès sans devoir montrer une pièce d'identité et justifier la demande. Cependant, ceci implique simplement que la demande ne peut pas être rejetée par ce motif, tandis qu'elle n'empêche pas l'autorité publique de consulter le requérant et de lui demander de qualifier la demande.

Le troisième argument est lié au concept de la discrétion et de son impact sur l'examen judiciaire. Dans le cadre d'une interprétation rigoureuse (particulièrement réussie dans le contexte allemand), ⁸⁷ l'évaluation des risques ne comporte pas une décision discrétionnaire, mais plutôt une interprétation de la signification - ou ampleur - de l'exemption et un jugement des faits concernant la pertinence concrète du préjudice. Les cours examinent entièrement ces évaluations (non discrétionnaires) et, au besoin, peuvent également les corriger. Par contraste, la mise en balance des coûts et avantages comporte l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration. Les cours peuvent s'assurer que l'administration se conforme aux normes, mais ne peuvent pas directement exercer ce pouvoir, car il est réservé à l'administration. En résumé, les juges ne peuvent pas interférer avec le fond de la décision. Cet argument, cependant, n'est pas vrai partout.

Au niveau de l'UE, en particulier, la ligne de séparation entre le préjudice potentiellement causé et la mise en balance des coûts et avantages détermine - quelque peu ironiquement - les résultats opposés : comme cela a été récemment observé, « toujours depuis un arrêt précoce dans *Hautala contre Conseil* [1999], aussi bien la Cour Européenne de Justice (ECJ) que le Tribunal de Première Instance (CFI), ont systématiquement appliqué la norme de l'examen marginal aux affaires impliquant des exceptions obligatoires servant l'intérêt public. ⁸⁸ "Selon la norme de l'examen marginal, le contrôle est limité « à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation de la décision attaquée, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits et de détournement de pouvoir. » ⁸⁹ A nouveau récemment, la Cour de Justice a

⁸⁶ UK Information Commissioner's Office (ICO) (2009), "Awareness Guidance No. 3 – Les Public Interest Test", 1er juillet, p. 7, disponible sur www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/fep038_public_interest_test_v3.pdf.

⁸⁷ Les tribunaux allemands exercent un examen strict sur les décisions administratives sur la base de l'interprétation de « termes juridiques vagues », alors qu'ils prennent du recul lorsqu'une discrétion appropriée est déléguée à l'administration. Ceci explique la forte opposition interprétation et discrétion et la préférence pour le test de nuisibilité.

⁸⁸ D. Adamski, « How wide is "the widest possible"? ». Interprétation judiciaire des exceptions au droit d'accès aux documents officiels revisitée, chez Common Market Law Review, 2009, vol. 46, 521-549, à 524.

⁸⁹ Affaire T-14/98, *Hautala contre Conseil* (1999), para 72.

confirmé que même si le principe de l'accès public le plus large possible aux documents implique des exceptions devant être interprétées et appliquées strictement, en ce qui concerne les exceptions absolues au sujet de l'intérêt public, « un tel principe de construction stricte (...) ne s'oppose pas à ce que, (...) le Conseil dispose d'une *large marge d'appréciation* aux fins de déterminer si la divulgation au public d'un document porterait atteinte aux intérêts protégés par cette disposition. .»⁹⁰ En conséquence, non seulement les exemptions absolues loin d'impliquer un strict examen judiciaire, mais elles semblent également être réconciliables avec l'idée selon laquelle l'autorité publique exerce une (large) discrétion administrative.

De même, en France, en Italie et en Espagne, les régimes de transparence semblent fluctuer à mi-chemin entre le modèle britannique (exemptions relatives ou discrétionnaires) et le modèle nordique / allemand (exemptions absolues ou basées sur le préjudice). Là où une clarification satisfaisante est absente dans la législation,⁹¹ les cours tendent à passer en revue des décisions administratives sur l'accès à l'information selon divers critères, allant de la proportionnalité au bon sens. Parfois les juges résolvent le problème en qualifiant le pouvoir décisionnel de l'administration de discrétionnaire.⁹² D'autres fois, (et appliqué de manière non uniforme), une évaluation des risques implicite semble être la norme dominante, particulièrement lorsque les fonctions souveraines de l'État sont en jeu.⁹³

En conclusion, bien que l'évaluation des risques semble octroyer moins d'espace à l'administration pour prendre des décisions déséquilibrées et arbitraires, l'approche par la mise en balance des coûts et des avantages semble être plus prometteuse à la fois en théorie et en pratique. En théorie, la mise en balance est la seule approche conforme au statut dont bénéficie de nos jours en Europe le droit d'accès : en tant que droit fondamental, il devrait être conçu en tant que « *superiorem non recognoscens* »; par conséquent, aucun intérêt public ou privé ne devrait se voir accorder un niveau supérieur de protection, comme cela est impliqué dans l'évaluation des risques. En pratique, le fait de conférer des pouvoirs discrétionnaires à l'administration ne constitue pas un problème en soi, tant qu'il est toujours possible - et en effet recommandé - que les organes de recours adoptent une norme stricte en matière de contrôle (comme celles déterminées par le principe de proportionnalité). Cette conclusion est conforme à la faveur accordée à l'approche de mise en balance des coûts et avantages par le Conseil de l'Europe, dans ses recommandations⁹⁴ et dans la Convention de 2008 relative à l'Accès aux Documents Officiels.⁹⁵

d) Une Illustration : Le Cas de la Protection de l'Intimité et des Données

La conclusion qui vient d'être tirée est confortée par la pratique concernant les décisions d'accès aux documents contenant des données personnelles. Une approche de mise en balance plus ou moins explicite semble primer même là où l'exception à la protection de la confidentialité des données et d'autres intérêts privés est qualifiée par le législateur d'absolue ou fondée sur le préjudice.

Les données personnelles font partie de la catégorie des exemptions absolues ou relatives, selon la pertinence que la législation assigne au droit à la confidentialité des données par rapport au droit de

⁹⁰ Affaire C-266/05 P, Sison contre Conseil (2007), para 64 (accent ajouté). Voir également Affaire T-264/04, WWF contre Conseil (2007), paras 39-40.

⁹¹ Voir Droit français de 1978, Article 6.I.2; la LPA italienne, article 24.1; la LPA espagnole, article 37.5.

⁹² Voir, par exemple, la Cour Suprême régionale de Castille-Leon, sentence 208/2003 du 10 octobre 2003, stipulant que l'exception à l'intérêt public légitime devra être mise en balance avec le droit d'accès.

⁹³ Les cours réitèrent souvent le fait qu'il n'est pas demandé à l'administration de mettre en balance le droit d'accès avec l'exception de l'intérêt public légitime. La décision quant au fait de divulguer ou non les documents doit être prise seulement en considération de leur capacité à affecter la conduite des fonctions souveraines de l'Etat.

⁹⁴ Recommandation n° R(2002)2 relative à l'accès aux documents officiels, Section IV.2.

⁹⁵ Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Article 3.2.

savoir.⁹⁶ En conséquence, une division importante peut être dessinée entre les systèmes protégeant la confidentialité des données et les données personnelles au moyen de dérogations⁹⁷, et les systèmes *établis sur le préjudice* (ou absolus), où les mêmes intérêts privés sont garantis au moyen d'exemptions *discrétionnaires* (ou relatives). Au niveau de l'UE,⁹⁸ la première solution prime. Cela semble témoigner d'un consensus émergent relatif à la reconnaissance du statut juridique renforcé du droit à la confidentialité des données personnelles. En revanche, en Allemagne et au Royaume-Uni, les données personnelles sont assujetties à la mise en balance des coûts et avantages (plutôt qu'au principe du préjudice potentiellement causé), et la même chose peut être dite de la France, de l'Italie et de l'Espagne.

