HAL
open science

# L'accès aux informations détenues par les agents publics : Allemagne, France, Royaume-Uni

Léo Griffaton-Sonnet

**To cite this version:**

Léo Griffaton-Sonnet. L'accès aux informations détenues par les agents publics : Allemagne, France, Royaume-Uni. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D091 . tel-02928259

**HAL Id: tel-02928259**

**https://theses.hal.science/tel-02928259v1**

Submitted on 2 Sep 2020

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

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

**UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE**
**UFR de DROIT**
Laboratoire de rattachement : Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103)

THESE
Pour l'obtention du titre de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement
le 9 décembre 2019 par

**Léo GRIFFATON-SONNET**

# L'Accès aux informations détenues par les agents publics Allemagne, France, Royaume-Uni

**Sous la direction de M. Otto PFERSMANN**
Professeur des Universités, directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales

**Membres du Jury**
M. Karl Peter Sommermann, Professeur des Universités, Université allemande pour les sciences administratives de Spire
M. Peter Leyland, Professeur des Universités, Université de Londres
M. Jean-Philippe Derosier, Professeur des Universités, Université de Lille, membre de l'Institut universitaire de France.
M. Michel Verpeaux, Professeur honoraire, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

# RESUME

L'objet de la présente thèse est de déterminer si les droits constitutionnels allemand, français et britannique garantissent à leurs citoyens un droit d'accès aux documents administratifs et de comparer les mécanismes juridiques en cause. La question de l'accès aux documents administratifs et aux informations qu'ils contiennent est désormais bien connue en droit administratif. Elle a occupé le législateur français (loi du 17 juillet 1978), le législateur fédéral allemand (loi du 5 septembre 2005) mais encore le Parlement britannique (loi du 30 novembre 2000). Au contraire, la question de la conformité des dispositions législatives ainsi adoptée aux cadres constitutionnels nationaux a été largement laissée de côté. Ainsi, la question de leur inconstitutionnalité, par une ouverture insuffisante ou exagérée du droit d'accès, n'est pas tranchée. En premier lieu, la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a jamais tranché clairement entre existence et inexistence d'un droit à l'accès aux documents administratifs opposable au législateur. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel français n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur le cadre législatif désormais contenu dans le Code des relations entre le public et l'administration. En troisième lieu, la jurisprudence britannique ne clarifie pas pleinement les rapports entre droit non écrit et la législation primaire de 2000.

L'analyse comparée permet une meilleure connaissance du droit constitutionnel de l'accès aux informations détenues par les agents publics. En Allemagne, d'abord, il apparaît impossible de fonder un droit général d'accès aux documents administratifs sur les dispositions de la Loi fondamentale ; l'établissement d'un régime législatif de l'accès aux documents administratifs est donc laissé à la discrétion du législateur. En France, au contraire, un tel droit peut être appuyé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de telle sorte que le régime législatif existant pourrait être contesté comme insuffisamment libéral, par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité. Au Royaume-Uni, les conflits doctrinaux relatifs à la valeur des sources de droit de prérogative et de droit commun ne remettent pas en cause la pleine validité du régime établi en détail par la loi sur la liberté de l'information de 2000. Plus précisément, les Etats du champ de comparaison connaissent respectivement une habilitation du législateur à établir ou non un droit d'accès du public aux informations détenues par les agents publics (Allemagne), un droit général d'accès garanti mais largement indéterminé (France) et un droit d'accès non général mais précisément déterminé (Royaume-Uni).

## SUMMARY

*This thesis aims at finding if the constitutional law of Germany, France and the United-Kingdom allows the citizens of these countries to access information held by public authorities, and to compare the legal mechanisms involved. The question of the existence of a general right of access to information held by public authorities is well known in the field of administrative law. The French (17 July 1978), German (5 September 2005) and British (30 November 2000) legislators have answered to this question. On the contrary, the question of the conformity of these legislative texts (with the exception of the British act) to the local constitutional law has been largely left unanswered. Indeed, a possibility exists that those laws are unconstitutional, be it by creating a too wide or too narrow right of access. Firstly, the German Federal Constitutional Court never clearly stated the existence or non-existence of a constitutional right of access to administrative documents that could be invoked against the legislator. Secondly, the French Constitutional Council never had a say as to the constitutionality of the 1978 law or the recent Code Regarding the Relations Between the Public and the Administration. Thirdly, the British case law is still divided regarding the relationships between the various sources of law on the matter, so that the exact relationship between the Freedom of Information Act 2000, common law and the royal prerogative remains unclear.*

*A comparative analysis allows for a better understanding of the constitutional law regarding access to the information held by public authorities. Through that lens, it appears that in Germany, it is impossible to invoke a general right of access to such information through relying on the words of the Fundamental Law. The legislator is left free. In France, on the contrary, such a right exists within the article 15 of the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, so that the constitutionality of the laws on the matter could be challenged through individual constitutional litigation. In the United-Kingdom, the said disagreements regarding the ranks and validity of prerogative powers and common law do not weigh on the validity of the Freedom of Information Act 2000, which can be considered as the sole constitutional source of public information law. More precisely, the constitutional laws of the compared states present the following situations: a delegation to the legislator of the power to create or not to create a general right of access to information held by public authorities (Germany), a general but highly imprecise right of access (France) and a non-general but highly precisely stated right of access (United-Kingdom).*

## ZUSAMMENFASSUNG

*Der Zweck dieser Doktorarbeit ist zu bemessen, ob die Verfassungen Deutschlands, Frankreichs und des Vereinigten Königreiches den Bürgern dieser Staaten einen Anspruch auf Zugang zu Informationen, die im Besitz öffentlicher Stellen sind, vermitteln. Im Zuge dessen werden auch die damit einhergehenden juristischen Mechanismen verglichen. Die Frage des Zugangs zu öffentlichen Dokumenten und den darin enthaltenen Informationen ist heutzutage ein wesentliches Themenfeld der Verwaltungsrechtslehre. Sowohl der französische Gesetzgeber (Gesetz vom 17. Juli 1978) als auch der deutsche Bundesgesetzgeber (Gesetz vom 5. September 2005) und das britische Parlament (Gesetz vom 30. November 2000) haben sich damit befasst. Ob diese Gesetzte dem Einzelnen zu viel oder zu wenig Zugang gewähren und damit gegen die Verfassung verstoßen, ist weitgehend (mit Ausnahme des britischen Gesetzes) ungeklärt geblieben. Zunächst hat das deutsche Bundesverfassungsgericht nie eindeutig geklärt, ob sich aus dem Grundgesetz ein Anspruch ableiten lässt, der durch das erlassene Gesetz nicht erfüllt wird. Zweitens wurde der französische Verfassungsrat nie mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Zugangsanspruches befasst. Dieses Problemwurde weder mit dem Gesetz vom 17. Juli 1978 noch mit dem Gesetzbuch über die Beziehungen zwischen Bürgern und Verwaltung aufgelöst. Drittens klärte die britische Rechtsprechung nie völlig die Rechtsbeziehungen zwischen dem ungeschriebenen Recht und dem Gesetz von 2000.*

*Durch eine rechtsvergleichende Analyse wird es möglich, solche Fallkonstellationen besser zu verstehen und diese verfassungsrechtlichen Fragen zu beantworten. In Deutschland ist es heutzutage nicht möglich, einen allgemeinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Informationen geltend zu machen; die Schaffung eines Verwaltungsinformationsrechts steht dem Gesetzgeber offen. Im Gegensatz dazu, besteht in Frankreich ein solcher Anspruch aus dem Artikel 15 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, so dass das gesetzliche Recht auf Zugang durch individuale Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann. Im Vereinigten Königreich haben die Meinungsverschiedenheiten in der Lehre über Wert und Geltung der Rechtsquellen keinen Einfluss auf die Wirkung des Gesetzes aus dem Jahr 2000. Durch den Vergleich der Verfassungsrechte wird deutlich, dass der Gesetzgeber zur Schaffung eines Rechts auf Zugang zu Informationen im Besitz öffentlicher Stellen ermächtigt wird (Deutschland), dass ein allgemeines, aber unbestimmtes Recht auf Zugang besteht (Frankreich) oder ein nicht allgemeines, aber voll bestimmtes Recht auf Zugang existiert (Vereinigtes Königreich).*

## MOTS-CLES

Droit constitutionnel – Droit comparé – France – Allemagne – Royaume-Uni – Documents administratifs – Informations publiques – Droit d'accès – Agents publics – Contentieux constitutionnel

## KEYWORDS

*Constitutional Law – Comparative Law – France – Germany – United-Kingdom – Public Documents – Public Information – Right of Access – Public Authorities – Constitutional Litigation*

## SCHLÜSSELWÖRTER

*Verfassungsrecht – Rechtsvergleichung – Frankreich – Deutschland – Vereinigtes-Königsreich– öffentliche Dokumente – öffentliche Informationen – Recht auf Zugang – Behörde – Verfassungsprozessrecht*

**SOMMAIRE**

**INTRODUCTION 15**

**PARTIE I. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS 75**

**TITRE I. L'IDENTIFICATION DES TEXTES GENERAUX RELATIFS A L'ACCES AUX INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS 77**

CHAPITRE I. UNE LIMITATION DE L'ETUDE AUX TEXTES EMANES DE L'AUTORITE FEDERALE OU CENTRALE 79

CHAPITRE II. L'ABSENCE D'INFLUENCE DE LA PREROGATIVE ROYALE RESIDUELLE AU ROYAUME-UNI 125

CONCLUSION DU TITRE 167

**TITRE II. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS 169**

CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UN DROIT D'ACCES GARANTI IMPLICITEMENT 171

CHAPITRE II. LA PORTEE MINIMALE D'UN DROIT SOUMIS A LA DETERMINATION LEGISLATIVE 225

CONCLUSION DU TITRE 259

**CONCLUSION DE LA PARTIE 261**

**PARTIE II. UN DROIT D'ACCES DE PORTEE VARIABLE EN FRANCE, EN ALLEMAGNE ET AU ROYAUME-UNI 263**

**TITRE I. UNE PORTEE DU DROIT D'ACCES DETERMINABLE AU SEIN DES TROIS ORDRES JURIDIQUES ETUDIES 265**

CHAPITRE I. L'AGENT PUBLIC, ORGANE ESSENTIEL DU DROIT DE L'ACCES AUX INFORMATIONS QU'IL DETIENT 267

CHAPITRE II. UN DROIT D'ACCES REALISE PAR LA COMMUNICATION DES DOCUMENTS 295

CONCLUSION DU TITRE 339

**TITRE II. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL INDIVIDUEL, MODE SPECIFIQUE DE SANCTION DU DROIT D'ACCES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE 341**

CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UNE MISE EN CONFORMITE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANCAIS A LA CONSTITUTION 343

CHAPITRE II. L'IMPOSSIBILITE DE FONDER UN DROIT D'ACCES SUR L'INVOCATION CONJOINTE D'ARTICLES DE LA LOI FONDAMENTALE 373

CONCLUSION DU TITRE 397

**CONCLUSION DE LA PARTIE 399**

**CONCLUSION DE LA THESE 401**

**BIBLIOGRAPHIE 409**

**TABLE DES MATIERES 479**

## REPERTOIRE DES ABREVIATIONS

AC – *Appellate Court* (Cour d'appel, Royaume-Uni).

AEUV – *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (voir TFUE).

AIG – *Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz* (loi sur la consultation des documents et l'accès à l'information).

AJDA – *Actualité juridique : droit administratif*, revue.

BDSG – *Bundesdatenschutzgesetz* (loi fédérale sur la protection des données).

BGBl – *Bundesgesetzblatt* (journal officiel fédéral de la législation – Allemagne).

BremIFG – *IFG* (Brême).

BremGBl – *GBl* (Brême).

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne).

BVerwG – *Bundesverwaltungsgericht* (Cour administrative fédérale, Allemagne).

CA – *Court of Appeal* (Cour d'appel, Royaume-Uni).

CADA – Commission d'accès aux documents administratifs (France).

CDFUE – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

CE – Communautés européennes.

CE – Conseil d'Etat.

CEDH – Convention européenne des droits de l'homme.

CEE – Communauté économique européenne.

CJCE – Cour de Justice des Communautés européennes.

CJUE – Cour de Justice de l'Union européenne.

CRPA – Code des relations entre le public et l'administration (France)

DC – Décision sur la conformité.

