

L'Union européenne et la transparence de l'administration

par FRANÇOIS JONGEN

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Je ne sais si, dans le contexte politique actuel de la Suisse, la mission qui m'est confiée de tenter de vous exposer la pratique de l'Union européenne en matière de transparence de l'administration doit être considérée comme un honneur ou comme un cadeau empoisonné. Je me montrerai donc d'une grande prudence, pas seulement par opportunisme, mais parce que, comme souvent en cette matière, le bilan que l'on peut tirer de cette pratique présente pas mal d'éléments d'actif, mais aussi quelques uns à son passif. Mon intention n'est donc certes pas de présenter un modèle, avec tout ce que la démarche pourrait receler au mieux de prosélytisme et au pire de néo-colonialisme, mais tout au plus d'exposer quelques idées de pratiques à suivre ou à ne pas suivre qui pourront utilement nourrir les travaux en cours tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal.

La pratique de l'Union européenne en matière de transparence administrative se présente sous deux visages. Avant même d'organiser l'accès à l'information de ses propres institutions, celle qu'on appelait encore alors la Communauté économique européenne a d'abord contribué à le faire reconnaître au sein des Etats membres, dans un domaine certes limité mais néanmoins essentiel: le droit d'accès à l'information en matière d'environnement, objet d'une directive du 7 juin 1990, qui a essaimé dans tous les Etats membres une première forme de transparence administrative bénéficiant à tous les citoyens, indépendamment de toute condition d'intérêt.

Ce n'est qu'ultérieurement, à partir du milieu des années 90, que les institutions européennes se sont mises à appliquer elles-mêmes ce qu'elles avaient prôné au sein des Etats membres. L'accès des citoyens européens à l'information administrative des organes de l'Union a dès lors pris d'abord la forme de codes de conduite parallèle avant que le droit d'accès ne soit reconnu en tant que tel, d'abord dans le Traité CE à l'occasion des modifications du Traité d'Amsterdam (art. 255), puis dans la toute nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 42). En application de ces règles fondatrices, un règlement relatif à l'accès du

public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission a été adopté le 30 mai 2001. Il est entré en vigueur le 3 juin 2001, pour être applicable à partir du 3 décembre 2001.

I. L'accès à l'information en matière d'environnement

Bien avant que ne soit adoptée, sous l'égide de l'ONU, la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement¹, la Communauté européenne avait déjà réalisé, pour son ressort territorial, une partie des objectifs de cette convention en adoptant la directive 90/313/CEE du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement². Cette directive, qui devait être traduite dans les ordres juridiques internes de chaque Etat membre au plus tard le 31 décembre 1992 impose en effet à toutes les autorités publiques «de mettre les informations relatives à l'environnement à la disposition de toute personne physique ou morale qui en fait la demande, sans que celle-ci soit obligée de faire valoir un intérêt»³. Avec un certain sens de l'anticipation, la Communauté consacra donc un des trois droits que l'on considère comme les droits environnementaux procéduraux⁴.

Selon la directive, il y a lieu d'entendre par «information relative à l'environnement» «toute information disponible sous forme écrite, visuelle et sonore ou contenue dans des banques de données, qui concerne l'état des eaux, de l'air, du sol, de la faune, de la flore, des terres et des espaces naturels, ainsi que les activités (y compris celles qui sont à l'origine de nuisances telles que le bruit) ou les mesures les affectant ou susceptibles de les affecter et les activités ou les mesures destinées à les protéger, y

¹ Signée le 25 juin 1998 par trente-cinq Etats ainsi que par l'Union européenne, la convention d'Aarhus a été élaborée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU (CEE-ONU). Elle est toutefois ouverte à la signature de tous les Etats membres de l'ONU et «a donc vocation à être l'instrument universel de la démocratisation de la décision environnementale» (MICHEL PRIEUR, «La convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale», *R.J.E.*, numéro spécial, 1999, p. 20).

² JOCE, L 158, 23 juin 1990, p. 56.

³ Art. 3.1.