L'anomalie britannique est moins surprenante, étant donné que la nature discrétionnaire des exemptions personnelles de données est conforme à la préférence générale de la LLI britannique pour l'évaluation de l'intérêt public.⁹⁹ Plus évidente est plutôt l'anomalie allemande et pour une raison symétrique : la caractérisation de l'exemption personnelle de données en tant que discrétionnaire (en ce qui concerne des données personnelles « ordinaires »)¹⁰⁰ marque un décalage du reste du LLI allemand, qui généralement privilégie les exceptions fondées sur le préjudice.¹⁰¹ En France¹⁰² ou en Espagne¹⁰³ la jurisprudence a de fait qualifié cette exemption comme étant relative. Dans le cas italien, le régime de protection de données précise que des informations sensibles au sujet de la santé ou de l'orientation sexuelle d'une personne peuvent également être divulguées, si l'intérêt concurrent de la partie requérante bénéficie d'une pertinence constitutionnelle comparable.¹⁰⁴

La comparaison des régimes relatifs aux données personnelles confirme que l'opposition entre les approches par le trouble et la mise en balance ne devrait pas être exagérée. Certaines normes juridiques, en fait, ont émergé, qui surmontent la distinction susmentionnée.

D'abord, la divulgation des données personnelles se produit - indépendamment du type d'exemption (absolue ou relative) ou d'évaluation (préjudice ou mise en balance) - lorsque la divulgation partielle d'informations est possible : le principe de la proportionnalité, en fait, exige que l'accès soit accordé après avoir supprimé des données personnelles contenues dans un document particulier, à moins que cette activité n'implique « un fardeau déraisonnable » pour l'administration (voir *infra*, II. 5. 2).

Deuxièmement, lorsque l'accès partiel n'est pas possible, l'autorité publique devra entamer des consultations avec la personne concernée par les données afin d'obtenir son consentement avant de rejeter la demande.

De plus, certaines distinctions pragmatiques - assumant implicitement la mise en balance en tant que technique normalisée - sont également répandues et jouent un rôle significatif pour orienter les pratiques administratives.

⁹⁶ L'exemption ne s'applique pas si le demandeur sollicite ses propres données personnelles (Directive 95/46/CE, Article 12). Dans ce cas, l'identification de la personne sollicitant l'information est nécessaire.

⁹⁷ Voir, entre autres, la Réglementation CE n°. 1049/2001, Article 4.1.b, et la LLI suédoise, Section 2.1.6.

⁹⁸ Article 4 de la Réglementation CE n° 1049/2001.

⁹⁹ La « clause des données personnelles » est incorporée dans la Section 40 de la LLI britannique.

¹⁰⁰ Les données sensibles constituent une exception absolue: elles ne peuvent être divulguées qu'avec le consentement du sujet des données (LLI allemande, Section 5.1, deuxième phrase).

¹⁰¹ LLI allemande, Section 5.1: « L'accès aux données personnelles ne peut être accordé que dans la mesure où l'intérêt du requérant pour l'information est supérieur à l'intérêt du tiers nécessitant la protection ou que le tiers a donné son consentement ».

¹⁰² En France, Loi n° 78-753, Article 6.II.

¹⁰³ DPA espagnol, Article 37.2.

¹⁰⁴ Décret législatif 196/2003, Article 60.

A) L'information qui intéresse simplement le public (par exemple la conduite privée d'un citoyen ordinaire qui n'occupe pas un poste public) ne peut pas être traitée comme information qui est dans l'intérêt public (telle qu'une information au sujet de la conduite privée d'un ministre de gouvernement). Même lorsque la mise en balance des coûts et avantages ne s'applique pas, l'intérêt du public de savoir est beaucoup plus fort dans le deuxième cas et ceci ne peut pas être négligé.

B) La décision relative à l'accès est affectée par la nature plus ou moins « sensible » des données personnelles qui font partie de l'information demandée. Lorsque les données impliquées sont sensibles (par exemple des points de vue religieux ou politiques) ou hypersensibles (par exemple santé ou orientation sexuelle), le seuil pour la publication remonte inévitablement, quel que soit le mode d'évaluation appliqué.¹⁰⁵

C) Une autre distinction pertinente concerne la nature de l'intérêt sous-tendant la requête: l'intérêt qualifié d'une partie dans une procédure bénéficie d'une plus grande protection que l'intérêt général du public de disposer de l'information. Ceci explique pourquoi dans les LPA ou les régimes de type LPA, l'approche discrétionnaire prime. Et cela implique également qu'au cas où le requérant s'avère le titulaire d'un intérêt qualifié pour la divulgation, la mise en balance est nécessaire (comme le commande le principe de la proportionnalité) même si l'exemption est interprétée comme étant absolue.

II.5. Traitement des Requêtes

II.5.1. Mesures de Sauvegarde Procédurales

Dans les ordres juridiques européens, le traitement des requêtes implique l'application de cinq ensembles de garanties.

Tout d'abord, les demandes d'accès devraient être traitées « promptement » ou « sans délai anormal », et, quoi qu'il en soit, dans un délai raisonnable « qui a été précisé à l'avance ». ¹⁰⁶ Dans la plupart des LLI, le délai est court : 5 jours en Estonie, 10 jours au Portugal, 15 jours en République Tchèque, en Finlande et en Pologne et au niveau de l'UE ; 20 jours en Slovénie et au Royaume-Uni. ¹⁰⁷ La date limite est plus longue dans les réglementations de type LPA, principalement consacrées à la réglementation de la transparence procédurale : elle est de trois mois en Espagne, de huit semaines en Autriche, et d'un mois en France et en Italie.

Évidemment, les demandes concernant des documents qui sont déjà disponibles et de longueur limitée sont plus faciles à satisfaire que les demandes concernant des informations qui exigent une certaine élaboration et un traitement plus poussé de l'information, ou un examen minutieux de vastes documents. Par conséquent, certains pays distinguent la date limite : en Estonie, par exemple, elle est de 5 jours pour l'accès aux documents, mais de 30 jours pour la divulgation d'informations plus complexes. ¹⁰⁸ Généralement, dans les régimes LLI, le délai pour la fourniture de l'information peut être prolongé (habituellement, pas plus de 10-15 jours) seulement dans des circonstances

¹⁰⁵ Inversement, la divulgation de données ordinaires ou personnelles non sensibles (ex. nom, titre, diplôme universitaire, désignation professionnelle et fonctionnelle, adresse du bureau, adresses e mail, et numéros de téléphone) est plus probable, à condition qu'un intérêt public légitime l'exige. Ici l'accent passe de la confidentialité des données à l'intérêt public légitime.

¹⁰⁶ Conseil de l'Europe, Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Article 5.4.

¹⁰⁷ Aucune date butoir n'est fixée dans la LLI suédoise : selon la Section 12.2, les « demandes de relevés ou de copies de documents officiels seront traitées promptement ».