DDHC – Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

DÖV – *Die öffentliche Verwaltung* (*L'Administration publique*), revue.

DuD – *Datenschutz und Datensicherheit* (*La Protection et la sécurité des données*), revue.

DVBl – *Deutsches Verwaltungsblatt* (*Journal allemand pour l'administration*), revue.

EU – *Europäische Union* (voir UE).

EU – *European Union* (voir UE).

EuG – *Europäisches Gericht* (Tribunal de l'Union européenne).

EuGRZ – *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (*Journal européen pour les droits de l'homme*), revue.

EuR – *Zeitschrift Europarecht* (*Journal pour le droit de l'Union européenne*), revue.

EUV – *Vertrag über die Europäische Union* (voir TFUE).

EWCA – *England and Wales' Court of Appeal* (Cour d'appel d'Angleterre et du Pays-de-Galles).

FOI-A – *Freedom of Information Act* (loi sur la liberté de l'information, Royaume-Uni).

FOI(S)-A – *Freedom of Information (Scotland) Act* (loi sur la liberté de l'information, Ecosse).

GBl – *Gesetzblatt* (*Journal de législation*), journal officiel.

GBO – *Grundbuchordnung* (Règlement du cadastre, Allemagne).

Geo – Georges (la note « Geo » renvoie à la législation passée durant son règne).

GG – *Grundgesetz* (Loi fondamentale, Allemagne).

GRCh – *Grundrechtscharta* (voir CDFUE).

GVBl – *Gesetz- und Verordnungsblatt* (*Journal des lois et règlements*), journal officiel.

GVBl LSA – voir *GVBl* (Sachsen-Anhalt).

GV NRW – *Gesetz- und Verordnungsblatt* (*Journal des lois et règlements*, Rhénanie-du-Nord-Westphalie), journal officiel.

GVOBl – *Gesetz- und Verordnungsblatt* (*Journal des lois et règlements*), journal officiel.

GVOBl. M-V – voir *GVOBl* (Mecklembourg-Poméranie), journal officiel.

HC – *High Court* (Haute Cour, Royaume-Uni).

HDSIG – *Hessischen Datenschutzrechts Informationsfreiheit Gesetz* (loi hessoise sur la protection des données et la liberté de l'information).

HGB – *Handelsgesetzbuch* (code de commerce, Allemagne).

HmbTG – *Hamburgisches Transparenzgesetz* (loi hambourgeoise sur la transparence).

HmbGVBl – *GVBl* (Hambourg).

ICO – *Information Commissionner's Office* (Bureau du Commissaire à l'information).

IFG – *Informationsfreiheitsgesetz* (Loi sur la liberté de l'information).

IFG M-V – *IFG* (Mecklembourg-Poméranie).

IFG NRW – *IFG* (Rhénanie-du-Nord-Westphalie).

IZG-SH – *Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein* (loi sur l'accès à l'information pour le Land de Schleswig-Holstein).

INSEE – Institut national de la statistique et des études économiques (France).

IZG-LSA – *Informationszugangsgesetz Land Sachsen-Anhalt* (loi sur l'accès à l'information pour le Land de Saxe-Anhalt).

JCP A – *Jurisclasseur périodique : administration*, revue.

JORF – Journal officiel de la République française, journal officiel.

LF – Loi fondamentale.

LFGB – *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch* (code de l'alimentation humaine et animale).

LIFG – *Landesinformationsfreiheitsgesetz* (loi locale sur la liberté de l'information).

LIFG RP – *Landes-IFG* (Rheinland-Pfalz).

LRA – *la Revue administrative*, revue.

MMR – *Multimedia und Recht* (*Multimédia et droit*), revue.

NuR – *Natur und Recht* (*Nature et droit*), revue.

NVwZ – *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (*Nouveau Journal pour le droit administratif*), revue.

OS-A – *Official Secrets Act* (Loi sur les secrets officiels).

PUF – Presses universitaires de France.

QPC – Question prioritaire de constitutionnalité.

QB – *Queen Bench* (Banc de la Reine, Royaume-Uni).

RDP – *Revue du droit public*, revue.

RDUE – *Revue de droit de l'Union européenne*, revue.

REDP – *Revue européenne de droit public*, revue.

RGBl – *Reichsgesetzblatt* (*Journal officiel d'empire*, Allemagne).

RFDA – *Revue française de droit administratif*, revue.

RFDC – *Revue française de droit constitutionnel*, revue.

RTDE – *Revue trimestrielle de droit européen*, revue.

SC – *Supreme Court* (Cour suprême, Royaume-Uni).

SIC – *Scottish Information Commissionner* (Commissaire écossais à l'information).

SIFG – *Saarländisches Informationsfreiheitsgesetz* (loi sur la liberté de l'information de la Sarre).

TA – Tribunal administratif (France).

TFUE – Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

ThürIFG – *IFG* (Thüringen).

TUE – Traité sur l'Union européenne.

UE – Union européenne.

UIG – *Umweltinformationsgesetz* (loi sur l'information environnementale).

UKHL – *United-Kingdom House of Lords* (Chambre des Lords, Royaume-Uni).

UKSC – *United-Kingdom Supreme Court* (Cour suprême, Royaume-Uni).

Vict – Victoria (la note « Vict. » renvoie à la législation passée durant son règne).

VwVfG – *Verwaltungsverfahrensgesetz* (loi sur les procédures administratives).

Will and Mar – *William and Mary* (la note renvoie à la législation passée sous leur règne).

ZaöRV – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Journal pour le droit public étranger et le droit public international).

ZD – *Zeitschrift für Datenschutz* (*Journal pour la protection des données*), revue.

ZöR – *Zeitschrift für öffentliches Recht* (*Journal du droit public*), revue.

# REMERCIEMENTS

La présente thèse n'aurait pu voir le jour sans la direction du Professeur Otto Pfersmann. Ses remarques, ses suggestions et ses directives ont permis la construction d'un cadre théorique et méthodologique remarquable pour le traitement du sujet. Je lui sais gré de la confiance qu'il a placée en moi et en mes travaux au cours des cinq dernières années.

Je remercie les Professeurs Sommermann, Leyland, Derosier et Verpeaux pour avoir accepté de faire partie du jury. Je suis certain que leurs remarques permettront l'amélioration de mon travail.

Mes remerciements s'adressent également à mes parents, relecteurs attentifs de mes écrits. La clarté et la lisibilité du texte qui va suivre leur doivent beaucoup.

Je tiens en outre à remercier mes camarades doctorants : leur expérience, leurs conseils et leur soutien m'ont beaucoup apporté.

# INTRODUCTION

L'accumulation des connaissances a accompagné la construction de l'Etat, ainsi que la définition de l'intérêt général et la détermination de politiques publiques. La conscription suppose le recensement, l'impôt la mesure de la richesse, une politique de santé publique la connaissance de la prévalence des maux au sein de la population. L'existence de l'Etat suppose que ses agents disposent d'un savoir propre à leur service et la présente thèse se propose de mener l'étude des dispositions constitutionnelles portant sur l'accès à ces informations.

La personne publique s'est distinguée de la personne privée par ses fins mais également par sa nature : elle s'est dotée du pouvoir d'énoncer des normes de droit s'imposant aux personnes sans leur consentement. Sur la base de ce pouvoir, elle peut contraindre les personnes à lui confier diverses informations, avant tout par la déclaration obligatoire des naissances et la mise en place de registres des sociétés. Quand bien même les sociétés Google et Facebook conservent-elles des informations relatives aux milliards d'utilisateurs de leurs services, le champ des informations qu'elles détiennent reste borné par le droit privé. Leurs rapports avec leurs utilisateurs restent fondés sur le principe du consentement à un contrat et à la collecte de données personnelles[1]. Seule une entrée dans la sphère publique, par le biais d'une délégation de service public ou d'une nationalisation, permettrait à ces sociétés de s'affranchir de leur nature de personne morale de droit privé.

Le droit public détermine le champ des connaissances détenues par les personnes publiques[2]. Certaines informations concernent les personnes publiques elles-mêmes : nombre de fonctionnaires et d'agents dans tel ou tel service ministériel ; d'autres concernent les personnes privées : ainsi les revenus déclarés par les travailleurs pour une année. Parmi ces informations, toutes ne sont pas nécessairement à dissimuler. La construction d'une installation industrielle classée pour la protection de l'environnement ne concerne ainsi pas que l'entrepreneur et le préfet qui l'autorise[3], et qui seul – en dehors de l'entrepreneur – connaîtrait quels produits dangereux peuvent être manipulés sur le site, et en quelle quantité. En France, l'explosion de l'usine AZF de Toulouse en 2001 a illustré assez clairement que la puissance explosive du nitrate d'ammonium n'est pas soumise aux limites cadastrales. L'incendie de l'usine Lubrizol de

[1] Voir sur ces points les principes mis en œuvre par le règlement général sur la protection des données, règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

[2] Si l'emploi de cette expression peut sembler moins propre à décrire une partie du droit britannique que des droits allemand et français, cette apparence est trompeuse. Que les pouvoirs de la couronne britannique soit considérés comme fondés sur la *common law* ou sur une prérogative indépendante de celle-ci, il est largement reconnu que cette entité est essentiellement différente des personnes privées.

[3] Désormais, le régime applicable en la matière est celui de l'autorisation environnementale unique, prévu aux articles L 181-1 et suivants du code de l'environnement.

Rouen le 26 septembre 2019 a rappelé qu'il en va de même pour les fumées et les suies. L'intérêt général peut dicter aux personnes publiques d'une part de se saisir du fonctionnement d'une entreprise privée mais encore, d'autre part, d'assurer une information des tiers, riverains et public général[4]. Au Royaume-Uni, le droit à l'information relatif aux installations dangereuses est fondé sur la même idée directrice. La discussion de ces informations est organisée par le droit, qui fixe le statut déontique de l'accès aux informations détenues par les agents publics.

Pour cette étude de droit constitutionnel comparé, une définition opératoire de l'agent public doit immédiatement être établie. L'expression, « agent public », tirée de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française, renvoie dans ces pages à tout individu agissant pour le compte d'une personne publique. Fonctionnaire, agent contractuel, collaborateur occasionnel du service public mais encore délégataire de service public sont donc des agents publics. La « personne publique », quant à elle, se distingue des sujets de droit privé par les droits exorbitants du droit commun dont elle est dotée. Ces droits sont ceux propres à l'énonciation de normes juridiques ne reposant pas sur le consentement de leurs destinataires, par opposition à un contrat. Il s'agit donc non seulement des droits de légiférer, d'énoncer des règlements et de rendre des décisions de justice, mais encore de tous les droits découlant de ceux-ci et inaccessibles aux citoyens ou à leurs regroupements contractuels que sont les associations et les sociétés. Toutes les personnes morales de droit public sont donc des personnes publiques au sens de la présente étude. Quant à « la » personne publique, elle doit être entendue comme le regroupement le plus abstrait de ces différentes personnes publiques, c'est-à-dire l'Etat au sens large ou, plus pompeusement, « la République ». Au fil des développements, cette personne publique pourra donc être déclinée depuis l'Etat jusqu'à la mairie de la Ferté-Macé dans l'Orne, ou l'agent comptable du lycée Michelet à Vanves, Hauts-de-Seine.

L'introduction de cette étude doit permettre de clarifier l'ensemble des points développés par la suite. L'exploitation des informations détenues par les agents publics est un enjeu majeur pour l'ensemble des sujets de droit (I). Une étude portant sur la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni est particulièrement révélatrice en ce domaine, en l'état de la recherche au sein de ce champ de comparaison (II). Cette étude, appuyée sur des outils théoriques d'analyse

[4] Régime organisé principalement à ce jour par la directive n° 2012/18/UE du 4 juillet 2012, concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, dite *Seveso III*, et la loi 2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la prévention des dommages.

normativistes (III), vise à répondre à la question du statut déontique de l'accès aux informations détenues par les personnes publiques en droit constitutionnel (IV).