⁴ Sur cette question, voir MAGUELONNE DEJEANT-PONS, «Les droits de l'homme procéduraux à l'environnement dans le cadre international paneuropéen», in: *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, OST/GUTWIRTH (éd.), Bruxelles, 1996, p. 309-339.

compris les mesures administratives et les programmes de gestion de l'environnement»⁵, et par «autorité publique» «toute administration publique au niveau national, régional ou local, ayant des responsabilités et étant en possession d'informations relatives à l'environnement, à l'exception des organismes agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs»⁶: il est toutefois important de préciser que l'obligation porte aussi sur les informations détenues «par des organismes – c'est-à-dire des organismes privés – ayant des responsabilités publiques en matière d'environnement et contrôlés par les autorités publiques»⁷, ce qui a pour conséquence d'étendre de façon significative la portée du droit d'accès: ainsi, par exemple, toute personne – indépendamment, soulignons-le, de toute exigence de nationalité, de domicile ou d'intérêt – pourra prétendre avoir accès aux documents relatifs à une décharge, une station d'épuration des eaux ou un aéroport exploités par des sociétés privées sous contrôle des autorités publiques.

A l'instar de ce que l'on retrouvera ultérieurement dans diverses législations internes relatives à la transparence administrative, la directive assortit le droit d'accès de diverses modalités: possibilité de refuser la communication d'un document dans certains cas bien précis (protection de la confidentialité de données personnelles, de la sécurité publique, de la confidentialité des délibérations des autorités publiques, du secret commercial ou industriel de la propriété intellectuelle, etc.⁸), obligation pour l'autorité de répondre à toute demande dans un délai limité⁹, organisation de voies de recours contre toute décision de refus de communication¹⁰, principe du coût minimum¹¹, ... De même, à côté de la publicité passive consistant en la mise à disposition de documents, la directive impose aux autorités publiques une forme de publicité active à travers l'obligation faite aux Etats membres de «fournir au public des informations générales sur l'état de l'environnement au moyen, par exemple, de la publication périodique de rapports descriptifs»¹².

⁵ Art. 2 a).

⁶ Art. 2 b).

⁷ Art. 6.

⁸ Art. 3.2.

⁹ Art. 3.4.

¹⁰ Art. 4.

¹¹ Art. 5.

¹² Art. 7.

Pour nombre d'autorités publiques, et tout particulièrement pour les autorités locales, la directive sur la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement a représenté la première confrontation concrète avec ce qui constitue aujourd'hui la base de quantités de dispositions constitutionnelles ou légales de portée plus générale évoquées dans le précédent rapport: le droit pour chaque citoyen, indépendamment de toute condition d'intérêt, de consulter l'ensemble des documents de l'administration et, par voie de conséquence, l'obligation pour l'autorité de lui permettre d'exercer ce droit en mettant lesdits documents à sa disposition.

La Cour de Justice des Communautés européennes a eu l'occasion de souligner la signification large qu'il convient de donner à la notion d'«information relative à l'environnement», y incluant notamment toute position de l'administration constituant «un acte susceptible d'affecter ou de protéger l'état d'un des secteurs de l'environnement visés par la directive», par exemple dans le cadre d'une procédure d'approbation de plans de construction¹³. Elle a également jugé que l'Allemagne avait manqué à ses obligations dans le cadre de la transposition de la directive, notamment en n'autorisant pas l'accès aux informations obtenues par les autorités publiques dans le cadre d'une procédure administrative ou en ne prévoyant pas dans l'*Umweltinformationsgesetz* de disposition selon laquelle les informations en matière d'environnement peuvent être partiellement communiquées lorsqu'il est possible d'en retirer les mentions ayant trait aux intérêts protégés¹⁴.

L'évocation de la directive sur le libre accès à l'information en matière d'environnement amène inévitablement à la question du sens et du fondement de toute réglementation en matière de transparence administrative. L'obligation de transparence à charge de l'administration est-elle la conséquence du droit reconnu au citoyen, ou est-ce au contraire le droit qui est la conséquence d'une obligation pesant sur l'autorité publique? La question est moins casuistique qu'il n'y paraît à premier abord. Il y a en réalité derrière toute législation relative à la publicité de l'administration deux conceptions possibles.

Soit, la législation procède d'une conception que l'on pourrait qualifier de participative: la publicité de l'administration s'inscrit dans le cadre plus global d'un renforcement de la démocratie. Elle vise à permettre aux

¹³ CJCE, 17 juin 1998, C-321/96, *Mecklenburg*.

¹⁴ CJCE, 9 septembre 1999, C-217/97, *Commission c. R.F.A.*

citoyens d'exercer leur droit de décision entre les élections, et ne se traduit donc pas seulement par l'accès aux documents administratifs, mais aussi par tout ce qui peut participer de la démocratie directe. La publicité de l'administration est alors effectivement conçue avant tout comme un droit, qui sera presque illimité.