¹⁰⁸ Voir la Loi Estonienne relative à l'Information du Public (PIA), Section 18, et la Loi relative à la Réponse aux Requêtes, Section 6.

exceptionnelles sur la base de raisons sérieuses (telles que des difficultés à rechercher et recueillir l'information demandée dans d'autres offices, le grand volume d'information séparée et différente demandée, la consultation avec des tiers privés ou d'autres organismes - par exemple les services de renseignement - ayant un intérêt substantiel pour la décision au sujet de la demande). Dans ces cas, le requérant devra être avisé de la prolongation de délai et des raisons du retard, et une telle notification devra être fournie bien avant l'expiration du délai.¹⁰⁹

Deuxièmement, l'on devra accorder l'accès par des moyens efficaces et appropriés. À quelques exceptions près, les informations sont fournies dans le format demandé par le requérant, à moins que la demande ne place un fardeau additionnel et déraisonnable sur l'administration. Les formes écrites priment sur les moyens oraux (dans certains pays, comme en Suède ou au Royaume-Uni, l'accès oral n'est pas même mentionné). D'ailleurs, dans la pratique administrative, les moyens électroniques remplacent de plus en plus la forme papier/imprimée : ce développement devrait être le bienvenu, dans la mesure où il réduit les coûts de divulgation.

Une troisième norme concerne les frais dont doit s'acquitter le requérant. Bien qu'il soit généralement admis que les organismes administratifs peuvent facturer des frais raisonnables à l'occasion d'une requête, une distinction devra être établie entre l'accès aux documents qui sont déjà disponibles et l'accès à l'information qui implique des activités de recherche, d'élaboration ou de traitement de la part de l'administration.

Pour les documents qui sont déjà disponibles, la règle est que l'accès est (presque) gratuit: seul le coût de reproduction (pour une transcription ou une copie d'un document) est facturé. En revanche, pour les demandes entraînant un fardeau significatif pour l'administration, des honoraires plus élevés peuvent être facturés. Dans cette hypothèse, la garantie principale est le caractère fixe des frais. Là où le montant exact est déterminé par le bureau requis sollicité au cas par cas, les plaintes sont plus fréquentes que dans les systèmes (comme l'Allemagne ou le Royaume-Uni) où des frais sont fixés par rapport au type de demande.

Une quatrième norme commune est le devoir de motiver les décisions et d'indiquer les voies de recours.

Aucune administration ne peut refuser l'accès à un document demandé sans justifier sa décision. Tout refus devra mentionner l'exemption législative sur la base de laquelle il est motivé et préciser pourquoi la divulgation porterait atteinte aux intérêts publics ou privés légitimes protégés par l'exemption. Par ailleurs, en donnant les raisons d'un rejet total ou partiel d'une requête, l'autorité publique devra tenir compte de son obligation d'entreprendre une évaluation concrète et individuelle du contenu des documents demandés, pour autant qu'une telle évaluation soit exigée, par principe, en ce qui concerne tout type d'exceptions.¹¹⁰ Un énoncé des motifs doit également inclure une indication des recours contre le rejet. Dans la mesure du possible, le requérant devra être informé des recours au début de la procédure.

La condition imposant de fournir des motifs entraîne un cinquième devoir de la part de l'autorité publique, à savoir l'obligation de publier une décision formelle à titre de réponse à une demande. À défaut d'une telle décision, un énoncé des motifs devra être mis à la disposition du requérant (le requérant peut cependant toujours contester le « silence » de l'administration une fois que le délai expire).¹¹¹

¹⁰⁹ Ex. Règlement CE n° 1049/2001, article 7.3. Une disposition détaillée figure dans la LLI Tchèque, Section 14.7.c.

¹¹⁰ Ex.. Affaire T-36/04, Association de la presse internationale (API) contre Commission (2007), para 54-57. Voir également Affaire T-2/03, VKI, para 75.

¹¹¹ Le principe opposé est établi en France, où le refus peut également résulter, aux termes de l'Article 17 du Décret 2005-1755 du 30 décembre 2005, du « silence gardé pendant plus d'un mois par l'autorité compétente, saisie d'une

II.5.2. Le concept de « Charge de travail Déraisonnable »

La vraie problématique cachée derrière la distinction conceptuelle entre les documents et l'information (*supra*, II. 3) concerne la charge de travail administrative différente qu'elle implique. Si le droit d'accès concerne l'information, plutôt que des documents, une série d'obligations pesantes est imposée à l'administration qui est appelée à traiter la demande. En raison de la nature fondamentale du droit, un examen minutieux et strict de la proportionnalité est habituellement adopté en la matière.

D'abord, si l'accès concerne l'information, une demande d'accès devra également être traitée lorsqu'elle ne mentionne pas le document spécifique qui est demandé : il suffit de préciser le type de données qui sont pertinentes. Par conséquent, le fardeau consistant à identifier concrètement le ou les documents pertinents incombe également à l'administration. Selon la norme juridique émergente, d'une part, « L'autorité publique aide, dans les limites du raisonnable, le demandeur à identifier le document public demandé »¹¹² ; d'autre part, une demande d'accès peut seulement être refusée « si, nonobstant l'aide accordée par l'autorité publique, la demande reste trop vague pour permettre l'identification du document public recherché »¹¹³

Deuxièmement, une demande d'accès ne peut pas être rejetée *in toto* au motif qu'une partie du document est couverte par une exemption et que la divulgation partielle déterminerait une charge de travail administrative significative. Si l'accès concerne l'information plutôt que le document en tant que tel, l'autorité publique doit examiner si, à la lumière du principe de proportionnalité, il est approprié d'accorder l'accès partiel. En conséquence, seulement « À titre exceptionnel, une dérogation à cette obligation d'accorder un accès partiel pourrait être admise lorsque la charge administrative provoquée par la dissimulation des éléments non communicables se révélerait particulièrement lourde, dépassant ainsi les limites de ce qui peut être raisonnablement exigé. »¹¹⁴

Comme le précise la dernière référence, cependant, le problème du fardeau administratif dépasse l'opposition entre les documents et l'information. L'accès partiel est admis partout en Europe, indépendamment de la définition de l'objet. Par ailleurs, l'accès peut être demandé aux documents qui sont identifiés avec précision dans la demande, mais pourtant difficiles à collecter par l'administration ; ou à un document simple de plusieurs milliers de pages. Comment de telles demandes devront-elles être traitées ? Est-il possible pour l'administration de réduire l'exercice d'un droit fondamental en invoquant le fardeau excessif résultant d'une demande ?

Les réglementations nationales en matière de transparence abordent souvent ce problème. Selon certaines, « le droit à l'information publique couvre le droit d'obtenir des informations publiques, y compris d'obtenir des informations traitées dans un cadre tel que lesdites informations sont *particulièrement essentielles pour l'intérêt public* ». ¹¹⁵ D'autres réglementations se réfèrent au concept de « fardeau anormal » pour l'administration. ¹¹⁶ Cependant, le critère prévalent - admis dans la plupart des réglementations et jurisprudences domestiques - est que l'accès peut être refusé si la demande impose une charge

demande de communication de documents". Conformément à l'Article 5 de la Loi n°. 78-753, les décisions implicites sont exemptées de l'obligation de motivation, à moins qu'un texte ne décide autrement. (CE, 14 décembre 2001, Ministre de l'emploi contre Farida Dalli).

¹¹² Conseil de l'Europe, Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Article 5.1.

¹¹³ Conseil de l'Europe, Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Article 5.5.a..

¹¹⁴ Affaires T-211/00, Kuijter (7 février 2002), para 57. Cette norme juridique est bien établie dans la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice.

¹¹⁵ LLI polonaise Article 3.1 (accent ajouté).

¹¹⁶ LLI tchèque, Article 4.3.

manifestement déraisonnable à l'autorité. Cette clause est également confirmée dans la Convention du Conseil de l'Europe relative à l'accès aux documents officiels.¹¹⁷ Le problème principal, alors, est comment empêcher les autorités publiques de compter de manière abusive sur une lecture large de la clause de « fardeau déraisonnable ».