# I. ENJEU DE L'EXPLOITATION DES INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS

L'accès aux informations détenues par les agents publics suppose l'accès à leur support, principalement les documents administratifs. En réalité, la somme d'information détenue par les institutions de la *res publica* tient tout autant au savoir accumulé dans les nombreuses têtes de leurs nombreux agents, tout au long de leur carrière. S'y ajoutent les informations contenues dans les têtes des délégataires de service public, pour ce qui concerne cette part de leur activité. Néanmoins, toutes les informations contenues dans ces nombreuses têtes ne sont pas couchées sur le papier, spécialement s'agissant du savoir-faire acquis par l'expérience ; de surcroît, de nombreuses informations n'existent que dans les fichiers dont dispose l'administration. Il en va ainsi de la somme des informations cadastrales ou des fichiers fiscaux, inaccessible à l'entendement humain. De tous ces savoirs, seuls ceux littéralement documentés peuvent être aisément diffusés : ils sont la trace matérielle de l'activité administrative et forment la base de la présente étude. Il est possible de s'assurer objectivement de leur existence.

La question a été régulièrement posée de savoir s'il existait ou devrait exister un droit à la *création* de documents administratifs, c'est-à-dire à la mise sur le papier du savoir des agents publics. En pratique, un tel droit supposerait de pouvoir référencer ce savoir, mais encore de consacrer un temps considérable à cette mise par écrit. Le droit positif législatif au sein du champ de comparaison exclut cette éventualité, se limitant à un droit d'accès aux documents existants. Les agents publics n'ont ni à rechercher des informations nouvelles, ni à mettre par écrit des informations connues mais non formalisées. Cette solution est explicite aux articles L 311-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration français et à l'article 2 de la loi fédérale allemande sur la liberté de l'information, implicite dans la loi britannique de 2000. Le Commissaire britannique à l'information le précise à l'intention des autorités publiques :

> « La loi ne s'applique pas aux informations qui sont dans la tête de quelqu'un. Si un membre du public demande une information, vous devez seulement fournir l'information qui est déjà enregistrée sous une forme ou sous une autre. Vous n'avez pas à créer une information nouvelle ou à

demander la réponse à un membre du service qui pourrait la connaître. »[56]

L'accès aux documents administratifs s'est imposé comme la forme la plus praticable d'accès aux informations détenues par les agents publics. L'existence des documents est déterminable objectivement car ils forment la trace matérielle de l'activité administrative (A). La conséquence immédiate de l'accès aux informations détenues par les agents publics est la discussion de l'activité administrative : le contrôle de l'administration s'appuie traditionnellement sur le présupposé politique d'une amélioration de l'efficacité du service public par le regard posé sur lui (B). L'enjeu de l'exploitation des informations détenues par les agents publics n'est pourtant pas limité à l'efficacité du service ou aux choix politiques : l'information publique est une condition de l'exercice de droits et libertés (C), tout comme elle est une ressource pour l'activité économique privée (D).

## A. Les documents administratifs comme trace matérielle de l'activité administrative

Evoquée de façon abstraite, l'activité administrative a posé longtemps le problème de sa définition et de ses caractéristiques. Traditionnellement, l'activité de prescription se distingue de l'activité de prestation ou encore d'exécution[7]. La présente étude aborde l'activité administrative chronologiquement, en trois temps[8] :

– la délibération (préparation à la prise de décision, réflexion dont les documents administratifs informatifs sont la marque) ;
– la décision (l'acte administratif, énoncé d'une norme juridique) ;

[5] Site internet du Bureau du Commissaire à l'information, rubrique des informations dédiées aux personnes publiques (*for organisations*), *Guide pour la liberté de l'information* (*Guide to Freedom of Information*), rubrique « Qu'est-ce que la loi sur la liberté de l'information » : « *The Act does not cover information that is in someone's head. If a member of the public asks for information, you only have to provide information you already have in recorded forM. You do not have to create new information or find the answer to a question from staff who may happen to know it.* » Consulté le 13 mars 2019, ico.org.uk

[6] Sauf mention contraire, toutes les traductions sont de l'auteur.

[7] Sur l'éventuelle pertinence de cette distinction, voir notamment ROLIN (Frédérique), « Service public et police administrative », *in* Coll. *Le Service public*, Paris, Dalloz, 2014, VI-262 p., p. 211-221.

[8] Si les termes employés à ce point sont ceux de la doctrine administrativiste française, ils se réfèrent à des phénomènes observables aussi bien en Allemagne qu'en France ou au Royaume-Uni.

– l'exécution (mise en œuvre également rapportée dans des documents administratifs informatifs, rapports d'étapes et autres bilans).

Au cours de ces trois étapes de l'activité administrative, deux types d'*écrits administratifs* sont produits : les écrits informatifs (les documents) et les écrits décisoires (les actes administratifs).

– Les documents informatifs présentent un état de fait le plus conforme possible à la réalité. Ils nourrissent la délibération, qu'ils se rapportent à un état de fait antérieur à une décision administrative, ou postérieur à l'exécution d'une décision existante. Leur fonction est informative, pour ne pas dire que ce sont des documents à visée documentaire.
– Les actes administratifs sont des actes juridiques, ils modifient l'état du droit. Ils sont valides ou non, mais étrangers à la question de la conformité à la réalité. La fonction des actes administratifs est décisoire.[9]

Une confusion existe entre documents et écrits[10], dans la mesure où tout écrit informe au moins quant à son contenu, par exemple un acte administratif, et où le terme « document » est employé dans le langage courant comme synonyme d'écrit. Ni cette confusion ni le recours à la notion d'écrit administratif n'effacent la distinction entre le régime d'information relatif aux actes administratifs, fondé sur des obligations de publicité plus ou moins larges (depuis la notification individuelle jusqu'à la publication au Journal officiel de l'Union européenne) conditionnant la validité de l'acte, et le droit spécifique d'accès aux documents administratifs, qui existent ou non mais sont étrangers à la notion de validité juridique. Si les actes administratifs doivent être mentionnés du fait qu'ils renseignent indirectement sur l'activité de l'administration, ce sont bien les documents, caractérisés par leur visée documentaire, qui sont au cœur de la présente étude. C'est ainsi que la législation relative à l'accès aux documents administratifs mentionnait dès son origine les divers rapports, dossiers, études, à finalité purement informative[11]. Cette activité d'information n'est pas désintéressée : dirigée vers le public, elle porte une

[9] La distinction entre écrits administratifs décisoires et non décisoires est observable également en Allemagne et au Royaume-Uni. En Allemagne, sont distingués d'une part les « actes administratifs » (*die Verwaltungsakte*) et d'autre part « enregistrements » (*die Aufzeichnungen*) et autres « documents » (*die Dokumente*). En anglais, sont opposés les « décisions » (*decisions*), sujettes au recours juridictionnel, et les « informations » (*information*) et autres « documents » (*documents*) accessibles au gré du droit de l'information administrative.

[10] L'écrit ici couvre également les bandes magnétiques, les supports électroniques – bref, tout support d'information.

[11] L'article 1 alinéa 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, mentionnait

meilleure acceptation des actions de l'administration ; limitée au service administratif en cause, elle prépare une prise de décision ultérieure, elle marque ainsi la réflexion administrative.

Les énoncés administratifs, écrits ou non, manifestent matériellement l'action administrative : l'activité décisionnelle est connue, portée par les actes administratifs (1), tandis que les documents administratifs non décisionnels marquent les étapes du processus de décision administrative (2).

## 1). Une activité décisionnelle connue, portée par les actes administratifs

L'activité décisionnelle de l'administration est connue, portée par les actes administratifs. Plus spécifiquement, la validité de l'acte administratif est conditionnée à ce que ses destinataires en ont connaissance, de telle sorte qu'ils peuvent le soumettre au contrôle du juge, ceci au gré de ses publications, notification, motivation. Le comportement administratif n'est pas en reste, dès lors qu'il est révélateur d'une décision contrôlable.

Le régime permettant la plus grande prise de connaissance d'un acte administratif est celui de la publication. En France, l'arrêté de nomination des élèves à l'Ecole normale supérieure est ainsi publié au journal officiel chaque année[12]. Cette publication peut être limitée à une zone géographique comme un département ou une région, par exemple dans le cas des actes relatifs à un marché public local. Elle se limite même aux passants dans une rue en matière de permis de construire – dans ce cas, c'est seulement un affichage, selon la Commission d'accès aux documents administratifs[13]. Une personne non concernée par l'acte peut néanmoins en prendre connaissance, et éventuellement discuter son bien-fondé[14]. L'acte individuel notifié, au contraire, n'est pas nécessairement public ; il en va de même pour la décision tacite de refus, née du silence de l'administration : elle n'est connue que du pétitionnaire. En Allemagne, l'article 41 de la loi fédérale sur les procédures administratives organise les différents types de publicité donnés à un acte administratif, littéralement le fait de les rendre connus (*die*

originellement que : « sont considérés comme documents administratifs [...] tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, avis [...], prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives ».

[12] L'arrêté du 7 décembre 2017 portant nomination d'élèves à l'Ecole normale supérieure (de la rue d'Ulm), a ainsi été publié au Journal officiel du 23 décembre 2017.

[13] CADA, avis n° 2002313, du 22 août 2002, confirmé par l'avis n° 20080243, du 10 janvier 2008.

[14] La publication électronique des actes par les collectivités locales facilite grandement cette démarche. Un intérêt suffisant doit néanmoins être reconnu, mais peut exister notamment chez les membres d'une association locale de protection de l'environnement.

*Bekanntmachung*). Le principe posé est celui selon lequel « un acte administratif est à porter à la connaissance de toute personne à qui il est destiné ou qui est affectée par cet acte »[15], sont ainsi prévues la notification (alinéa 2 et 2a) et l'affichage (alinéa 4).

Comme norme modifiant l'état du droit, l'acte administratif peut faire l'objet d'une analyse doctrinale. Il ordonne la mise en œuvre des moyens mis en commun par les citoyens : c'est la décision d'un organe financé par l'impôt et dont les pouvoirs sont fixés par la loi. S'agissant d'une décision de contracter, l'acte administratif peut encore engager les finances publiques pour l'avenir. La possibilité de discuter le bien-fondé d'un acte administratif est donc essentielle au titre de sa légalité, en ce que l'acte administratif vient compléter l'ordre juridique plutôt qu'il ne vient le troubler ; c'est le sens du recours pour excès de pouvoir en France, du *judicial review* au Royaume-Uni et de l'*Anfechtungsklage* allemande. L'opportunité de l'acte peut également être discutée, comme choix politique entre deux décisions légales. Ces deux approches ne sont pas exclusives, spécialement lorsque le droit soumet l'administration à des impératifs de bonne gestion des deniers publics[16].

La motivation de l'acte administratif nourrit le débat relatif à son bien-fondé. La publication ou la notification de l'acte, nécessaire à sa validité[17], informe en sus quant à son opportunité. Du simple fait qu'sait, par la motivation, si l'autorité administrative auteur d'une décision était plus ou moins contrainte quant au sens ou à la mesure de celle-ci, le champ de la contestation est borné[18]. En France, si le recours par voie d'action contre un acte individuel est voué à l'échec parce que l'autorité n'avait aucun pouvoir discrétionnaire, un recours par voie d'exception contre le règlement mis en œuvre peut être envisagé, voire une question prioritaire de constitutionnalité contre l'éventuelle loi en cause. La connaissance de la motivation d'un acte administratif est, comme la publicité de l'acte, une condition de sa bonne soumission au débat public. En ce sens, on a pu parler d'inspiration commune entre la législation relative à l'accès

[15] VwVfG Bund §41 I 1 : « *Ein Verwaltungsakt ist demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird*. »

[16] Pour l'obligation de bon usage des deniers publics, s'imposant au législateur et à toute personne publique, voir par exemple Conseil constitutionnel, 28 décembre 2006, *loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, n° 2006-545 DC, considérant n° 24.

[17] C'est au moins le cas s'agissant des décisions individuelle porteuses de sanction, au gré de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat, par exemple dans CE, 23 mars 2005, *Stilinovic*, n° 264005.

[18] L'expression allemande d' « *Ermessensreduzierung auf Null* » (réduction du pouvoir discrétionnaire à zéro) et l'expression française de « choix de l'heure » sont révélatrices en ce sens. Demeure alors discutable le cadre juridique ayant contraint la prise de décision.

aux documents administratifs et celle portant sur leur motivation obligatoire[19]. Ce lien est aujourd'hui largement admis[20]. Le guide *Le Juge par-dessus de votre épaule*, émané département des affaires juridiques du Gouvernement britannique, souligne d'ailleurs explicitement qu'en l'absence de notification obligatoire des motifs d'une décision accompagnant celle-ci, le destinataire de la décision pourrait s'appuyer sur la loi de 2000 sur la liberté de l'information pour accéder à ces informations[21].