Mais on rencontre aussi une conception que l'on pourrait qualifier de libérale de la publicité de l'administration. En application du slogan «Moins d'Etat, mieux d'Etat», on exige de l'administration qu'elle soit transparente parce que l'autorité a eu tendance, au cours des dernières années, à régir de plus en plus d'aspects de la vie individuelle et qu'elle affronte, par voie de conséquence, un réel problème de légitimité. Ainsi conçue, la publicité de l'administration est moins l'expression d'un droit que l'instrument d'une protection et d'une garantie. Dans cette conception, la publicité de l'administration trouvera plus vite ses limites, notamment là où commencent les droits individuels des autres citoyens.

Opposées dans leur base et dans certaines de leurs conséquences, ces deux conceptions peuvent se mêler, et se rejoignent d'ailleurs dans un même constat: la publicité de l'administration s'impose autant que la publicité de la gestion politique, dont l'administration n'est jamais que l'instrument. Jusqu'ici, si la gestion politique était en principe publique, la gestion administrative s'enfermait dans un secret de principe duquel il convient désormais de sortir.

Il n'en reste pas moins que les fondements constitutionnels du droit d'accès à l'information administrative doivent être réinventés. Procède-t-il de la liberté d'expression, en ce compris le droit à la réception d'information? L'explication a été explicitement rejetée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Guerra* du 19 février 1998, a considéré que les citoyens avaient le droit de recevoir un certain nombre d'informations concernant leur environnement, non pas sur base de l'article 10 de la Convention mais sur base de l'article 8, qui garantit le respect de la vie privée, droit dont la Cour a inféré une obligation positive des autorités de prendre des mesures de protection de cette vie privée et familiale¹⁵.

Le droit d'accès à l'information administrative s'analyse-t-il alors comme un simple démembrement du droit de participer à la vie politique? Dans cette optique et toutes proportions gardées, le droit à la transparence serait

¹⁵ CEDH, 19 février 1998, *Guerra c. Italie*.

à la fonction parlementaire de contrôle politique ce que la participation aux référendums serait à la fonction législative. L'hypothèse est séduisante. Dans la pratique, on constate toutefois que nombre de constituants ont préféré consacrer le droit d'accès à l'information administrative comme un droit *sui generis*. C'est d'ailleurs la solution qui a été suivie, depuis peu, pour l'Union européenne, avec les consécutions successives du droit d'accès dans le Traité d'Amsterdam puis dans la Charte des droits fondamentaux.

II. La transparence administrative des organes de l'Union européenne

A. Principes fondateurs

On ne peut évoquer les efforts déployés par les institutions de l'Union européenne en vue d'une plus grande transparence administrative sans les éclairer à la lueur d'une motivation fondamentale. A la différence des administrations nationales ou locales – dont les interventions peuvent parfois sembler excessives à certains citoyens, mais dont l'existence intrinsèque n'est pas sérieusement remise en cause –, les institutions européennes ont cherché à obtenir par la transparence administrative la légitimité qu'elles peinent souvent à se voir reconnaître: avant même qu'on ne parle de transparence en tant que telle, il existait déjà une prédisposition des institutions européennes – principalement du Parlement, institution élue et donc plus soucieuse de sa visibilité, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, de la Commission et du Conseil – à distribuer aussi largement que possible les documents témoignant de la réalité de leur action et, partant, de leur utilité¹⁶. La conviction était fermement établie – et sans doute à raison – que cet effort de publicité permettrait que les citoyens européens acceptent plus facilement l'existence d'une seconde superstructure administrative, généralement peu populaire pour quantité de raisons diverses: éloignement géographique, défense d'intérêts trop exclu-

¹⁶ «(...) La Commission attache la plus haute importance à la transparence de ses travaux. En effet, elle considère que la transparence permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens.» (Réponse de la Commission à la question H-0774/99 de décembre 1999).

sivement marchands, anonymat, rémunérations suscitant la jalousie et ainsi de suite.

C'est en ce sens que, en février 1992, une déclaration relative au droit d'accès à l'information fut annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne (dit Traité de Maastricht), aux termes de laquelle «la Conférence estime que la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration. En conséquence, la Conférence recommande que la Commission soumette au Conseil, au plus tard en 1993, un rapport sur des mesures visant à accroître l'accès du public à l'information dont disposent les institutions.» C'est encore en ce sens que le Conseil européen de Copenhague, en juin 1993, consacra le principe selon lequel les citoyens devaient avoir «l'accès le plus complet possible à l'information».

Au-delà de ces déclarations de principe, des actions concrètes allaient suivre: d'une part, par la reconnaissance de ce droit d'accès sous forme de textes généraux et, d'autre part, par la mise en place de codes de conduite permettant de réaliser ces objectifs.