Sur cette question, la jurisprudence de la Cour de justice européenne offre une contribution importante.¹¹⁸ En règle générale, « la prise en compte de la charge de travail requise par l'exercice du droit d'accès et de l'intérêt du demandeur n'est en principe pas pertinente pour moduler l'étendue dudit droit ». ¹¹⁹ Néanmoins, la Cour admet la possibilité « de mettre en balance, d'une part, l'intérêt de l'accès du public aux documents et, d'autre part, la charge de travail qui en découlerait, afin de préserver, (...), l'intérêt d'une bonne administration » à condition que cette possibilité soit limitée aux cas exceptionnels, où le fardeau administratif nécessité par le traitement d'une demande dépasse « les limites de ce qui peut raisonnablement être exigé ». ¹²⁰

Par ailleurs, les juges européens proposent que diverses sauvegardes accompagnent l'application du concept de « charge de travail déraisonnable », afin de limiter le risque d'abus d'une telle clause. Premièrement, l'autorité publique assume le fardeau de la preuve en relation avec cette tâche. En second lieu, là où l'institution a apporté une telle preuve, « elle est obligée de tenter de consulter le requérant afin (...) de considérer spécifiquement si et comment elle peut adopter une mesure moins onéreuse qu'un examen concret et individuel des documents. Troisièmement, l'institution ne peut rejeter la demande « qu'après avoir réellement étudié toutes les autres options envisageables et expliqué de façon circonstanciée, dans sa décision, les raisons pour lesquelles ces diverses options impliquent, elles aussi, une charge de travail déraisonnable. » ¹²¹

La jurisprudence de la Cour européenne de justice (CEJ) confirme ainsi, d'une part, le concept de « charge de travail déraisonnable » ou « fardeau » en tant que critère crucial dans la pratique européenne pour le traitement de requêtes onéreuses ; d'autre part, elle montre comment l'application de ce concept, si elle est éclairée par les principes de la proportionnalité et de l'application régulière de la loi, peut jouer un rôle crucial pour réconcilier le droit fondamental à la liberté d'information avec les besoins fonctionnels de l'administration.

II.6 Publication

Le principe général est que les documents devront dès le début être rendus disponibles par les institutions à moins qu'une exception au droit public d'accès ne s'applique clairement.¹²² Dans tous les ordres juridiques européens pris en considération, il y a des dispositions relatives à la transparence qui imposent aux administrations un devoir de publier les informations d'intérêt public. Cependant, dans certains cas, ce

¹¹⁷ Conseil de l'Europe, Convention relative à l'Accès aux Documents Officiels, Articles 5.5.b et 6.2.

¹¹⁸ L'affaire phare est l'Affaire T-2/03, Verein für Konsumenteninformation (VKI) contre Commission (13 avril 2005), concernant une demande de consultation d'un fichier de plus de 47.000 pages. Voir également, entre autres, l'Affaire T-42/05, Williams contre Commission (10 septembre 2008), paras 85-86, concernant une demande d'accès à tous les documents préparatoires relatifs à la législation de l'UE au sujet des organismes génétiquement modifiés.

¹¹⁹ Affaire T-2/03, VKI, para 108.

¹²⁰ Affaire T-2/03, VKI, paras 102 et 112.

¹²¹ Affaire T-2/03, VKI, paras 113-115.

¹²² Ce principe est la base de l'amendement proposé par la Commission à l'article 12 du Règlement CE n° 1049/2001: par conséquent, les « Documents élaborés ou reçus au cours des procédures pour l'adoption des actes législatifs ou non législatifs de l'UE d'application générale devront, sous réserve des Articles 4 et 9, être rendus directement accessibles au public » (COM(2008)229 final, 30 avril 2008, Article 12.1). L'Article 4 concerne l'exemption, Article 9 le traitement des documents sensibles.

devoir n'est pas conçu comme étant général, mais plutôt comme étant sélectif (c'est-à-dire limité à des types spécifiques de documents et d'informations).

L'avantage comparatif résultant du fait d'interpréter la publication comme une règle générale ou par *défaut* est pertinent, à la fois pour l'administration et pour la personne recherchant l'accès. En rendant l'information librement disponible pour tout un chacun, le but des régimes d'accès est automatiquement réalisé, sans qu'il soit besoin pour l'administration de traiter différentes demandes. Dans une perspective « coûts et bénéfices », la publication d'information offre le meilleur rendement. La charge de travail administrative est minimisée (une décision *una tantum* de publier prend la place de plusieurs décisions itératives sur la base de demandes individuelles), alors que le droit de savoir est protégé de l'interférence spécifique au cas par cas de l'autorité publique. Par conséquent, selon la règle de publication, la nécessité de limiter la charge de travail administrative est efficacement réconciliée avec - et en effet satisfaite par - le besoin concurrent de renforcer le droit de savoir.

La limite du principe est évidente : la publication peut seulement être prévue lorsqu'il est possible de supposer que la publication ne causerait pas un préjudice pertinent à un intérêt public ou privé éminent. Concrètement, la publication est envisageable lorsqu'il est évident à *première vue* qu'aucune des exceptions ne s'applique.

Certaines pratiques européennes standard jouent un rôle significatif dans la promotion de la diffusion active d'informations.

Premièrement, une condition préalable pour le caractère effectif de la publication est l'utilisation de l'Internet. La publication sur papier dans des bulletins officiels ou journaux légaux ne répond pas suffisamment au devoir du gouvernement de favoriser l'accès à l'information publique ; la publication sur des sites web institutionnels est également nécessaire. Au 21^{ème} siècle, le devoir de publier peut seulement signifier la publication sur les propres sites web officiels des autorités publiques.¹²³

Deuxièmement, l'élaboration et publication des registres est une autre chose nécessaire et essentielle. Chaque autorité publique doit publier un registre contenant toutes les catégories de documents et d'informations présentes sur son site web. Chaque registre devra fournir un « guide d'informations », donnant des détails au sujet *a)* des informations publiées de manière routinière et directement accessibles à l'aide du registre ; *b)* de la façon dont les informations restantes peuvent être consultées sur demande ; *etc)* si une facturation sera effectuée pour permettre l'accès à l'information.¹²⁴

Troisièmement, le choix de l'information à publier ne devra pas être confié uniquement à l'administration concernée. Au lieu de cela, il comporte un processus de spécification progressive et d'harmonisation, qui exige une supervision unitaire par un organisme compétent *ad hoc* ou service du gouvernement.

Les « plans de publication » britanniques offrent un important point de référence. Ces arrangements indiquent les types d'information qu'une autorité publique devrait rendre disponibles de manière routinière. Le mécanisme est simple. Chaque autorité publique adopte un plan de publication après l'approbation par un organisme de supervision indépendant (Office du Commissaire à l'Information mentionné ci-dessus - ICO). Afin de promouvoir la convergence progressive entre les diverses administrations (particulièrement dans le même secteur), le Commissaire à l'Information a préparé un « modèle de publication type », sur la base duquel chaque autorité publique peut

¹²³ Voir, par exemple, la « clause Internet » incorporée dans la LI allemande, , Section 11.3. Voir également, entre autres, la Loi Estonienne relative aux Informations Publiques, Section 12.4.