La décision révélée par le comportement administratif est tout aussi sujette au discours et à l'analyse que les autres. Depuis la décision *Association Comité tous frères* du Conseil d'Etat, il ne fait plus de doute qu'une action, un comportement d'un agent administratif implique nécessairement une prise de décision, partant un acte administratif contrôlable[22]. Il n'en va pas différemment pour le « simple comportement administratif » allemand (*das schlichte Verwaltungshandeln*)[23]. Le degré de publicité propre au comportement administratif est d'ailleurs également mesurable. D'une part, la décision administrative est connue des personnes qui en font les frais d'une manière ou d'une autre ; d'autre part, elle est connue de toute personne témoin du comportement en cause. L'acte est révélé du même coup qu'il est mis en œuvre. Il fait l'objet d'une publicité à la fois limitée dans l'espace et dans le temps aux personnes susceptibles d'en être témoins pendant sa réalisation, puis par la suite, si ce comportement laisse des traces matérielles visibles, comme une gerbe de fleurs déposée sur une tombe ou un rond-point bâti sur un terrain privé. La jurisprudence et la doctrine ont d'ailleurs eu l'occasion de préciser les conditions de la légalité de ce comportement, pour assurer une soumission efficace de l'administration au droit, y compris dans ces cas[24].

---

[19] AJDA, 20 avril 1980, p 239-241, note Ronny ABRAHAM sous TA Versailles, 31 janvier 1980, Union locale CGT du Chesnay, p. 240 : « Deux lois récentes, la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 [...] et la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 [...] procèdent d'une même inspiration : rendre l'action administration moins secrète et plus "transparente" aux yeux des citoyens. »

[20] Voir par exemple LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *RDP* 1980, p. 1239-1269, p 1243 ; MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, Paris, Berger-Levrault, 1985, 303 p, p 23.

[21] *Government Legal Department*, guide *The judge over your shoulder – a guide to good decision making* [« Le juge dans votre dos – un guide pour la bonne prise de décision »], 5e éd., nouvelle publication de 2018, rubrique « *Notifying your decision : do you have to give reasons ?* » [« Notifier vos décisions : devez-vous motiver ? »], p. 55-58.

[22] Conseil d'Etat, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, n° 188461.

[23] Voir sur ce point MAURER (Hartmut), *Allgemeines Verwaltungsrecht* [Droit administratif général], 18e éd., Munich, C. H. Beck, 2011, XXIV-856 p., *§15 Schlichtes Verwaltungshandeln* [§15 Le simple comportement administratif], p. 423-434.

[24] Sur la motivation de la décision implicite, voir : SUR (Serge), « motivation ou non-motivation des actes administratifs ? », *AJDA* 1979-1, p. 3-7 ; LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, VIII-236 p., p 127-128.

## 2). Les documents administratifs comme traces du processus de décision administrative

Les documents administratifs non décisionnels sont une fenêtre ouverte sur les processus de la prise de décision administrative, notamment sur les « perspectives futures d'action »[25]. Les rapports, études et autres documents mentionnés en 1978 en France, dans la loi n° 78-753 du 17 juillet, permettent aux citoyens d'opposer leur connaissance et leur compréhension d'un problème social à une politique publique, en disposant des mêmes informations que l'administration. En 1978, la différence essentielle avec la situation antérieure tient à ce que les études mentionnées par la loi sont désormais accessibles au public par delà le débat parlementaire public ou l'obligation ponctuelle d'information des citoyens, par exemple les rapports annuels du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes. Les audiences devant les commissions parlementaires, le procès administratif et financier et les rapports circonstanciés sont des formes connues de rendu de compte de la part des administrateurs mais demeurent peu praticables à grande échelle. S'il est imaginable de créer un mécanisme tel que le secrétaire de mairie de la Ferté-Macé puisse être entendu publiquement devant le conseil municipal, une pratique obligatoire et régulière dans les 35 000 communes de France semble difficilement réalisable.

Le débat public relatif à une décision non arrêtée ou non exécutée est susceptible d'influer sur le contenu de la décision prise ; en conséquence, les législations française et étrangères protègent en principe la capacité de libre décision de l'administration. Ne sont accessibles que les documents relatifs à des procédures achevées[26]. Cet empêchement à la publication, à la différence de ceux appuyés sur le contenu des documents, est soumis à une limitation dans le temps spécifique : jusqu'à la prise de la décision. Au delà, la publication est possible dès lors qu'insusceptible d'influencer l'administration, soit éventuellement après l'écoulement d'un

[25] DIBOUT (Patrick), « La liberté d'accès aux documents administratifs – Commentaire du titre 1er de la loi n° 78-753 du 17-7-78 », *LRA* 1979-187, p. 23-39, p 27.

[26] En France, l'article L 311-2 alinéa 2 du Code des relations entre le public et l'administration énonce ainsi qu'en principe « le droit à communication ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration. » En Allemagne, l'article 4 de l'*Informationsfreiheitsgesetz* fédérale allemande, intitulé « protection du processus décisionnel administratif », énonce que l'accès aux brouillons d'actes, aux travaux et aux décisions immédiatement préparatoires doit être refusé dans la mesure et aussi longtemps (*soweit und solange*) que cela pourrait entraver la prise de l'acte ou la réalisation d'une mesure. En compensation, la personne ayant fait une demande rejetée sur ce fondement doit être informée de la fin de la procédure en cause. Au Royaume-Uni, les articles 35 et 36 du *Freedom of Information Act 2000*, quant à eux, protègent d'une part la formulation des politiques gouvernementales et, d'autre part, la bonne conduite des affaires publiques.

certain délai[27]. Ce rejet de l'influence extérieure, fût-elle celle du public, est justifié très simplement par Eckart Hien au nom de la légitimité électorale du gouvernement et avec lui de son administration : le système démocratique parlementaire « interdit une réelle codécision des citoyens, qui n'ont aucun mandat tiré des élections » en ce sens. Pire encore, les citoyens spécialement intéressés et actifs vis-à-vis de telle ou telle procédure administrative seraient en général des groupes d'opposants particulièrement organisés[28]. Les participants à une procédure de codécision ne seraient donc pas des quidams quelconques représentatifs de la population ; au contraire, il s'agirait en majorité de parties spécialement intéressées, dont la capacité à peser sur la décision dépendrait des moyens matériels mobilisables[29]. Dans certains cas, il a été considéré qu'une publicité précoce permettrait un enrichissement de la procédure de décision[30]. En matière environnementale et d'urbanisme, au gré des enquêtes publiques, l'information du public est en principe favorisée et perçue positivement[31]. Cette libéralité apparente permet en fait de limiter le contentieux conséquent à la prise de décision, ou à tout le moins de le préparer par l'étude des arguments opposés à celle-ci.

Une fois la décision administrative prise et éventuellement mise en œuvre, de nouveaux documents administratifs en témoignent, depuis les rapports d'activité jusqu'aux fiches de paie qui suivent les actes d'engagements d'agents publics. Cette fiche de paie est d'ailleurs accessible à tous, sauf notamment en ce qui regarde les primes, puisque celles-ci traduisent un jugement de valeur sur les agents, mettant en jeu leur vie privée. La Commission d'accès aux documents administratifs a particulièrement œuvré à cette distinction par ses avis :

> « La commission rappelle que la vie privée des fonctionnaires et agents publics doit, de manière générale, bénéficier de la même protection que celle des autres citoyens. Elle admet toutefois que les fonctions et le statut de ces personnels justifient que certaines informations les concernant puissent être communiquées. Il en est ainsi, notamment, de la qualité d'agent public, de l'adresse administrative, des arrêtés de

[27] Cette défense a pu être justifiée par ce que « l'administration doit pouvoir travailler dans le calme et la sérénité et donc modifier ses projets, les abandonner sans devoir en rendre compte à tout moment au public », *in* LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p 114.

[28] HIEN (Eckart), « Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung » [Participation citoyenne dans le domaine tendu de la séparation des pouvoirs], *DVBl* 2014-8, p. 495-498, p. 497.

[29] Rassemblements de militants, pétitions, pamphlets, prises de contact avec les élus sont autant d'actions tenant moins au caractère majoritaire ou non d'une opinion qu'à la capacité de mobilisation, pour ne pas dire de nuisance, de tel ou tel groupe de pression.

[30] En faveur d'une publicité accrue des documents préparatoires, Coll., (la Ligue des droits de l'homme), *La Liberté de l'information en France*, Paris, co-édition Les Editions ouvrières et Etudes et Documentation internationales, 1990, 122 p., p 68.

[31] LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p 161.

nomination et, s'agissant de la rémunération, des composantes fixes de celle-ci : grade et échelon, indice de traitement, nouvelle bonification indiciaire (NBI), indemnités de sujétion.

« En revanche, les mentions intéressant la vie privée des agents (date de naissance, adresse personnelle, adresse électronique professionnelle individuelle, situation familiale, numéro de sécurité sociale, dates de congés…) ou révélant une appréciation portée sur eux (éléments de rémunération qui sont fonction de la situation personnelle ou familiale ou de l'appréciation portée sur la façon de servir) ne sont pas communicables à des tiers en application du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978. »[32]

Le même régime est applicable aux bulletins de pensions (avis n° 20110219 du 6 janvier 2011) et aux contrats de travail (avis n° 20133707 du 10 octobre 2013). Relativement à des groupes de personnes, la publication d'une liste d'employés handicapés d'une commune est refusée (avis n° 19900254 du 8 février 1990), de même que celle d'une liste d'étudiants regroupant les étudiants étrangers, et spécialement par nationalité (avis n° 19952475, du 12 octobre 1995). Au contraire, la liste d'agents ayant bénéficié récemment d'un congé de formation est librement accessible, mais pas celle des agents ayant bénéficié d'un congé de maternité ou d'un congé parental (avis n° 20013162 du 27 septembre 2001).

## B. Le présupposé politique d'une amélioration de l'efficacité du service public par le regard porté sur lui

L'affirmation selon laquelle la capacité de décision de l'administration serait protégée par le secret a été régulièrement combattue. En France, par exemple, le second rapport de Baecque, aux sources de la loi du 17 juillet 1978 en France, affirmait qu'il est « permis de douter d'une indépendance d'esprit ou d'une liberté de parole qui ne rayonne que dans le secret des bureaux » [33]. Lors de la publication de ce rapport, l'argument relatif à la protection de la capacité d'action de l'administration par le secret avait déjà été abandonné depuis longtemps s'agissant des

[32] CADA, 24 juillet 2014, avis n° 20142523.

[33] Rapporté par DIBOUT (Patrick), « La liberté d'accès aux documents administratifs – Commentaire du titre 1er de la loi n° 78-753 du 17-7-78 », *LRA* 1979-187, p. 23-39, p. 23.

communes[34]. L'article 54 de la loi municipale de 1884 organisait ainsi la publicité des conseil municipaux et son article 58 la possibilité d'accéder aux principaux documents communaux :

> Article 54 : « Les séances des conseils municipaux sont publiques. Néanmoins, sur la demande de trois membres ou du maire, le conseil municipal, par assis et levé, sans débats, décide s'il se formera en comité secret »[35].
>
> Article 58 : « Tout habitant ou contribuable a le droit de demander communication, sans déplacement, de prendre copie totale ou partielle des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune, des arrêtés municipaux. Chacun peut les publier sous sa responsabilité »[36].

Le contrôle de l'activité administrative permet deux choses : dans un premier temps assurer l'efficacité maximale d'un choix politique, c'est le présupposé selon lequel l'efficacité du service est renforcée par son contrôle (1). Dans un second temps, au regard des résultats obtenus par une politique réalisée à son maximum, le contrôle permettrait une meilleure orientation des politiques publiques. Le choix des politiques publiques serait lui-même fondé sur le contrôle des services (2), y compris le choix électoral, fondement de la légitimité de l'action administrative (3).

---

[34] La référence historique à la publicité des actes des communes est fréquente, les présentant comme un terrain d'expérimentation du droit administratif. Relativement à l'accès aux documents des communes, on peut citer : MAILS (Herbert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 831-843, p. 833 ; MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p. 252-253.