B. Textes de base

Le libre accès à l'information administrative a été consacré pour la première fois par l'article 255 (ex 191 A) du Traité CE, introduit à l'occasion des modifications apportées par le Traité d'Amsterdam. Selon cette disposition, «tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission». Ce droit s'inscrit dans le prolongement de l'affirmation inscrite à l'article 1er du Traité, selon laquelle «le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens.»

Le droit ainsi consacré n'est pas, précise le texte, illimité: des raisons d'intérêt public ou privé peuvent y faire obstacle. Il appartenait à cet effet au Conseil d'adopter un règlement fixant les principes et conditions qui en régissent l'exercice¹⁷, et ce dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur

¹⁷ On ajoutera, pour être complet, que l'art. 251.3 prévoit également que chaque institution élaborera dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents.

du traité d'Amsterdam: c'est ce règlement qui, avec un peu plus d'un mois de retard, est entré en vigueur le 3 juin 2001¹⁸.

Depuis peu, le droit d'accès des citoyens à l'information administrative se trouve également consacré dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice le 3 décembre 2000¹⁹. Selon son article 42, en effet, «tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.» Il est intéressant de constater que la reconnaissance de ce droit ne figure ni dans le chapitre «Dignité» ni dans le chapitre «Liberté», qui consacrent tous deux les droits et libertés traditionnels, mais dans le chapitre «Citoyenneté», en suite des dispositions relatives au droit de vote et au droit à une bonne administration, et avant celles consacrant le droit de pétition et la liberté de circulation et de séjour. Il n'en reste pas moins que la consécration de ce droit dans la Charte a son utilité, puisqu'il se trouve ainsi consacré comme droit des citoyens et non plus – comme c'est le cas dans le Traité CE – comme obligation à charge des institutions européennes.

On ne manquera cependant pas d'observer la portée limitée *ratione personæ* du droit ainsi consacré tant par le Traité que par la Charte: selon ces textes, il n'est en effet ouvert qu'aux citoyens de l'Union ou aux personnes résidant ou ayant un siège statutaire dans un Etat membre, alors que l'ensemble des droits et libertés traditionnels, mais aussi le droit à une bonne administration, sont reconnus par la Charte à «toute personne» indépendamment de toute condition de nationalité ou d'établissement, et alors que la pratique actuelle des institutions européennes permet aux personnes hors Union européenne de bénéficier du droit d'accès.

C. Pratique actuelle

Avant d'évoquer le projet de règlement relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, il paraît intéressant d'évoquer ce qu'a été jusqu'ici la pratique des institutions européennes en matière de transparence administrative: dès 1993, en effet, la Commission et le Conseil ont adopté au titre de leurs

¹⁸ Règlement (CE) 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE, L 145, 31 mai 2001, p. 43-48.

¹⁹ JOCE, C. 364, 18 décembre 2000.

pouvoirs d'organisation interne un code de conduite organisant l'accès du public à leurs documents²⁰. Le Parlement a suivi en juillet 1997²¹, mais je ne m'attarderai pas à examiner sa pratique tant parce qu'elle est celle d'une institution qui, par essence, a plus naturellement vocation à organiser la publicité de ses travaux, que parce qu'elle a moins donné lieu à débats et questions de principe.

1. *Code de conduite du 6 décembre 1993*

Instrument commun à la Commission et au Conseil, le code de conduite du 6 décembre 1993 n'a pas vocation à consacrer un droit. Il se borne à poser ce qu'il qualifie de «principe général»: «Le public aura le plus large accès possible aux documents détenus par la Commission et le Conseil. On entend par document tout écrit, quel que soit son support, contenant des données existantes, détenu par la Commission ou le Conseil.»

Les modalités d'application de ce principe sont assez traditionnelles: obligation de demande écrite et suffisamment précise, accès par consultation sur place²² ou par délivrance d'une copie à un coût raisonnable, délai de réponse assez bref (un mois), procédure dite de «demande confirmative» en cas de refus (c'est-à-dire un recours administratif exercé auprès de l'autorité hiérarchique²³), recours juridictionnel auprès des juridictions communautaires en cas de rejet de la demande confirmative,

²⁰ Code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission du 6 décembre 1993, adopté par le Conseil par décision 93/371/CE du 20 décembre 1993 (JOCE, L 340, 31 décembre 1993) et par la Commission par décision 94/90/CECA, CE, Euratom du 8 février 1994 (JOCE, L 46, 18 février 1994). Sur base des premiers bilans tirés de la pratique, la décision du Conseil a été modifiée par une décision 96/705/CE du 6 décembre 1996, et celle de la Commission par une décision 96/567/Euratom, CECA, CE du 19 septembre 1996.