¹²⁴ ICO (2009), « Comment Opérer un Plan de Publication », Juillet, p. 2, disponible à www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/how_to_operate_a_publication_scheme_v4.pdf. Voir également Règlement CE n° 1049/2001, article 11.

développer son propre plan. Ce plan type aide également « à réduire la duplication et la bureaucratie et à assurer l'uniformité dans la publication d'information. »¹²⁵ Le plan type sélectionne sept larges catégories d'information qu'en principe une autorité publique devrait publier, à moins que l'information ne soit pas détenue, ne puisse pas être facilement consultée, ou soit assujettie à une exemption spécifique.¹²⁶

Une autre bonne pratique de plus est à cet égard celle formalisée, par exemple, dans la Loi slovène sur l'Accès aux Informations Publiques (LAIP), selon laquelle l'administration devrait envisager l'opportunité de publier « toute l'information publique demandée par les requérants au moins trois fois.¹²⁷ Des dispositions similaires devront être favorablement considérées : si elles sont correctement mises en application, elles réduiraient considérablement l'impact des réglementations LLI sur la charge de travail administrative.

II.7. Mécanismes de Passage en Revue

En Europe il y a deux modèles de base pour contrôler les décisions administratives sur des demandes d'accès : dans le premier modèle, le rôle crucial de contrôle est joué par les cours, alors que dans le second, il est principalement confié à un organisme administratif, spécialisé et indépendant.

Le premier modèle est typiquement structuré comme un contrôle « ordinaire » des actes administratifs. Dans la plupart des pays européens, c'est le schéma de base : si l'autorité publique refuse l'accès à l'information, le requérant peut contester la décision soit auprès d'un supérieur hiérarchique de la même autorité (examen administratif interne), ou devant un juge (habituellement un tribunal administratif, où un système de justice « dualiste » - avec une distinction juridictionnelle entre les tribunaux ordinaires et administratifs - est en place).

Les limitations de ce modèle sont connues. L'examen interne est diffus (chaque organisme administratif a sa propre hiérarchie interne et ses instances supérieures) et n'est pas indépendant (le service de contrôle fait partie de la même structure administrative). Son but principal est de protéger l'administration contre les conséquences d'une infraction à la loi plutôt que de protéger le droit (d'accès) de l'individu. Afin d'obtenir que justice soit faite, le requérant doit recourir au juge compétent. La majeure partie du travail de contrôle incombe donc aux cours. En conséquence, ce modèle peut signifier soit une augmentation significative de la charge de travail, soit un fort découragement de contester la décision administrative (en raison des coûts et du temps pris par les procédures juridictionnelles), ou les deux.

Ces limitations sont encore plus évidentes lorsque - comme quand cela touche à la transparence - l'activité administrative appropriée fait partie de la routine quotidienne des innombrables bureaux et atteint un objectif qui n'est pas simplement instrumental pour le droit de la défense, mais est plutôt une fin en soi, un outil renforçant la démocratie. Pour ces raisons, seuls quelques pays européens (en particulier, la République Tchèque, la Pologne et l'Espagne) se fondent sur une version « pure » du modèle d'examen ordinaire.

Le deuxième modèle d'examen affecte un rôle central à une autorité *ad hoc* qui est indépendante (ou quasi indépendante) par rapport à l'exécutif et responsable envers le Parlement. Les décisions relatives à des

¹²⁵ ICO (2009), «Comment Opérer un Plan de Publication», Juillet, p. 1, disponible à www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/how_to_operate_a_publication_scheme_v4.pdf

¹²⁶ Les sept catégories sont indiquées dans ICO (2008), "Model Publication Scheme", April, p. 1, disponible sur www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/generic_scheme_v1.0.pdf.

¹²⁷ Loi slovène sur l'Accès aux Informations Publiques (LAIP), Article 10.1.6.

demandes d'accès peuvent être contestées auprès de l'autorité indépendante. Par conséquent, l'examen administratif n'est pas diffus, mais plutôt centralisé ; il n'est pas interne à l'administration de prise de décision, mais externe et indépendant¹²⁸ ; il a un mandat spécifique à un secteur, plutôt qu'une compétence générale.

Ce mécanisme d'examen par un organisme administratif indépendant *ad hoc* est en place dans 7 (des 15) ordres juridiques européens considérés, à savoir en Estonie, France, Allemagne, Italie, au Portugal, en Slovénie et au Royaume-Uni. Dans chacun de ces ordres juridiques les dispositifs susmentionnés - l'indépendance, la spécialisation et la centralisation - permettent à l'autorité *ad hoc* d'accomplir trois tâches extrêmement importantes. L'indépendance de l'autorité conduit à un examen au cas par cas qui est beaucoup plus proche du contrôle juridictionnel que du contrôle interne : par conséquent, elle réduit la charge de travail des tribunaux (et parfois aussi la charge de travail de l'administration). Sa spécialisation permet à l'autorité d'élaborer et de mettre à jour de manière continue les normes unitaires (générales et spécifiques par secteur) qui, peuvent guider et harmoniser les pratiques des diverses administrations publiques. Sa centralisation est une condition préalable pour l'institution d'un exercice de contrôle qui comprend la mise en œuvre globale de la politique de transparence dans le système et permet une évaluation périodique de cette politique.¹²⁹

Deux variantes du deuxième paradigme peuvent être distinguées : une variante « française » (également appliquée en Italie et au Portugal) et une variante « britannique » (greffée en Estonie, en Allemagne et en Slovénie). Ces deux variantes affichent trois différences principales.

Tout d'abord, dans la variante française, le mandat de l'organisme indépendant est strictement limité au contrôle des décisions relatives à l'accès aux documents. En revanche, dans la variante britannique, le même organisme agit en tant qu'autorité de l'information et autorité de protection de données.

Les trois « CADA » - La « *Commission française d'accès aux documents administratifs*,¹³⁰ la *Commissione italiana per l'accesso ai documenti amministrativi*¹³¹ et la *Comissão portuguesa de Acesso aos Documentos Administrativos*¹³² - ont tous été créés par des régimes d'accès dans le but spécifique de superviser sa mise en œuvre. Au Royaume-Uni, avec l'institution de la LLI britannique en 2000, le précédent Commissaire à la Protection des Données¹³³ est devenu le Commissaire à l'Information (IC).¹³⁴ Des événements similaires ont eu lieu au cours de la même année en Estonie et en Slovénie, et quelques années plus tard (2006) en Allemagne. Le projet de loi LLI espagnole suit le chemin du Royaume-Uni en confiant ce rôle à l'Agence de Protection des Données déjà existante.

Initialement, le choix consistant à fusionner la transparence avec des tâches de protection de données a rencontré une certaine critique. Les commentateurs - particulièrement au Royaume-Uni, mais également en Allemagne - ont argué que c'était une « mauvaise

¹²⁸ Les mécanismes pour protéger l'indépendance de l'organisme pertinent varient de pays à l'autre, une question dans laquelle aucune norme commune ne peut être trouvée en Europe pour l'instant. Les dispositions varient d'un pays à l'autre, et peut-être qu'aucune d'elles ne garantit pleinement l'indépendance de l'institution responsable, habituellement un Commissaire à l'Information. De même les mécanismes hiérarchiques varient également d'un pays à l'autre.

¹²⁹ Les autorités indépendantes soumettent habituellement des rapports annuels sur la transparence à l'attention des institutions parlementaires.

¹³⁰ Etablie en 1978 par la Loi n° 78-753, Article 20.

¹³¹ Etablie en 1990 par la Loi n° 241/1990, Article 27.

¹³² Etablie en 1993 par la Loi n° 65/93 et régie à présent par la Loi n° 46/2007, Articles 25-32.

¹³³ Etablie par la Loi sur la Protection de Données de 1998.