[35] FAIVRE (Albert), *La Loi municipale du 5 avril 1884 [...]*, 7e éd., Derveaux (Petite bibliothèque populaire), Paris, 1886, 80-12 p, p. 25 ; commentaire du même : « la publicité des séances constitue la plus grande innovation et le plus grand progrès réalisé par la nouvelle loi : désormais chacun pourra assister aux séances et les citoyens pourront s'assurer eux-mêmes de la façon dont leurs mandataires s'acquittent de la mission qu'ils ont reçue de gérer les affaires communales. »

[36] *Idem*, p. 26, au commentaire, que cette disposition reprend l'article 22 de la loi de 1855. Néanmoins, la loi de 1855 ne mentionnait que l'accès aux délibérations du conseil municipal ; d'après TAILLEFER (J.-B.-L.), *Commentaire de la loi du 5 mai 1855 [...] sur l'organisation municipale*, Durand & Pédone, Paris, 1868, XVII-538 p.

## 1). L'efficacité du service renforcée par son contrôle

L'activité des agents administratifs est traditionnellement soumise à des contrôles, au premier rang desquels le contrôle hiérarchique et le contrôle de légalité, mais encore le contrôle budgétaire. Le premier objet du contrôle est l'efficacité d'une activité. En soumettant l'administration à diverses critiques, pour une mission correspondant à un choix politique donné, le contrôle vise à assurer l'efficacité maximale de cette politique, par exemple la bonne gestion des logements de fonction des agents du ministère de l'Intérieur[37]. En cela, le contrôle interne à l'administration et les contrôles externes à celle-ci ont en commun de viser l'efficacité et le maintien dans la légalité. C'est néanmoins une affirmation politique et non juridique que d'affirmer que l'accès à davantage d'informations implique un plus grand contrôle, et que ce plus grand contrôle assure une meilleure efficacité du service.

L'administration est habituellement soumise à des contrôles afin de pleine réalisation des politiques publiques (a). C'est néanmoins une affirmation politique que de présupposer l'amélioration du service par le contrôle (b).

### a). Une administration habituellement soumise à des contrôles afin de pleine réalisation des politiques publiques

Le contrôle interne à l'administration est une forme de rendu de compte de l'action administrative. C'est néanmoins la plus désincarnée car elle s'insère dans une chaîne complexe de responsabilité interne à l'administration, soit qu'elle n'ait affaire qu'indirectement et potentiellement au contrôle juridictionnel[38], soit qu'elle ait part à la *Legitimationskette* allemande, c'est-à-dire la chaîne de légitimation qui ramène au peuple toute institution publique, du parlementaire au secrétaire de mairie. Tout agent public est ainsi *in fine* responsable hiérarchiquement devant son ministre, qui l'est pour sa part devant le Parlement, rendant lui-même des comptes au peuple par l'élection. Pour un observateur non averti, il peut sembler paradoxal qu'un service administratif en contrôle un autre. Au sein d'un service administratif, le contrôle

[37] Ainsi le référé relatif à la gestion des logements de fonction du ministère de l'intérieur, adressé le 14 avril 2016 par le Premier président de la Cour des comptes au ministre de l'Intérieur, n° S 2016-0954.

[38] L'article 43 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier soumet les organismes bénéficiant de taxes parafiscales, de prélèvements légalement obligatoires, de subventions ou d'autres concours financiers publics au contrôle de l'inspection générale des finances. Cet article ne prévoit de saisine du procureur de la République qu'en cas d'obstacle fait au contrôle, saisine laissée à la discrétion du ministre chargé de l'économie et des finances.

hiérarchique n'épuise ainsi pas la notion de contrôle interne. L'inspection générale des finances, l'inspection générale de l'administration et le contrôle général des armées sont parmi les corps les plus connus en ce domaine. Pour l'agent administratif contrôlé, un agent d'un autre service porte déjà un regard extérieur sur son activité ; pour le grand public, la soumission de tel ou tel service ministériel à un contrôle de l'Inspection générale des finances reste une forme d'auto-contrôle.

Le contrôle de légalité exercé par le juge administratif dans l'hypothèse d'une politique publique déterminée est également étranger à la question de savoir si cette politique publique est souhaitable. Le juge administratif se cantonne à la question de savoir si une autorité administrative a bien respecté le droit qui lui est applicable. A première vue, une opinion sur l'opportunité d'un acte administratif est étrangère à la question de la légalité. Néanmoins, la loi peut contraindre matériellement l'autorité administrative, de telle sorte que celle-ci n'est plus libre du moyen à choisir pour atteindre un objectif, comme la sauvegarde de l'ordre public. En France, on parle alors de « choix de l'heure », en Allemagne de « réduction à zéro du pouvoir discrétionnaire » (*die Ermessensreduzierung auf Null*). Le contrôle de proportionnalité des mesures de police administrative en est l'exemple le plus net, aussi bien en France[39] qu'en Allemagne[40]. Le contrôle de légalité tend alors au contrôle d'opportunité.

La distinction entre contrôle de légalité et d'opportunité est spécialement discutable s'agissant des contrôles de gestion réalisés par la Cour des comptes française. Dans son référé du 14 avril 2016, transmis au ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve, la Cour des comptes met ainsi en avant aussi bien des coûts accrus de la gestion des logements de fonction, malgré la diminution de leur nombre, que des inégalités de traitement et des omissions de facturation et de déclaration[41]. Le contrôle financier, parce qu'il recherche une *bonne* gestion, spécialement lorsqu'il est accompagné de recommandations, semble ne plus être en premier lieu un contrôle de légalité.

---

[39] Voir, à titre d'exemple topique, Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413.

[40] Les « clauses générales du droit de la police » existant en Allemagne et prévoyant une compétence limitée à la prise de mesures *nécessaires et proportionnées* sont les héritières de la partie 17 article 10 du code de droit général pour les Etats prussiens de 1794, qui énonçait que : « *die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey* » (« l'office de la police est de prendre les mesures nécessaires pour le maintien de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, ainsi que la protection du public ou des membres individuels de celui-ci contre le danger se dressant devant lui »). Ainsi l'article 1er de la loi berlinoise pour la protection de la sécurité et de l'ordre publics à Berlin (*Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz – ASOG*) du 11 octobre 2006 comporte des dispositions modernisées mais largement semblables.

[41] Cour des comptes, référé du 14 avril 2016, n° S 2016-0954.

### b). Le caractère politique du présupposé de l'amélioration du service par le contrôle

Le droit de l'accès aux documents administratifs, comme droit, est étranger aux motivations qui ont conduit à le créer. Ainsi, quand bien même ses promoteurs ont-ils pu argumenter que ce droit favoriserait l'amélioration du service public par son contrôle, il est nécessaire de distinguer cet argument politique de la réalité juridique d'une part, et de ses effets concrets en matière d'efficacité d'autre part. Le droit d'accès est un outil juridique qui permet l'accès par toute personne aux documents administratifs. Ce droit est indifférent au contrôle qu'il rend matériellement possible ; il vise à permettre une bonne information des personnes, sans considération de l'usage fait de ces informations. Affirmer que le contrôle permet l'amélioration de l'efficacité administrative est une affirmation non juridique, et politique en ce qu'elle préside à l'adoption du droit.

Alain-Louis Mie se place ainsi hors du droit lorsqu'il affirme que « l'information est le plus sûr garant du bon fonctionnement de l'Administration. Ainsi, un véritable contrôle devrait s'instaurer qui serait exercé par les usagers des services. Reconnaître le libre accès du public aux documents administratifs, c'est déjà accepter l'exercice de ce contrôle » [42]. Le droit d'adjoindre des remarques aux documents administratifs contenant des informations personnelles, né avec la loi du 6 janvier 1978 avait déjà pu être considéré comme un contrôle de l'exactitude des documents[43]. Cette « sorte de contradiction », comme elle a pu être appelée[44], est caractéristique du présupposé politique favorable à la publicité des informations, actuellement en vogue. L'administré a un droit de regard, de remarque, de correction éventuellement mais pas plus. Ce droit est celui, pour la France, qui a ouvert la période récente du droit des relations entre les personnes publiques et les administrés.

## 2). Un choix des politiques publiques fondé lui-même sur le contrôle des services

Le contrôle du fonctionnement des administrations peut viser à l'efficacité maximale d'une politique donnée ; le contrôle peut également avoir pour finalité de réorienter le service

[42] MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p 235.
[43] Article 37 de la loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
[44] LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p. 118.

si, à son efficacité maximale, il n'est pas satisfaisant pour l'autorité déterminant ses objectifs, spécialement pour le législateur. Il s'agit alors non plus d'obtenir le meilleur effet d'un choix politique mais bien d'en réaliser un autre. La principale forme de ce contrôle est le contrôle parlementaire.

Au-delà du vote de la loi, le Parlement français « contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques »[45]. En Allemagne, si la Loi fondamentale n'énonce pas de mission générale de ce type, les pouvoirs de contrôle du Bundestag sur le Gouvernement sont évoqués aux titres III et VI du texte, relatifs à ces deux organes[46]. Ce contrôle peut porter aussi bien sur la pure orientation politique du gouvernement que sur l'efficacité de ses politiques, auquel cas le contrôle du bon usage des deniers publics est essentiel. Ce contrôle parlementaire est une forme traditionnelle du contrôle exercé sur l'administration, qui a nourri la réflexion relative à l'accès aux documents administratifs[47]. Le Parlement détient des droits spécifiques de contrôle de l'administration ; en principe, les parlementaires les exercent librement et notamment par les visites sur place de tout service administratif. En France, la visite inopinée de vingt-six établissements pénitentiaires, depuis Fresnes jusqu'aux Beaumettes, le lundi 6 novembre 2017, par les membres de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, a été une forme d'exercice de ce droit. Certains domaines sont néanmoins soumis à régime particulier : c'est le cas de la Défense, de telle sorte que seuls les membres habilités des Commissions parlementaires compétentes exercent les droits du Parlement dans ce domaine. Pour l'exercice de ce contrôle, l'information et l'accès aux documents sont essentiels aux parlementaires mais peut être limité, à l'exemple du domaine de la défense nationale. C'est alors toute la place du contrôle parlementaire comme mode du contrôle des citoyens sur leurs gouvernants qui est en jeu : l'étendue du contrôle parlementaire des services secrets et l'accès aux décisions d'autorisation d'exportations d'armes par le gouvernement sont ainsi particulièrement discutés en Allemagne[48].

Le contrôle parlementaire financier est spécialement porteur d'ambiguïté pour la frontière entre contrôle financier de légalité et contrôle financier politique. Les commissions des finances des assemblées parlementaires s'appuient ainsi pour leurs propres travaux sur ceux de la Cour des comptes, et font référence au même critère de bonne gestion des deniers publics. La différence tient à ce que les parlementaires sont, au contraire de la Cour, susceptibles de modifier l'orientation des dépenses publiques. Cette différence s'exprime donc moins lors du contrôle

[45] Article 24 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958.
[46] Respectivement articles 38-49 et 62-69 de la Loi fondamentale.
[47] MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p 244.
[48] WARG (Gunter), « Die Grenzen parlamentarischer Kontrolle am Beispiel des Staatswohls » [Les frontières du contrôle parlementaire à l'exemple du bien de l'Etat], *NVwZ* 2014-19, p. 1263-1269.

en lui-même, dont les outils sont communs à tous les contrôleurs, que par la suite, lors des débats relatifs au budget suivant.

### 3). Le choix électoral, fondement de la légitimité de l'action administrative

La philosophie politique du gouvernement représentatif place à sa base le peuple de l'Etat, en tant que tout pouvoir est censé découler de lui, comme le résume l'article 20 de la Loi fondamentale allemande[49]. Cette philosophie regorge de formules mettant en avant cette fiction d'un peuple comme pouvoir original, auquel tous les organes politiques créés par lui devraient rendre compte[50]. Ainsi, pour Condorcet, « le droit naturel exige que tout homme qui emploie contre les membres de la Société les forces qu'elle lui a confiées lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé »[51]. Dans son cas, c'est le droit naturel qui lie légitimité démocratique et légalité.