²¹ Décision sur l'accès du public aux documents du Parlement du 10 juillet 1997 (JOCE, L 263, 25 septembre 1997).

²² Ce qui, à l'échelle de l'Union européenne, supposera parfois, selon les souhaits du demandeur, le passage par les bureaux de représentation installés dans les Etats membres, voire par les délégations établies dans les Etats tiers.

²³ Pour la Commission, les demandes confirmatives sont introduites auprès du secrétaire général; la décision finale est alors prise en principe par le président de la Commission en accord avec le membre de la Commission compétent pour la matière en cause, mais avec faculté de délégation de ce pouvoir au secrétaire général. Pour le Conseil, les demandes confirmatives sont examinées par les experts («Groupe de l'information») et les ambassadeurs (Comité des représentants permanents) avant d'être soumises, pour décision, au Conseil lui-même.

possibilité de subordonner à autorisation préalable de l'institution l'utilisation à des fins commerciales des documents obtenus²⁴ et, bien sûr, régime d'exceptions permettant de justifier le refus d'accès à un document: protection de l'intérêt public – entendu comme recouvrant la sécurité publique, les relations internationales, la stabilité monétaire, les procédures juridictionnelles et l'activité d'inspection et d'enquête –, protection de l'individu et de la vie privée, protection du secret en matière commerciale et industrielle, protection des intérêts financiers de la Communauté, protection de la confidentialité demandée par la personne ou l'Etat qui a fourni l'information, et protection de l'intérêt de l'institution relatif au secret de ses délibérations. Il est intéressant de souligner à cet égard que le système en place au niveau communautaire diffère ainsi, dans sa formulation en tout cas, de la plupart des législations nationales: le code de conduite n'exclut pas *a priori* la communication de tous les documents préparatoires à la prise de décision, mais le recours aux concepts d'intérêt public et de secret des délibérations pour justifier au cas par cas un refus de communication permet d'arriver à un résultat qui n'en est sans doute pas très éloigné.

Si le texte du code de conduite est commun aux deux institutions, les problèmes pratiques soulevés diffèrent quelque peu, notamment en fonction des spécificités de leur rôle respectif.

2. *Pratique de la Commission*

Le nombre de demandes d'accès à des documents adressées aux services de la Commission peut sembler relativement peu élevé à l'échelle du bassin de population de l'Union européenne: 989 de 1994 à 1996, 756 en 1997, 602 en 1998 et 408 en 1999. De ces demandes, quelque 30% émanent de la Belgique, ce qui ne signifie pas que les Belges soient plus sensibles à la chose européenne – ou en tout cas pas dans une telle proportion –, mais simplement que la plupart des groupes de pression, avocats spécialisés et lobbyistes en tout genre se sont logiquement établis à Bruxelles. En réalité, le pays le plus demandeur d'informations de l'administration européenne est le Royaume-Uni, avec une part oscillant entre 12 et 18% des demandes, loin devant l'Allemagne et la France (aux environs de 10%), l'Italie, l'Espagne ou les Pays-Bas (de 3 à 7%) et les

²⁴ Le Conseil a fait application de cette possibilité en subordonnant à autorisation préalable du secrétaire général la reproduction ou la diffusion d'un document par vente directe (décision 93/73111/CE, art. 3.3).

autres Etats membres. Chaque année, 1 ou 2% des demandes proviennent de pays européens non-membres de l'Union européenne, et de 2 à 3% d'Etats non européens. Faut-il voir dans ces chiffres la preuve d'une méfiance accrue des citoyens britanniques à l'égard de la Commission? C'est probable, mais le calcul doit être relativisé compte tenu du petit nombre de demandes: il arrive en effet régulièrement qu'une seule personne puisse générer le tiers, voire la moitié, des demandes émanant de son pays.

La Commission aligne un taux assez élevé de réponses favorables à la première demande, puisqu'il oscille entre 85 et 90%. Les refus sont justifiés le plus souvent par des considérations d'intérêt public – concept assez vague et général il est vrai – ou par la confidentialité des délibérations.

Mais, dans ces relevés statistiques, ce sont les chiffres de catégories demanderesses qui sont peut-être les plus éloquentes: ce sont les universités qui se taillent la part du lion (de 20 à 25% des demandes), juste devant les lobbies, les autorités publiques, les avocats et les industries (chaque catégorie oscillant autour de 15%). Seuls quelque 10% des demandes émanent de citoyens, le reste étant le fait de membres du Parlement européen ou de journalistes (2% chacun). On constate ainsi qu'un droit reconnu comme un droit citoyen profite avant tout à ceux qui, par nécessité professionnelle, s'intéressent à la chose européenne.