¹³⁴ LLI britannique, Section 18.1

action» en termes d'ouverture, étant donné que la protection de données était davantage orientée vers la confidentialité des données. Cependant, le plan semble avoir bien fonctionné. En particulier, il facilite la réconciliation du besoin de divulgation d'information publique avec des soucis de protection de l'intimité et de données, qui sont tous deux représentés dans la même institution. Ironiquement, le même processus a été plus compliqué dans les systèmes suivant la variante française, en raison des tensions juridictionnelles qui se sont souvent produites entre les autorités de protection des données et les autorités de transparence. Peut-être la solution britannique doit-elle être préférée, particulièrement là où deux réglementations séparées existent - une relative à la protection de données et l'autre relative à la transparence - et une accommodation pragmatique entre les deux ensembles de normes est exigée.¹³⁵

La deuxième différence entre les deux variantes d'un groupe enquêteur indépendant est d'organisation. Alors que les CADA de type français sont des organismes collégiaux avec des « services de soutien » plutôt petits et fournis par un département gouvernemental,¹³⁶ les Commissaires à l'Information de type britannique sont des autorités dotées d'appareils autonomes.¹³⁷

Troisièmement, sous la variante britannique, les commissaires à l'Information rendent des décisions légalement contraignantes, alors que les CADA de type français rendent des avis consultatifs. Il n'est pas étonnant en l'espèce que l'ancien mécanisme d'examen soit plus efficace que le dernier.

En France, les procédures devant la CADA ne connaissent qu'un succès modéré, étant donné que les administrations suivent les recommandations de la CADA dans seulement 65% des cas (en dépit du fait qu'en n'observant pas une opinion de la CADA, une administration court le risque de faire annuler son refus d'accès par les tribunaux administratifs). D'ailleurs, certaines CADA (les f Française et Portugaises) peuvent, également, infliger des amendes en cas de non conformité, comme le font leurs équivalentes de type britannique.¹³⁸

En même temps que l'attribution de pouvoirs contraignants à l'autorité indépendante, un autre aspect crucial concerne la relation existant entre l'examen administratif indépendant et l'examen minutieux juridictionnel. Au Royaume-Uni, l'examen indépendant est un préalable nécessaire à l'examen juridictionnel. Ceci détermine une réduction significative de la charge de travail des cours. La même solution est adoptée en France. En revanche, dans des systèmes tels qu'en Italie et au Portugal, le requérant peut recourir directement aux tribunaux administratifs. Ceci réduit de manière significative l'incitation à déposer une plainte auprès du CADA, et affaiblit également la capacité de l'examen administratif à alléger

¹³⁵ Dans les 15 ordres juridiques considérés, les cadres réglementaires pour la protection des données et la transparence ont été approuvés de manière indépendante les uns par rapport aux autres. Parfois des pratiques opérationnelles ont été mise au point pour rendre les responsables conscients des deux exigences, mais il y a une tendance à penser et agir de manière « cloisonnée ». En particulier, les organismes de protection des données tendent à surclassifier et à protéger l'information sans prendre en compte les exigences de transparence, alors que les organismes chargés de faire appliquer la transparence peuvent avoir tendance à minimiser (ou, inversement, à abuser) des exigences en matière de confidentialité des données. Ceci est une préoccupation pratique sérieuse.

¹³⁶ Les membres de la CADA sont au nombre de 10 au Portugal, 11 en France et 12 en Italie.

¹³⁷ Le degré d'indépendance de ces commissaires à l'Information varie. En Allemagne, le Commissaire Fédéral est assujéti à la supervision du Ministre Fédéral de l'Intérieur, qui fournit les ressources en personnel et financières (voir Loi Fédérale sur la Protection des Données, Section 22). La Cour Européenne de Justice (CEJ) a émis des doutes quant à l'indépendance organisationnelle des Commissaires à la Protection des Données des Länder: C-518/07, Commission contre Allemagne (2010).

¹³⁸ Voir Loi française n° 78-753, Article 22, et LLI portugaise, Article 27.1.i.

la charge de travail des tribunaux.¹³⁹ En conséquence, la solution britannique (et, dans ce cas-ci, aussi la solution française) devront être préférées.

Le problème de la charge de travail judiciaire est également abordé d'autres manières. Au Royaume-Uni, la décision du Commissaire à l'Information (CI) peut seulement être contestée devant un juge spécial, le Tribunal de l'Information. Dans d'autres pays, une procédure juridique ultra rapide a été établie.¹⁴⁰ D'ailleurs, une véritable incitation en faveur d'un examen administratif indépendant est fournie par le fait que les CADA et les CI n'imposent pas des frais et fonctionnent avec une procédure allégée (la représentation légale n'est pas exigée). L'intention est de faire en sorte que le processus reste peu coûteux et accessible. En conséquence, cet arrangement peut donner lieu à la préoccupation opposée, à savoir une charge de travail administrative - plutôt que juridictionnelle. Le fait que l'examen interne ne soit pas une condition préalable pour un examen indépendant externe (avec le Royaume-Uni comme principale exception) aggrave davantage le problème.

En conclusion, dans certains systèmes (au niveau de l'UE et en Autriche, en Finlande, en Roumanie et en Suède) un droit supplémentaire de pétition adressée à l'Ombudsman est disponible. Le degré d'efficacité de ce mécanisme d'examen supplémentaire varie d'un ordre juridique à l'autre, mais en général il est faible. La raison principale pour cela est le manque de pouvoirs de contrainte : les institutions de type Ombudsman ne sont dotées que de la compétence consultative et elles n'ont donc aucun pouvoir de modifier ou annuler une décision administrative.¹⁴¹

Au niveau de l'Union européenne, l'Ombudsman intervient de plus en plus fréquemment dans des questions de transparence, faisant office de « filtre » pour empêcher la surcharge des tribunaux, mais les juges continuent de jouer un rôle important pour trancher les affaires de transparence et pour fixer les normes pertinentes dans ce secteur. Même dans les pays nordiques, où l'Ombudsman bénéficie traditionnellement d'une visibilité élevée et où les fonctionnaires publics sont « habitués à » (et fréquemment formés à) promouvoir la transparence, la manière la plus efficace de contester un refus d'accès est un examen juridique.

Dans d'autres pays, l'Ombudsman n'est pas bien connu du grand public, pas plus qu'il n'exerce une pression pertinente sur l'administration publique. C'est le cas en Roumanie, même si la visibilité de l'Avocat du Peuple (l'Ombudsman roumain) a progressivement augmenté.¹⁴² Ceci est également le cas en Autriche, où un Ombudsman faible (*Volksanwaltschaft*), a limité l'accès à l'examen juridique, et un processus prolongé d'examens (hiérarchique) internes font que la plupart des refus de divulgation restent non contestés et que la discrétion administrative reste de fait non contrôlée.

¹³⁹ Au Portugal, la seule incitation pour les parties de recourir à la CADA avant un examen judiciaire est que sa saisine interrompt le délai pour la soumission juridictionnelle du même type de requête (LLI Article 15.2). Il n'y a pas une telle incitation en Italie, où le délai est le même pour aussi bien les plaintes soumises à la CADA et la soumission aux autorités judiciaires (Loi n° 241/1990, Article 25.4).

¹⁴⁰ Au Portugal, une procédure judiciaire en référé est en place. Les délais sont courts : le délai pour soumettre la requête est de 20 jours, le délai pour l'autorité administrative pour répondre est de 10 jours, et le délai maximum pour que les autorités administratives se mettent en conformité avec la décision judiciaire qui ordonne la divulgation d'information est de 10 jours. Aucun frais de justice n'est à verser aux tribunaux.