La publicité des débats parlementaires et des audiences juridictionnelles est un élément juridique de cette philosophie aussi bien en France qu'en Allemagne et au Royaume-Uni. Dans cette optique, le Parlement est considéré comme un relai entre l'exécutif et le citoyen[52]. Ce contrôle médiatisé est pourtant incertain et potentiel : le suivi des débats parlementaires est rarement une préoccupation majeure des citoyens. L'interdiction du mandat impératif par l'article 27 alinéa premier de la constitution française borne d'ailleurs toute réflexion dans cette direction. Néanmoins, les citoyens sont à la source de l'orientation des politiques publiques dans leur ensemble par le vote et la mise en place d'assemblées délibérantes nationales ou locales. Ce pouvoir de décision, aussi vague soit-il, suppose pour les citoyens la capacité d'effectuer un choix éclairé. Ce choix peut être un choix pour l'avenir par l'élection d'un représentant, tout comme un choix en forme de sanction des actions passées, en refusant de réélire une personne. L'information permet alors de mettre en œuvre la responsabilité politique des agents publics[53].

---

[49] Article 20 II LF : « Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ».

[50] A défaut de mécanisme de responsabilité correspondant introduit dans l'ordonnancement juridique, cette fiction est dénuée de conséquence en droit.

[51] CONDORCET, « Réflexions d'un citoyen non gradué, sur un procès bien connu », *Œuvres complètes*, 1804, tome XI, p. 214, cité par LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *op. cit.*, p 1239.

[52] Pour un exemple récent en ce sens : LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p 41.

[53] Par exemple en ce sens, COGLIANDRO (Giuseppe), « Responsabilité et transparence dans la fonction publique », *REDP* 2010-2, p. 331-345.

La décision électorale éclairée du citoyen a été longuement laissée de côté par le droit public. Il n'existe pas de garde-fou juridique spécifique qui soit susceptible de garantir la sincérité et l'exactitude du débat public lors d'une campagne électorale : de fait, c'est la contradiction apportée par l'opposition politique et, dans une certaine mesure, par la presse, qui doit éclairer le choix des citoyens. Seul le droit commun trouve à s'appliquer, pour interdire aussi bien la diffamation que la diffusion de fausse nouvelle troublant la paix publique[54]. *A contrario*, le droit français des contrats est directement construit sur l'axiome du consentement éclairé, qui assure la liberté de fixer le contenu d'un contrat et la protection contre l'erreur et le dol. Un observateur pourrait ainsi affirmer que le droit des contrats français transcrit plus fidèlement les idées de consentement éclairé et de respect de la parole donnée que ne le fait le droit électoral. Ainsi jusqu'à la seconde moitié du vingtième siècle, seules les formes traditionnelles de l'information publique existent. C'est ainsi qu'il a fallu, au moins en apparence, que les législations nationales mettent en place des droits spécifiques pour étendre le champ des informations disponibles pour les citoyens dans leurs rapports avec les personnes publiques : en France en 1978, au Royaume-Uni en 2000, en Allemagne en 2005[55].

La bonne information des citoyens sur l'état des affaires publiques ne se limite pas à l'accès aux documents administratifs mais elle en est une part essentielle puisque ceux-ci sont l'exposé brut de l'action administrative. Pour les citoyens, cette information est la condition de l'exercice de droits et libertés.

## C. L'information publique, condition de l'exercice de droits et libertés

L'accès aux informations détenues par les agents publics conditionne très pratiquement l'exercice des voies de recours contre une décision administrative mais elle est également essentielle à la relation entre citoyens-électeurs et agents publics, par le vote et par la conduite de leurs comportements.

L'information administrative influe sur l'exercice des droits et libertés aussi bien lors d'un procès administratif (1) qu'en dehors de tout contentieux (2).

[54] Loi du 25 juillet 1881 (France), articles 27 (fausse nouvelle) et 29 (diffamation).

[55] Respectivement : En France, loi n° 78-753, du 17 juillet 1978 ; en Allemagne, loi sur la règlementation de l'accès aux informations du *Bund*, du 5 septembre 2005, dite loi sur la liberté de l'information ; au Royaume-Uni, loi sur la liberté de l'information de 2000, du 30 novembre 2000.

## 1). L'influence de l'information du public devant le juge administratif

Le contentieux administratif est appuyé sur la relation d'information existant entre les administrés et les agents administratifs qui leur font face. Dans cette relation, l'accès aux documents est un prérequis au contentieux. Ainsi la contestation d'un acte administratif par une personne n'est possible que si celle-ci a connaissance de son existence. L'information relative aux actes administratifs est également inséparable de leur motivation. L'acte est l'objet du contentieux, y compris s'agissant du refus d'accès à un document purement informatif, et sa motivation tient lieu de « pourquoi » au litige[56]. L'accès aux documents administratifs, y compris après la loi du 17 juillet 1978 et ses évolutions ultérieures en France, est nécessaire dans certains cas pour fixer le champ d'un litige de droit administratif. Un document administratif informatif peut être un élément de preuve dans le contentieux relatif à un acte administratif. Le contentieux de l'accès aux documents parlementaires est resté spécifique en raison de l'exclusion des documents détenus par les assemblées parlementaires du régime général de l'accès aux documents administratifs. Notamment, les litiges opposant les assemblées parlementaires et leurs employés sont sujets à de telles difficultés[57].

En matière environnementale, le débat relatif à la légalité des déclarations d'utilité publique se double régulièrement d'un débat quant à leur opportunité politique. Que sa généralisation par la loi aux décisions individuelles défavorables date de 1979[58] n'altère en rien cette constatation, largement partagée. Avant même la prise d'une décision, la publicité de la motivation fait baisser le nombre de recours[59] ; devant la juridiction elle permet d'orienter les débats.

[56] Sur le lien étroit entre accès aux documents administratifs et motivation des actes administratifs, voir MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p 271-272. Pour un lien étendu à la question de l'accessibilité des formulaires et procédures administratives, le même, p 77.

[57] Pour un exemple type : FORTIER (Jean-Claude), « le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires », *AJDA* 1981, p. 128-135.

[58] Loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; JORF, 12 juillet 1979, p. 1711.

[59] LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p. 121, 124-125, p. 203-204.

### 2). L'influence de l'information du public en dehors de tout contentieux

L'utilisation de l'information administrative permet aux citoyens d'orienter leurs comportements en dehors de tout contentieux ou pour éviter la naissance d'un litige. L'information relative aux grands projets immobiliers et aux hésitations liées, comme le choix entre l'implantation d'un aéroport à Notre-Dame-des-Landes et l'agrandissement de l'aéroport de Nantes-Atlantique, a pu permettre à des personnes de n'investir dans un logement à proximité ni d'un site ni de l'autre. Cet évitement est susceptible de ne pas accroître le nombre de personnes intéressées au contentieux des autorisations d'implantation. Il s'agit pour les citoyens de s'appuyer sur les informations détenues par les personnes publiques pour éviter un risque administratif.

L'accès aux informations environnementales détenues par les personnes publiques permet également aux citoyens de tenir compte des risques naturels. Le service « géorisques » du ministère de l'Environnement permet ainsi l'information en amont d'une installation dans une commune, notamment en matière de risques d'inondation[60]. Une telle plateforme accessible par internet complète l'information obligatoire des acheteurs et des locataires potentiels en matière de risques naturels et technologiques, information soumise à un arrêté préfectoral déterminant la liste des communes concernées[61].

## D. L'information publique, ressource pour l'activité économique privée

Les citoyens, saisis dans leurs relations avec les personnes publiques en tant qu'administrés, ne sont pas les seules personnes reconnues par le droit. Physiques ou morales, les personnes privées exploitent habituellement les informations publiques dans le but d'un bénéfice économique. La connaissance des lieux d'implantation des gares du super-métropolitain permet ainsi la spéculation – sous réserve de l'achèvement des travaux dans les délais prévus. Une difficulté demeure néanmoins quant à la frontière distinguant les informations publiques des informations privées. Le service public, la recherche de l'intérêt général ne bornent pas l'activité des personnes publiques, comme il a été clairement établi en France depuis la décision du Tribunal des conflits *Société commerciale de l'Ouest africain* en 1921. La nature des informations relatives

[60] Accessible sur le site internet « georisques.gouv.fr »
[61] Information prévue aux articles L 125-5 du code de l'environnement et R 125-23 à -27 du même code.

aux activités d'une personne publique se comportant comme un entrepreneur ordinaire est discutable, dès lors que ces informations sont également susceptibles de nourrir l'activité privée.

Les personnes privées exploitent habituellement des informations publiques pour leur profit économique (1), ce qui met en exergue la question de la frontière de l'action publique, caractérisée par la personne publique se comportant comme un entrepreneur ordinaire (2).

## 1). L'exploitation économique habituelle des informations publiques par les personnes privées

La réutilisation par les personnes privées des informations détenues par les administrations publiques est susceptible de prendre de nombreuses formes. A titre d'activité privée et non commerciale, on peut penser aux personnes qui profitent de la publicité et de la numérisation croissante des registres d'état civil pour effectuer des recherches généalogiques. A titre bien plus commercial, un laboratoire pharmaceutique est une entité particulièrement intéressée par les données épidémiologiques, spécialement la prévalence de telle ou telle maladie dans la population d'un pays, pour connaître la rentabilité de la recherche en matière de médicaments.

La personne privée réalisant une mission de service public est un cas particulier de personne publique au sens du droit administratif français. Cette personne privée est supposée soumise aux mêmes règles qu'une personne publique qui remplirait cette mission. Les informations récoltées dans le cadre de son activité de service public doivent être publiées comme si celle-ci avait été menée en régie par la personne publique[62]. Toute personne doit donc pouvoir exploiter les informations que le délégataire détient au titre de sa participation au service public. Pourtant, tout délégataire de service public qu'il soit, l'entrepreneur privé cherche à protéger sa rentabilité. Le secret industriel et commercial s'oppose alors directement à la publicité des informations relatives à la mise en œuvre du service ou à la réalisation du marché public, pour peu qu'une technique spécifique à l'entreprise soit employée[63]. Les entreprises concurrentes, non soumises au même régime de publicité, pourraient obtenir un savoir précieux quant aux techniques et procédés du délégataire et se trouver favorisées dans la lutte pour d'autres contrats publics ou de façon plus générale sur d'autres marchés. Au Royaume-Uni, l'externalisation de

[62] Sur le caractère administratif des documents produits lors de la gestion d'une activité de service public : *AJDA*, 20 février 1982, p. 94-98, décisions et notes, Daniel CHABAN, note sous TA Lyon, 30 avril 1981, sept espèces.

[63] Sur l'opposition entre les consommateurs et les industriels en matière de secret industriel et commercial, Collectif (la Ligue des droits de l'homme), *La Liberté de l'information en France*, *op. cit.*, p. 69.

nombreuses activités auparavant réalisées par des personnes publiques a ainsi été critiquée pour avoir amené à réduire le champ des informations accessibles sur le fondement du *Freedom of Information Act 2000*, y compris si les personnes privées chargées de service public y sont en principe soumises[64].

Les simples citoyens sont susceptibles de faire un usage économique des informations détenues par les personnes publiques. Les informations environnementales évoquées plus haut, par exemple, peuvent influer sur les décisions d'investir ou non dans un bien immobilier ou de s'installer dans telle ou telle commune. L'accumulation de telles décisions individuelles est susceptible de modifier le marché immobilier local. L'information peut également influer sur des achats de service très courants : la publication de résultats de contrôles sanitaires dans le domaine de la restauration a ainsi été largement discutée en Allemagne. Cette information, favorable aux consommateurs, a pu être considérée comme potentiellement dangereuse pour les restaurateurs, dès lors qu'un mauvais résultat, possiblement surinterprété par des non-experts, pourrait faire fuir les clients potentiels[65]. La mise à disposition des informations traduit alors une faveur donnée au droit des consommateurs contre celui des restaurateurs.

### 2). La frontière de l'action publique : la personne publique se comportant comme un entrepreneur ordinaire

L'existence d'une entreprise publique non monopolistique, se comportant donc comme un entrepreneur ordinaire au sens du Tribunal des conflits, implique de revenir sur la définition opérationnelle donnée de l'agent public. Le droit des sociétés, sous l'influence du droit de l'Union européenne, considère que de telles sociétés doivent être traitées comme des opérateurs économiques pleinement privés. Lorsque ces entreprises appartiennent à des personnes publiques, se pose alors la question de savoir si elles agissent « pour le compte » de ces personnes[66]. Dans l'affirmative, ces entreprises sont également des personnes publiques et leurs

[64] Pour une critique de cet effet du secret industriel et commercial au Royaume-Uni, voir DAVIES (Anne), « Beyond Public Management : Problems of Accountability in the Modern Administrative State » [Au delà de la gestion publique : problèmes de la responsabilité dans l'Etat administratif moderne], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 333-353.