3. *Pratique du Conseil*

Les statistiques publiées par le Conseil sont assez similaires dans leurs proportions. Le nombre de demandes d'accès est encore inférieur à ce qu'il est pour les documents de la Commission (142 pour 1994-1995, 169 en 1996, 282 en 1997), et le taux de réponses favorables est lui aussi moins élevé (de 58 à 78%). Ici encore, la plupart des demandes émanent de Belgique et du Royaume-Uni et ce sont les universités qui font la plus grande consommation de documents devant les avocats et les groupes de pression; de façon significative, les tableaux statistiques du Conseil ne comportent même pas de catégorie «citoyens» pour identifier la provenance des demandes. On les suppose rangés dans la catégorie «autres».

Un problème spécifique se pose depuis peu à propos de l'accès aux documents du Conseil: une décision du secrétaire général du Conseil du 27 juillet 2000 relative aux mesures de protection des informations classifiées applicables au Secrétariat général crée en effet des

classifications de documents en Très Secret, Secret, Confidentiel et Restreint, ce qui a évidemment pour effet de limiter, pour ne pas dire d'empêcher, l'accès aux documents générés dans le cadre «du développement des moyens de l'Union européenne pour la gestion militaire et non militaire des crises dans le cadre d'une politique européenne renforcée en matière de sécurité et de défense» et qui a dès lors provoqué l'ire de certains parlementaires européens.

On relèvera par ailleurs que, soucieux de rendre ses documents accessibles au plus grand nombre, le Conseil a décidé de rendre accessibles au public, dès leur diffusion, une série de documents tels qu'ordres du jour provisoires des sessions du Conseil dans ses différentes formations, textes adoptés par le Conseil et destinés à être publiés au Journal officiel des Communautés européennes, voire même – sauf confidentialité requise – ordres du jour provisoires des comités et des groupes, notes d'information ou rapports sur l'état des travaux du Conseil (à l'exclusion des avis et des contributions du service juridique)²⁵.

4. *Jurisprudence sur l'application du code de conduite*

Le code de conduite du 6 décembre 1993 a déjà donné lieu à quelques décisions des juridictions communautaires, décisions qui, pour n'être pas abondantes, n'en viennent pas moins préciser de manière utile la portée du droit reconnu. Car il a été d'emblée jugé que, même si le Conseil et la Commission ont adopté le code de conduite au titre de leurs pouvoirs d'organisation interne, les décisions d'adoption de ce code confèrent bien aux citoyens un droit d'accès aux informations détenues par ces organes²⁶; et si des exceptions sont bien prévues par le texte, elles doivent être interprétées restrictivement, de sorte que l'application du principe général consistant à conférer au public «le plus large accès possible aux documents détenus par la Commission» ne soit pas tenue en échec²⁷.

Toutefois, le caractère de mesure d'ordre interne du code de conduite n'est pas remis en question par la considération que ce code confère des droits à des tiers. La Cour de justice a ainsi rejeté un recours en annulation formé par les Pays-Bas contre la décision du Conseil d'adopter ce code et fondé

²⁵ Décision 2001/320/CE du Conseil du 9 avril 2001 sur la communication au public de certaines catégories de documents du Conseil, JOCE, L 111, 20 avril 2001, p. 29.

²⁶ TPI, 5 mars 1997, T-105/95, *WWF UK/Commission*, Rec. p. II-313.

²⁷ *Ibidem*.

sur le moyen que le Conseil se serait rendu coupable d'un détournement de pouvoir en adoptant ce code au titre des mesures internes: pour la Cour en effet, «tant que le législateur communautaire n'a pas adopté une réglementation générale sur le droit d'accès du public aux documents détenus par les institutions communautaires, celles-ci doivent prendre les mesures ayant pour objet le traitement de telles demandes en vertu de leur pouvoir d'organisation interne, lequel les habilite à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer leur fonctionnement interne dans l'intérêt d'une bonne administration»²⁸.