¹⁴¹ Les institutions de type Ombudsman, en fait, sont des organismes de supervision indépendants faisant rapport aux parlements en ce qui concerne l'action administrative et bénéficient de manière typique d'un pouvoir purement consultatif qui n'est pas contraignant pour les administrations.

¹⁴² L'Avocat du Peuple fut créé en Roumanie en 1997. Au cours de l'année 2008, 8 030 plaintes furent reçues par l'ombudsman, dont 1 031 concernaient les violations de la droit à l'information. Voir « L'Avocat du Peuple (2009), Rapport d'Activité 2008, Bureau du Ministre Ombudsman, Bucarest, disponible sur www.avp.ro/ (Statistiques).

3ÈME PARTIE : RECOMMANDATIONS POLITIQUES

En 1981, le Conseil de l'Europe (CdE) a fourni aux législateurs et décideurs européens huit recommandations de base en ce qui concerne l'accès aux documents et à l'information.¹⁴³ Vingt ans après, en 2002, les mêmes recommandations ont été mises à jour et se sont développées.¹⁴⁴ Leurs impacts directs et indirects ont été remarquables. Les recommandations ont été partout en Europe largement appliquées. En tant que mentionné (*supra*, I. 1. 1), ce processus de convergence progressive a culminé en reconnaissance de l'accès à l'information comme droit fondamental au niveau de l'UE (Article 42 de la charte de l'UE des droits fondamentaux) et par l'adoption de la Convention sur l'accès aux documents publics, le 27 novembre 2008. Cette convention, signée par 12 pays au moment de la rédaction de ce rapport (30 septembre 2010),¹⁴⁵ représente le premier instrument contraignant internationalement, reconnaissant un droit de général de l'accès aux documents officiels tenus par des autorités publiques. Dans cette perspective, l'analyse comparative effectuée dans cet article a examiné une série remarquable de normes juridiques à niveau européen, qui sont récapitulées dans les recommandations suivantes de politique.

Transparence Administrative et Réforme

1. *Le Droit d'Accès en tant que Droit Fondamental.* La transparence administrative est de plus en plus reconnue comme une valeur cruciale pour accroître la qualité démocratique d'un État libéral caractérisé par l'État de droit. Dans l'Europe d'aujourd'hui, le libre accès à l'information détenue par les autorités publiques est reconnu en tant que droit fondamental. Les régimes de transparence devront être mis à jour pour favoriser l'accès le plus large possible à l'information publique. À cet égard le droit d'accès devra être considéré comme faisant partie des critères de Copenhague de 1993 pour l'adhésion à l'UE.

2. *Tradition et Réforme.* La tradition culturelle d'un système administratif a un impact essentiel sur le degré d'ouverture effective de ce système. Les expériences nationales prouvent que la culture peut changer à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'administration avec de la bonne volonté politique résolue. Une stratégie de mise en œuvre adéquate est exigée cependant. Les réformes législatives devront être accompagnées de vastes projets de formation, de diffusion d'informations au public, d'institutionnalisation adéquate en mettant en place, par exemple, des commissaires à l'Information, et un site web dédié avec des recommandations de l'autorité supervisant le processus.

Bénéficiaires

3. *Droit d'Accès pour toute personne.* Le droit d'accès à l'information publique est un droit de tout un chacun, sans discrimination pour quelque motif que ce soit. « Toute personne » signifie les citoyens et les non citoyens, qu'ils soient résidents ou non. Aucune restriction subjective n'est en conformité avec la reconnaissance de l'accès aux documents officiels en tant que droit fondamental.

¹⁴³ Recommandation du Conseil de l'Europe n° R(81)19 relative à l'Accès aux Informations détenues par les Autorités Publiques, 25 novembre 1981 (CdE 1981).

¹⁴⁴ Recommandation du Conseil de l'Europe n° R(2002)2 relative à l'Accès aux Documents Publics, 21 février 2002 (CdE 2002).

¹⁴⁵ La Belgique, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Hongrie, la Lituanie, la Macédoine, le Monténégro, la Norvège, la Serbie, la Slovaquie et la Suède ont signé la Convention le 18 juin 2009.

4. *Demande d'Accès.* Une personne demandant l'accès à un document ne devrait pas être tenue de justifier sa demande. Les formalités relatives aux requêtes devraient être maintenues à un minimum.

Portée

5. *Branches de l'État.* En principe, les réglementations relatives à l'accès à l'information concernent les informations détenues par les autorités publiques dans tous les domaines de l'action publique. Cependant, des régimes spéciaux sont souvent en place pour les procédures de prise de décision parlementaires et des Conseils de Ministres et pour les procédures juridictionnelles. En conséquence, « les États membres devraient examiner, à la lumière de leur droit et de leurs pratiques internes, dans quelle mesure les principes contenus dans cette recommandation seraient applicables aux détenues par les organes législatifs et les autorités judiciaires. » (CdE 2002, Rec. II. 1).

6. *Entités Régionales/Territoriales.* Les normes de transparence s'appliquent aux autorités publiques aux niveaux nationaux, régionaux ou locaux. Les collectivités locales et régionales devront également se sentir liées par les traités internationaux, tels que le TEU, même si les collectivités locales et régionales ne peuvent pas être traduites devant la Cour de justice européenne par le biais d'une procédure d'infraction, étant donné que les seuls à être formellement liés par les obligations des traités sont les États centraux. Là où une Constitution restitue des compétences aux entités territoriales, l'autonomie réglementaire des autorités régionales et locales devra être exercée en accordant tout l'égard qui se doit au droit international, européen et national, étant ainsi assujetties à une condition de « niveau plus élevé ». Ceci prendrait en compte le principe de l'autonomie réglementaire territoriale avec la nécessité de préserver un niveau minimum commun de transparence, comme la nature fondamentale du droit d'accès l'exige.

7. *Entités Privées mettant en œuvre des Fonctions Publiques.* Dans tous les systèmes européens, le régime d'accès est également appliqué aux entités privées (personnes physiques et morales) assurant des fonctions publiques ou exerçant l'autorité administrative. Les entreprises privées sont assujetties à différentes conditions de transparence, selon le pays où elles opèrent. Pour remédier aux difficultés résultant de ces asymétries réglementaires, les États membres devront examiner si une norme commune pourrait être appliquée à la réglementation d'accès. Certains pays ont adopté la notion de l'UE « d'organisme régi par le droit public » - issue de la législation relative aux marchés publics - en tant que critère sélectif. Cette option fournirait un arrimage à une notion qui est bien établie dans tous les États membres et faciliterait l'harmonisation.

Objet

8. *Accès au «Document» ou à «l'Information» ?* La nature du droit fondamental exige que l'accès soit garanti à toute *information* détenue par une autorité publique, sans restriction concernant spécifiquement l'objet. Toutes les fois que les régimes d'accès font référence à la notion de « document », cette notion devra être interprétée largement. Si le but des lois relatives à la liberté d'information est de maximiser le droit du public de savoir, aucune limitation ne peut être admise, autre que les exemptions explicitement introduites pour la protection des intérêts publics et privés légitimes.

Exemptions

9. *Raisons.* Le droit d'accès à l'information, comme d'autres droits fondamentaux, peut souffrir de dérogations. Les limitations devront être établies avec précision dans la loi, être nécessaires dans une société démocratique et être proportionnelles au but qui est de protéger l'intérêt public et privé légitime.

10. *Contraintes législatives imposées à la Discrétion Administrative.* La plupart des LLI qualifient explicitement les raisons de la dérogation, distinguant les exceptions absolues (ou destinées à empêcher le trouble) et relatives (ou discrétionnaires). La distinction peut fournir un cadre d'évaluation à l'autorité

publique et, dans certaines conditions (indiquées ci-dessous), peut contribuer à assurer que les autorités publiques interprètent et appliquent les exceptions de manière restrictive.