[65] A ce sujet notamment : WOLLENSCHLÄGER (Ferdinand), « *Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel der novellierten Informationsbefugnis im Lebensmittelrecht (§40 LFGB)* » [Une protection des droits efficace lors des mesures publiques d'informations à l'exemple de la faculté renouvelée d'information en droit de l'alimentation (§40 LFGB)], *DÖV* 2013-1, p. 7-17.

[66] L'agent public a été défini plus haut comme « tout individu agissant pour le compte d'une personne publique. »

agents des agents publics : ces entreprises devraient donc être soumises au régime de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Si, au contraire, il est estimé que le lien financier (pourtant, donc, de direction) ne permet pas de qualifier ces entreprises de personnes publiques, alors elles sont soumises au droit privé de l'information. Pour la présente étude, de telles entreprises sont effectivement des personnes publiques, quoi que le droit positif s'y oppose[67].

Depuis la fin des années 1980, les privatisations massives d'entreprises publiques puis le démantèlement des monopoles nationaux en matière d'énergie et de transport ont amené à réduire grandement le nombre des entreprises publiques[68]. En matière d'information, les changements de statuts ont donné lieu à un contentieux des listes d'usagers tenues par les anciennes régies. Des utilisations irrégulières de ces informations ont eu lieu, amenant récemment encore à des condamnations, notamment d'Engie (ex-Gaz de France) en 2017[69]. Malgré la fin progressive des monopoles de droit au sein de l'Union européenne, des monopoles de fait se maintiennent et la qualification des entreprises qui les détiennent est délicate. L'identification d'un monopole de fait implique constitutionnellement en France, en principe, la nationalisation et partant la soumission au régime de l'accès aux documents administratifs. La question des sociétés d'autoroute a ainsi été posée et, si le Conseil d'Etat a refusé d'identifier un monopole de fait correspondant aux conditions posées par le Préambule de la Constitution de 1946[70], sa décision n'était pourtant rien moins qu'évidente. Les débats de 2018 et du début 2019 relatifs à la privatisation des sociétés d'aéroports, spécialement Aéroports de Paris, relèvent également de cette question.

Même en l'absence de monopole, les informations détenues par des entreprises privées à capital public appartiennent à une personne publique[71]. En théorie, la direction d'une telle entreprise pourrait choisir de, ou être contrainte à, publier la totalité des informations la concernant elle et ses activités, même au risque de favoriser la concurrence privée ou publique. Ce problème a été très étudié en Allemagne, sur la base d'une forte culture d'activités communales menées sous divers statuts, dont celui d'entreprises privées détenues par les communes. Les

---

[67] S'agissant des entreprises monopolistiques, le droit s'appuie sur une telle approche au gré du Préambule de 1946, mais la loi et la jurisprudence administrative existantes ne sont pas conformes à cette exigence.

[68] Entre 1985 et 2013, le poids du secteur public dans l'économie est passé de 20 % à 5,5 % du nombre des salariés et de 25 % à 6 % de la valeur ajoutée annuelle ; selon l'INSEE, Tableaux de l'Economie française, édition 2016.

[69] Autorité de la concurrence, décision n° 17-D-06, 21 mars 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques.

[70] Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, *Bayrou*, n° 290716.

[71] Représentant des réflexions dans ce domaine, LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, notamment sur ce que la CADA a été tentée de suivre la notion d'agent public pour déterminer le statut des documents produits, p. 81-83.

droits détenus par les membres du conseil municipal n'appartenant pas à la majorité ont ainsi été étudiés, quand bien même le maire est le seul organe de la commune chargé de la direction de l'entreprise[72]. Pour ainsi dire, le domaine privé d'une collectivité publique n'est pas exactement privé et, dans cette direction, des évolutions sont possibles, y compris vers des formes de direction appartenant non au maire mais au conseil municipal, ou encore une approbation des comptes par les personnes inscrites sur les listes électorales de la commune, agissant à la manière d'une assemblée d'actionnaires. Selon une philosophie comparable à celle du gouvernement représentatif, il est considéré que l'accès à ces informations pourrait être limité à certains organes spécialement habilités et représentant l'entièreté des habitants de la commune : le secret de la défense nationale n'est pas organisé différemment.

[72] Pour une présentation de l'état de la réflexion en la matière, voir BURGI (Martin), « Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen ? » [Une publicité des séances du conseil municipal relatives aux affaires des sociétés communales ?], *NVwZ* 2014-10, p. 609-615.

## II. ETAT DE LA RECHERCHE AU SEIN DU CHAMP DE COMPARAISON

Les outils du droit comparé permettent une mise en perspective de l'étude du droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics.

Au sein du champ de comparaison choisi, incluant l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni (A), l'état de la recherche justifie la présente étude (B).

### A. Présentation du champ de comparaison : Allemagne, France, Royaume-Uni

L'étude du droit constitutionnel de l'accès aux informations détenues par les agents publics est celle de la contrainte pesant sur le législateur au moment d'adopter une législation relative aux relations entre le public et les administrations. Le droit constitutionnel peut interdire, rendre obligatoire ou permettre au législateur d'établir la communicabilité par défaut de ces informations[73]. C'est le droit à l'accès, supposant une obligation pesant sur le législateur de permettre un accès général aux documents administratifs, qui intéresse la présente étude. A cette fin, la mise en rapport des droits français, allemand et britannique est spécialement pertinente.

Le droit français est l'exemple-type de droit continental écrit d'un Etat unitaire, du moins selon une certaine vision traditionnelle, remise en cause par l'évolution du droit constitutionnel des collectivités locales au cours des trente dernières années. Cette tradition est en outre relativisée du fait de l'existence d'un droit administratif jurisprudentiel très développé, mais encore d'une codification très incomplète. La hiérarchie des normes française permet néanmoins de poser clairement la question de la conformité entre la loi et le droit constitutionnel formel, ramené à l'expression « bloc de constitutionnalité »[74].

---

[73] Les trois statuts déontiques que sont l'obligation, l'interdiction ou la permission d'un comportement sont spécialement analysés par Hans Kelsen, dans sa *Théorie générale des normes*, chapitre 25.

[74] L'expression renvoie à l'école d'Aix-en-Provence, dans la continuité de Louis Favoreu, qui a popularisé la formule : FAVOREU (Louis), « Le principe de constitutionnalité », *in* WALINE (Marcel) (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, Paris, 1975, X-476 p., p. 33-48. Auparavant, l'expression était déjà apparue sous la plume de Claude Emeri, *in* EMERI (Claude) et SEURIN (Jean-Louis), chronique constitutionnelle et parlementaire française, *RDP* 1970-3 (mai-juin 1970), p. 637-686.

Le droit de la Fédération allemande présente une architecture juridique continentale semblable à la française, en ce que les objets juridiques « droit constitutionnel » et « lois » sont clairement identifiables et liés entre eux par une relation de conformité, garantie par une cour constitutionnelle, le *Bundesverfassungsgericht* sis à Karlsruhe.

Le Royaume-Uni se distingue du droit continental observable en France et en Allemagne par la souveraineté de son Parlement et l'absence conséquente de distinction entre droit constitutionnel et droit législatif au sens de la hiérarchie des normes. Au sein du droit britannique, le *Freedom of Information Act 2000* semble ainsi être l'alpha et l'oméga du droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Ce n'est pas nécessairement le cas, parce que la survivance d'une prérogative royale en la matière ne saurait être exclue, mais encore parce que certains auteurs et juges britanniques estiment encore que les *Acts of Parliament* britanniques restent soumis à une forme de *common law*. Deux clarifications sur ces points sont nécessaires avant de pouvoir étudier comment le législateur-constituant britannique s'est penché, avec un degré de précision comparable à celui des législateurs continentaux, sur le problème de l'accès aux informations détenues par les agents publics.

En comparant ces trois ordres juridiques, il sera possible d'y déterminer le statut déontique[75] constitutionnel de l'accès aux informations détenues par les agents publics et, au passage, de mettre en avant les spécificités locales des mécaniques juridiques en cause. C'est cette étude, celle de la portée des dispositions constitutionnelles relatives à l'accès aux informations détenues par les agents publics, trop délaissée, que se propose de mener la présente thèse.

## B. Etat de la recherche

En France et en Allemagne, comme aux Etats-Unis en 1968, c'est le législateur qui est intervenu pour ouvrir l'accès aux documents administratifs. En conséquence le droit constitutionnel s'impose à ces textes. En France et en Allemagne, il a été considéré que ces textes ne reposaient sur aucune base constitutionnelle, qu'ils étaient une pure création du législateur[76]. Ces lois, pour être constitutionnelles, devaient donc respecter et ne porter que des atteintes strictement proportionnées aux droits au respect de la vie privée et au secret industriel et commercial, connus sous des noms assez semblables des deux côtés du Rhin. En conséquence, de

[75] Interdiction, obligation ou habilitation à décider.

[76] Denis Piveteau affirme ainsi que « ce droit d'accès [aux documents administratifs] est né des mains du législateur », conclusions sous Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *Ullmann*, n° 228830.

plus, un contrôle de constitutionnalité exercé sur ces lois n'aurait pu constater qu'une violation de la constitution dans le sens d'une trop grande ouverture au public, par exemple, de l'accès aux documents administratifs. La question de la constitutionnalité des lois nouvelles a été posée et se pose toujours en doctrine, spécialement si l'étude doit révéler un état du droit différent de celui habituellement considéré. Au Royaume-Uni, au contraire, l'entrée en vigueur de la loi de 2000 a conduit à l'extinction du discours théorique en matière d'accès aux documents détenus par les agents publics.

La question de l'accès aux informations détenues par les agents publics a été peu traitée par la doctrine française (1). Au contraire, cette étude a été et est encore largement menée en Allemagne, mais sans mener à une réponse consensuelle quant à l'existence d'un droit (2). Enfin, depuis l'adoption du *Freedom of Information Act 2000*, cette question a été considérée comme résolue au Royaume-Uni (3).

## 1). Une question de l'accès aux informations détenues par les agents publics peu traitée par la doctrine française

A ce jour, la loi française fixe de grands principes des relations entre le public et les administrations : liberté d'accès aux documents administratifs, motivation des décisions administratives individuelles défavorables, publicité de principe des archives publiques, obligations de renseignement imposée aux fonctionnaires[77]. Ces grands droits, inscrits dans la loi à la fin du XX^e^ siècle en France comme ailleurs, marquent la période contemporaine du droit des relations entre le public et l'administration. Certains auteurs espéraient ainsi voir le développement d'une « démocratie administrative » et attendaient un Code de la transparence administrative[78]. Si l'existence de cette démocratie est toujours discutable, l'existence d'un tel code semble acquise avec le récent Code des relations entre le public et les administrations[79].

Il en aurait été bien différemment, si ces lois, plutôt que de créer un droit inédit, s'étaient bornées à mettre en œuvre une exigence constitutionnelle, au hasard celle selon laquelle « la

[77] Désormais, ces dispositions sont rassemblées dans le code des relations entre le public et l'administration, le code du patrimoine et dans la version consolidée du statut général de la fonction publique.

[78] LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p. 185 pour la formule, p. 220 pour le souhait d'un code de la transparence administrative. A propos de la participation des citoyens aux affaires administratives, voir également MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p. 243 et 251.

[79] Créé par l'ordonnance n° 2015-1341, du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Pour la France, cette réflexion a été quasiment ignorée jusqu'à la décision n° 471 QPC, relative au chantier de la tour Triangle à Paris. Cette décision a justement rangé l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 parmi les textes énonçant des droits et libertés que la Constitution garantit, au sens de son article 61-1[80]. Immédiatement, la perspective de la conformité de la loi n° 78-753 à la Constitution change : un équilibre convenable devait être trouvé entre des normes de même niveau, pour et contre l'accès aux documents administratifs ; dès lors, il est possible que le législateur, en ouvrant l'accès aux documents administratifs, ne soit pas allé assez loin.

La doctrine française ne s'est que très rarement intéressée à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme source potentielle d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics. Seuls quatre auteurs mentionnent un lien[81] – parfois pour le réfuter – avant la décision n° 471 QPC du Conseil constitutionnel, qui met fin à l'attentisme doctrinal.