Le contrôle jurisprudentiel exercé par le Tribunal de première instance – voire, sur pourvoi, par la Cour de justice – portera le plus souvent sur la légitimité de l'application par les autorités communautaires des exceptions permettant de refuser la communication de documents administratifs. C'est ainsi qu'il a été jugé que, s'agissant des documents dont la divulgation pourrait porter atteinte à la protection de l'intérêt public, «la Commission est tenue, avant de statuer sur une demande d'accès à des documents, d'examiner, pour chaque document sollicité, si, au regard des informations dont elle dispose, sa divulgation est effectivement susceptible de porter atteinte à l'un des intérêts protégés par la première catégorie d'exceptions», étant entendu que «une telle décision de l'institution doit être motivée, conformément à l'article 190 du traité» et que «la motivation exigée par cette disposition doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire, auteur de l'acte incriminé, de façon à permettre, d'une part, aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits et, d'autre part, au juge communautaire d'exercer son contrôle»²⁹.

Le Tribunal et la Cour ont également eu l'occasion de se prononcer sur l'exception d'intérêt public à propos d'informations touchant à des procédures juridictionnelles. La décision entreprise était un refus de communiquer à un avocat néerlandais diverses réponses adressées par la Commission à des juridictions nationales dans le cadre de l'application des articles 85 et 86 anciens, c'est-à-dire les dispositions centrales en matière de concurrence et concentration: il s'agissait donc bien de documents générés dans le cadre de procédures juridictionnelles, mais de procédures juridictionnelles auxquelles la Commission n'était pas partie et intervenait seulement comme *amicus curiae*. Dans un premier temps, le Tribunal rejeta

²⁸ CJCE, 30 avril 1996, C-58/94, *Royaume des Pays-Bas c. Conseil*.

²⁹ TPI, 6 février 1998, T-124/96, *Interporc GmbH c. Commission*.

le recours, jugeant que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme supposait aussi la confidentialité d'avis tels que ceux donnés en l'espèce par la Commission, et que c'était donc à bon droit qu'elle avait rejeté la demande³⁰. Cette décision fut toutefois réformée par la Cour, celle-ci jugeant que «la Commission, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'accès à des documents qu'elle a fournis à une juridiction nationale dans le cadre de la coopération de cette institution avec les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité, doit vérifier si ces documents constituent des analyses juridiques ou économiques (...). S'il s'agit de tels documents, la Commission doit s'assurer que leur divulgation n'est pas contraire au droit national. En cas de doute elle consulte la juridiction nationale et ne refuse l'accès que si cette dernière s'oppose à la divulgation desdits documents», et constatant que ces vérifications n'avaient pas été réalisées en l'espèce³¹.

Il est des cas où le Tribunal a validé le refus de communication d'un document. Ainsi, à propos d'un projet d'avis motivé qui n'avait même pas été envoyé en tant que tel à l'Etat destinataire, il a été jugé qu'«une divulgation de documents relatifs à la phase d'enquête, pendant les négociations entre la Commission et l'Etat membre concerné, pourrait porter atteinte au bon déroulement de la procédure en manquement dans la mesure où le but de celle-ci, qui est de permettre à l'Etat membre de se conformer volontairement aux exigences du traité ou, le cas échéant, de lui donner l'occasion de justifier sa position (...) pourrait être mis en péril» et que «la préservation de cet objectif justifie, au titre de la protection de l'intérêt public, le refus d'accès à un document préparatoire relatif à la phase d'enquête de la procédure de l'article 169 du traité»³².

Semblablement, il a été jugé que des avis des services juridiques du Conseil et de la Commission pouvaient être légitimement refusés dès lors que leur communication «aurait pour effet de rendre public le débat et les échanges de vues, internes à l'institution, concernant la légalité et la portée de l'acte juridique à adopter et que (...) elle pourrait conduire l'institution à perdre tout intérêt à demander aux services juridiques des avis écrits»³³. Il ne s'agissait certes que d'une procédure de référé, mais où le Président du

³⁰ TPI, 19 mars 1998, T-83/96, *van der Wal c. Commission*.

³¹ CJCE, 11 janvier 2000, C-174/98 P et C-189/98 P, *Royaume des Pays-Bas et van der Wal c. Commission*.

³² TPI, 14 octobre 1999, T-309/97, *Bavarian Lager Company c. Commission*.

³³ Prés. TPI, 4 mars 1998, T-610/97, *Hanne Norup Carlsen c. Conseil*.

Tribunal a dès lors pu conclure que «la divulgation de ces documents pourrait créer une incertitude au regard de la légalité des actes communautaires et avoir des conséquences négatives sur le fonctionnement des institutions communautaires», mettant ainsi en danger l'intérêt public de la stabilité de l'ordre communautaire.