- a) *Exceptions absolues (destinées à la prévention du trouble)*. Les exemptions réalisent l'objectif consistant de garantir un niveau accru de protection pour certains intérêts (par exemple la défense, les relations internationales, l'ordre public, etc.) en les enlevant du secteur de la discrétion administrative. L'évaluation des risques s'applique, qui exige de l'autorité publique d'évaluer si la divulgation nuirait à l'intérêt protégé. Afin d'assurer une application restrictive d'une exception, l'évaluation des risques doit être accompagnée d'autres spécifications quant à la nature et à la probabilité du dommage:
 - i. l'autorité publique doit pouvoir fournir certaines preuves étayant la conclusion selon laquelle, dans les circonstances données, les dommages sont *raisonnablement prévisibles et pas purement hypothétique* ;
 - ii. une différenciation peut être introduite entre une évaluation des risques *directe* et *inversée* : une condition directe de dommages favorise l'octroi de l'accès, tandis qu'une condition inversée des dommages suppose que la confidentialité est la règle principale.
- b) *Exemptions (discrétionnaires) relatives*. Il incombe à l'organisme administratif de mettre en balance l'intérêt protégé par l'exemption avec l'intérêt public en faveur de la divulgation. Cette approche de mise en balance confie à l'administration un pouvoir discrétion administratif approprié, en l'absence d'un ordre de préférence (législatif) prédéterminé entre les intérêts concurrents en jeu. Afin de s'assurer que l'autorité publique fait un usage approprié du pouvoir discrétionnaire qui lui a ainsi été délégué, les principes juridiques standard de contrôle s'appliquent (par exemple l'application régulière de la loi, et la proportionnalité).
- c) *Exceptions Absolues et Relatives : Comment Choisir ?* L'évaluation des risques si elle est correctement appliquée, peut concéder moins d'espace à l'administration pour des distorsions et des décisions arbitraires. Néanmoins, la mise en balance est la seule approche en cohérence, dont bénéficie de nos jours en Europe, le droit d'accès. Aucun intérêt public ou privé ne devrait se voir accorder un niveau supérieur de protection (tel qu'il est indiqué de manière implicite dans l'évaluation des risques) pour autant que le droit d'accès soit conçu en tant que droit fondamental. En pratique, le fait de conférer des pouvoirs discrétionnaires à l'administration ne constitue pas un problème *en soi* aussi longtemps qu'il est toujours possible - et en effet recommandé - que les organes de recours adoptent une norme d'examen stricte. Cette conclusion est conforme à la faveur accordée à l'approche de mise en balance par le Conseil de l'Europe, dans ses recommandations et dans la Convention sur l'Accès aux Documents Publics de 2008.

Traitement des demandes

11. *Délai*. Une demande d'accès devra être traitée *promptement* et, de toute façon, dans un délai raisonnable qui doit être précisé à l'avance et ne devra pas dépasser 30 jours.

12. *Le Devoir de Motiver*. Une autorité publique refusant l'accès à un document officiel complètement ou en partie devra donner les raisons du refus. En donnant les raisons d'un rejet total ou partiel d'une demande, l'autorité publique devra tenir compte de son obligation d'entreprendre une évaluation concrète et individuelle du contenu des documents demandés. Un rapport des raisons doit également mentionner les recours disponibles.

13. *Frais.* Lorsque l'accès comporte un traitement complexe de « l'information », des frais peuvent être imposés, à condition qu'ils soient proportionnels et déterminés à l'avance.

14. *Charge de travail Administrative.* Il n'est pas approprié, en principe, de prendre en compte la quantité de travail nécessitée par l'exercice du droit du requérant de l'accès et de son intérêt afin d'amoinrir la portée de ce droit. Néanmoins, l'accès peut être refusé dans des cas exceptionnels, lorsque la demande impose *un fardeau manifestement déraisonnable* pour l'autorité. Quand cela est le cas, les règles suivantes devront s'appliquer :

- a) l'autorité publique assume le fardeau de la preuve du caractère déraisonnable de cette tâche ;
- b) là où elle a apporté une telle preuve, l'autorité publique est tenue de consulter le requérant afin de considérer si et comment elle peut adopter une mesure moins lourde ;
- c) l'autorité publique peut rejeter la demande seulement après qu'elle a véritablement étudié toutes les autres options envisageables et expliqué en détail dans sa décision les raisons pour lesquelles ces diverses options impliquent également une quantité déraisonnable de travail.

Publication

15. *La Publication en tant que « Règle par défaut ».* Les documents devront être dès le début rendus accessibles par les institutions à moins qu'une exception au droit d'accès du public ne s'applique clairement. Toute l'information publique qui a été demandée et divulguée plus de trois fois devra être publiée.

16. *Clause d'utilisation d'Internet.* La publication d'information sur papier dans les bulletins ou journaux officiels ne suffit pas en termes de devoir de l'État de faciliter l'accès à l'information publique ; la publication sur les sites web institutionnels pertinents est également nécessaire.

17. *Registre des Documents.* Pour assurer l'efficacité du droit d'accès, chaque institution devra fournir un accès public à un registre des documents sous format électronique. Chaque registre devrait inclure un « guide de l'information », donnant les détails sur :

- a) l'information publiée de manière routinière et directement accessible via le registre ;
- b) la manière dont les informations restantes peuvent être consultées sur demande ;
- c) si oui ou non des frais seront imposés pour cet accès.

18. *Dispositions en matière de Publication.* Chaque autorité devra adopter un plan de publication sur la base d'un « plan de publication type ». Ce plan devra être sujet à révision périodique. Il devra indiquer les grandes catégories d'informations qu'une autorité publique est tenue de publier, à moins que l'information ne soit pas détenue, ne puisse pas être facilement consultée ou soit sujette à une exemption spécifique.

Mécanismes de Contrôle

19. *Contrôle Administratif de Première Instance.* Un requérant devra également avoir accès à un organisme administratif indépendant faisant office d'autorité de recours de première instance.

- a) *Caractéristiques.* L'examen administratif devra :
 - i. être indépendant par rapport au gouvernement (par exemple désigné par le Parlement, avec une majorité qualifiée, pour un mandat de pas moins de cinq ans et lui faire rapport) ;

- ii. être centralisé (c'est-à-dire contrôle unitaire et harmonisation des pratiques) ;
 - iii. être spécialisé (le savoir-faire est crucial au moment d'accomplir des missions à la fois décisionnaires et normalisatrices) ;
 - iv. se voir confier des pouvoirs décisionnaires exécutoires, *qui peuvent être examinés par une cour.*
- b) Ce mécanisme d'examen administratif indépendant a divers mérites :
- i. il empêche une augmentation de la charge de travail des tribunaux (qui interviennent seulement en deuxième instance : voir ci-dessous) ;
 - ii. il fournit une supervision spécialisée et favorise l'harmonisation des pratiques administratives ;
 - iii. il réduit de manière significative les coûts et la durée nécessitée par le processus de contrôle.

20. *Examen Juridique de Deuxième Instance.* Un requérant dont la demande d'un document officiel a été refusée, que ce soit en partie ou en totalité, ou écartée, ou n'a pas été traitée dans les délais, devra toujours avoir un droit d'appel auprès d'une cour contre les décisions de l'autorité d'examen administrative. Une procédure juridique *ad hoc* devra également être établie afin d'accélérer le traitement des appels interjetés devant les cours.