Enfin, s'agissant du secret des délibérations, le Tribunal a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles la communication de documents peut être refusée pour protéger le secret des délibérations. Ici, en effet, il s'agit d'un refus qui ne revêt, à la différence des autres refus, pas de caractère automatique: même s'il s'avère que l'intérêt protégé est effectivement menacé, une balance des intérêts doit être chaque fois réalisée par l'autorité entre l'intérêt du citoyen à obtenir un accès à ces documents et l'intérêt éventuel de l'autorité à préserver le secret de ses délibérations³⁴.

D. Règlement du 30 mai 2001

Conformément au prescrit de l'article 255 CE, la Commission et le Conseil ont élaboré un projet de règlement relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, adopté le 30 mai 2001³⁵.

Le principe général inscrit à l'article 2 du règlement est fidèle au texte de l'article 255 du Traité: «tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un Etat membre a un droit d'accès aux documents des institutions, sous réserve des principes, conditions et limites définis par le présent règlement». A la différence du code de conduite – auquel le nouveau règlement devrait se substituer –, les citoyens ou personnes établies en dehors du territoire de l'Union ne bénéficieront donc plus du droit d'accès, sauf à l'exercer par l'intermédiaire d'une tierce personne établie dans un Etat membre: l'alinéa 2 de l'article 2 prévoit toutefois que «les institutions peuvent, sous réserve des mêmes principes, conditions et limites, autoriser l'accès aux documents à toute personne physique ou morale non domiciliée ou n'ayant pas son siège dans un Etat membre.» Il s'agit toutefois ici d'une simple faculté laissée aux institutions, et non plus d'un droit subjectif.

³⁴ TPI, 27 octobre 1995, T-194/94, *John Carvel and Guardian Newspaper c. Conseil*.

³⁵ Règlement (CE) 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE, L 145, 31 mai 2001, p. 43-48.

Le champ d'application *ratione materiae* s'étend quelque peu, dès lors qu'il est désormais prévu que le règlement s'applique à tous les documents *détenus* par les institutions, qu'ils aient été établis par elles ou qu'ils émanent de tiers et soient en leur possession³⁶. Le concept de document est défini comme «tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence de l'institution»³⁷.

Les exceptions justifiant le refus d'accès sont désormais regroupées en deux catégories. On trouve d'abord des exceptions que l'on peut qualifier d'absolues, en vertu desquelles les institutions refusent l'accès au document demandé³⁸. Il y aura exception absolue (non-communication) dans les cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public, entendue comme comprenant la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, les relations internationales ou la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un Etat membre; exception absolue aussi si la divulgation porte atteinte à la protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, présentée comme comprenant «notamment» la conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel.

Viennent ensuite des exceptions relatives, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles l'accès est refusé «à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé»³⁹: il s'agit des cas où la divulgation porterait atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle, à la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques et à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit.

Par ailleurs, l'accès à un document interne ou préparatoire peut être refusé si la divulgation risque de porter gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution, mais cette exception est à nouveau relative puisqu'elle peut être levée si un intérêt public supérieur justifie la

³⁶ Art. 2.3.

³⁷ Art. 3 a.

³⁸ Art. 4.1.

³⁹ Art. 4.2.

divulgaration du document visé⁴⁰. Enfin, l'accès à un document émanant d'un tiers se fait après consultation du tiers intéressé⁴¹.

En termes de procédure, on retiendra comme principales nouveautés la possibilité, moyennant motivation circonstanciée, de prolonger de quinze jour le délai de communication du document demandé, lequel est également de quinze jours⁴², et la valeur positive désormais conférée au silence persistant de l'autorité supérieure saisie d'une demande confirmative⁴³. On retiendra encore que des dispositions spécifiques sont prévues pour les documents dits sensibles⁴⁴, que les institutions sont tenues de rendre accessible un registre de documents (au plus tard le 3 juin 2002)⁴⁵, qu'elles sont invitées à mettre les documents à disposition sous forme électronique et qu'il leur appartiendra de publier un rapport annuel contenant notamment le nombre et les motifs des refus⁴⁶.

Enfin, le règlement prévoit aussi que «les institutions développent de bonnes pratiques administratives en vue de faciliter l'exercice du droit d'accès garanti par le présent règlement»⁴⁷. Car la transparence administrative n'est pas seulement affaire de règlement mais aussi et surtout de pratique et de bonne volonté.

⁴⁰ Art. 4.3.

⁴¹ Art. 4.4.

⁴² Art. 7.1.

⁴³ Art. 7.4.

⁴⁴ Art. 9.

⁴⁵ Art. 11.

⁴⁶ Art. 12.

⁴⁷ Art. 15.