En étudiant l'accès aux informations en droit constitutionnel, il est possible de répondre à la question pratique de savoir si le Code des relations entre le public et l'administration y est conforme, spécifiquement son livre III, intitulé « l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques »[82]. Cette question est d'autant plus importante que le Conseil constitutionnel n'a jamais traité de la constitutionnalité de la loi 78-753 ni des dispositions du Code qui la remplacent. Quand bien même l'aurait-il fait, une étude aurait été nécessaire afin de pouvoir approuver ou contester sa jurisprudence.

---

[80] Conseil constitutionnel, 29 mai 2015, Mme Nathalie K.-M. [Délibérations à scrutin secret du conseil municipal], n° 2015-471 QPC ; commentaire GRIFFATON-SONNET (Léo), « Invocabilité du droit de demander compte à tout agent public de son administration à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC* 2016-105, p. 144-150.

[81] Ainsi : COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, Paris, les Editions S.T.H., 1986, 271 p., p 147 ; LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *op. cit.*, p. 1239 ; MAISL (Herbert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, éditions de l'Université, 1981, p. 831 (832) ; MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*., p. 236.

[82] Code des relations entre le public et l'administration, créé par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, articles L 300-1 à R 343-12.

## 2). L'absence de réponse consensuelle quant à l'existence d'un droit en Allemagne

A la différence de la doctrine française, la doctrine allemande s'est déjà largement penchée sur la question de la « liberté de l'information » en droit constitutionnel[83]. Ce débat s'est construit en Allemagne sur des énoncés constitutionnels bien différents du texte français de référence, l'article 15 de la Déclaration de 1789. Les articles 5 I phrase 1 et 20 I de la Loi fondamentale allemande énoncent respectivement que « chacun a le droit [...] de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public », et que « la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social ». Là où la rare doctrine en France s'est concentrée sur un droit de demander compte[84], c'est d'une part sur un droit de s'informer qu'a porté la réflexion allemande, et d'autre part sur la nature républicaine et démocratique de la République fédérale d'Allemagne. A ce stade, déjà, la distinction entre le caractère concret du texte français et abstrait du texte allemand est notable.

La doctrine allemande semble parfois s'appuyer fortement, pour l'interprétation des dispositions, sur une réflexion de philosophie politique, affirmant déduire du caractère démocratique et républicain de la république allemande un droit constitutionnel d'accès des personnes aux informations détenues par les agents publics[85]. L'abstraction des énoncés allemands en cause l'explique vraisemblablement, au moins en partie. Ces argumentations sont spécialement intéressantes dans un contexte comparatiste : pas un auteur français ne prétendrait déduire de l'article 1er de la Constitution française, qui mentionne son caractère social, un droit constitutionnel à un salaire horaire minimum, sur le fondement duquel contrôler la constitutionnalité du code du travail. A ces premiers auteurs allemands enthousiastes s'oppose une doctrine

---

[83] Par exemple BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [la Transparence comme principe constitutionnel], Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, XX-423 p. ; ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], Berlin, Duncker & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht* [contributions au droit de l'information], tome 11), 2004, 384 p.

[84] Notamment LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *op. cit.*; MAILS (Herbert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Mélanges Charlier*, *op. cit.*, p. 831-843 ; PIVETEAU (Denis), « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour "l'exercice des libertés publiques" au sens de l'article 34 de la Constitution ? », *RFDA* 2003, p. 135-140.

[85] Les principaux défenseurs de cette thèse sont : GRÖSCHNER (Rolf), « *Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts* » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information] (premier rapport), *in* Coll.*, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, III-564 p., p. 344-376 ; MASING (Johannes), *in idem*., p. 377-441.

s'appuyant plus strictement sur l'analyse des énoncés normatifs, et bien moins optimiste quant à l'existence d'un droit constitutionnel à l'accès aux informations détenues par les agents publics[86]. Ces doctrines opposées, leurs fondements et leurs conséquences juridiques radicalement différentes quant à l'existence d'un droit invocable devant la cour constitutionnelle fédérale supposent une étude poussée.

Il est d'abord nécessaire d'expliquer ces positions, pour pouvoir ensuite déterminer quelle est l'interprétation à donner aux dispositions en cause et établir, enfin, comment le régime juridique allemand de l'accès aux informations détenues par les agents publics se situe dans le champ de comparaison.

### 3). Une question considérée comme résolue au Royaume-Uni depuis l'adoption du *Freedom of Information Act 2000*

Le Royaume-Uni connaît un régime fixé au plus haut de la hiérarchie des normes, établi par le *Freedom of Information Act 2000*, dont la précision est celle d'un texte formellement législatif selon les critères continentaux. Paradoxalement, ce régime fixé clairement et en détails a impliqué une réduction drastique des écrits doctrinaux le concernant : seule subsistent des questions d'interprétation par le juge de cas d'espèce, et la question – toute politique – de la modification du régime. Il ne s'agit plus d'identifier si un droit existe, mais d'assurer la bonne application de la loi et, de façon marginale, d'envisager sa modification[87]. C'est ainsi que les écrits de pratique de la loi, à destination des avocats[88] ou des réformateurs[89] ont pris le pas sur

[86] Ainsi spécialement : BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [la Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit.* ; ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.*

[87] Une proposition de droit d'accès à l'information telle que proposée en 1993 dans un projet de constitution écrite n'aurait plus rien de novateur à ce jour ; Coll. (Institute for Public Policy Research), *A Written Constitution for the United-Kingdom* [Une Constitution écrite pour le Royaume-Uni], 2e éd., Mansell Publishing, Londres, 1993, xviii-286 p., p 48.

[88] Ainsi le *Guide Blackstone* relatif à cette matière, WADHAM (John), HARRIS (Kelly) et PERETZ (George), *Blackstone's Guide to the Freedom of Information Act 2000* [Guide Blackstone pour la loi de 2000 sur la liberté de l'information], 4e éd., Oxford et New-York, 2011, XXIX-284 p.

[89] Ces écrits ont en commun de viser à une étude de la mise en œuvre des régimes d'accès à l'information et de leur effectivité, et non de leur existence. A propos de régimes spécifiques d'accès à l'information, on peut citer : BURTON (Tim P.), « Access to environmental information : the UK experience of water registers » [Accès à l'information environnementale : l'expérience britannique des registres de l'eau], *Journal of Environmental Law* [Journal de droit de l'environnement], vol. 1, n° 2 (1er janvier 1989), p. 192-208 ; JOHN (Edward), « Access to environmental information : limitations of the UK radioactive substances registers » [Accès à l'information environnementale : les limitations des registres britanniques sur les substances radioactives], *Journal of Environmental Law* [Journal de droit de l'environnement], vol. 7, n° 1 (1995), p. 11-30. Relativement à la mise en œuvre de la loi de 2000, les rapports du commissaire à l'information contiennent l'essentiel

les écrits théoriques relatifs à l'existence du droit[90]. La question n'est plus de savoir *si* un droit existe, mais *comment* le mettre en œuvre sur le fondement de la loi.

A l'université, c'est désormais une approche historique et descriptive qui domine l'étude du droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Quoique la forme de manuel soit particulièrement propice à ce discours, M. Craig choisit cette approche historique, depuis la décision *Duncan*[91] jusqu'aux procédures spéciales en matière de terrorisme, dans lesquelles la défense n'a pas accès à l'ensemble du dossier[92]. Pour Mme et MM. Harris, Wadham, et Peretz, qui s'intéressent spécialement au texte de 2000, c'est la portée effective du droit d'accès depuis 2000 qui retient l'attention. Ces auteurs mettent en lien l'évolution du droit britannique et les scandales des années 2000 et 2010 en matière de conduite des parlementaires et d'actions des gouvernements, comme la vente d'armes à l'Irak de Saddam Hussein. Une partie de leur étude relative au champ de la loi porte sur la question de savoir si telle ou telle affaire aurait pu être découverte si le *Freedom of Information Act 2000* avait existé plus tôt[93]. Leur étude traitent précisément des autorités exclues du champ de la loi de 2000, notamment la famille royale la plus proche du souverain[94]. M. Birkinshaw étudie également le champ de l'acte tel qu'il est et sa pratique telle qu'elle est quantifiée, notamment dans le recensement des requêtes effectuées[95]. Les vetos ministériels retiennent spécifiquement son attention s'agissant de l'affaire de la vente d'armes à l'Irak, tout comme le caractère insatisfaisant selon lui de l'absence d'obligation de publication relative aux cocontractants de l'administration et plus généralement aux entreprises privées participant aux missions de service public[96]. Etudiant le rapport de la Convention européenne des droits de l'homme à la question, son seul sacrifice à la prospective juridique est de souhaiter l'inclusion d'un droit fondamental à l'information au sein du *Human Right Act 1998*[97]. Le lien avec la responsabilité des personnes publiques n'est, bien sûr, pas absent[98].

---

des informations disponibles. Ses rapports annuels peuvent être consultés sur le site internet de l'*Information Commissioner's Office*, ico.org.uk

[90] COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., Hart Publishing, Oxford et Portland Oregon, 2010, CXLI-1485 p.

[91] Chambre des Lords, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3.

[92] CRAIG (Paul), *Administrative Law* [Droit administratif], 7e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, CXXII-980 p., spécialement p. 374-406.

[93] WADHAM (John), HARRIS (Kelly) et PERETZ (George), *Blackstone's Guide to the Freedom of Information Act 2000* [Guide Blackstone pour la loi de 2000 sur la liberté de l'information], *op. cit.*, p. 8-9 et 23-26.

[94] *Idem*, p. 142.

[95] BIRKINSHAW (Patrick), « 14, Regulating Information » [14, Réguler l'information], *in* JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p., p 365-393, p. 385-388.

[96] *Idem*, p. 380-381.

[97] *Idem*, p. 391-392.

[98] *Idem*, p. 382.

Des désaccords doctrinaux persistent quant à l'existence et à la valeur des autres sources du droit des informations détenues par la couronne britannique. Si la *common law* s'impose au droit statutaire comme l'affirment certains auteurs[99] et si celle-ci garantit certains droits d'accès à l'information[100], alors la *common law* est une source pertinente pour la présente étude et est susceptible d'écarter l'application du *Freedom of Information Act 2000*. Au contraire, si le droit non statutaire des informations détenues par les agents publics relève de la prérogative royale[101], alors le régime que l'administration se donne est pleinement soumis au droit statutaire ainsi qu'à certaines règles de *common law*. De cette façon, l'étude du droit britannique présente une spécificité : alors qu'en droits français et allemand, l'analyse doit porter essentiellement sur le sens et la portée à donner à des sources aisément identifiables, en droit britannique c'est la recherche des sources normatives pertinentes qui retient principalement l'attention. L'ouvrage le plus complet relativement au droit de l'information administrative à ce jour est le manuel de M. Coppel[102], en ce qu'il ne se présente pas comme un guide pratique, à la manière du *Guide Blackstone*, mais embrasse le droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics depuis ses premières apparitions[103] et tous les fondements avancés pour ces droits. Malgré la grande qualité de cet ouvrage, deux compléments sont nécessaires : premièrement, la comparaison avec les régimes continentaux français et allemand, largement méconnus par la doctrine britannique ; deuxièmement, si le manuel de M. Coppel présente les fondements non statutaires avancés relativement au droit de l'information administrative (prérogative royale et *common law*), il ne cherche pas à trancher cette querelle[104]. En justifiant un modèle théorique appuyé exclusivement sur la prérogative royale, la présente étude est susceptible d'un apport réel y compris en droit du Royaume-Uni.

---

[99] Ainsi ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 77-104.

[100] L'outil procédural de « *discovery* » de *common law* en est le principal exemple.

[101] Par exemple : *Jenkins v A-G (UK)* (Unreported, Vacation Court, Griffith J, 13 August 1971), rapporté par *The Times*, 14 août 1971, page 14 ; également *R v Secretary of State for the Environment, ex p Greenwich London Borough Council* [1989] COD 530 (DC), rapporté par *The Times*, 17 mai 1989, page 44. Les originaux de ces décisions sont introuvables mais les rapports du *Times* particulièrement complets ; ils sont étudiés titre Ier, partie I.

[102] COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit*.

[103] M. Coppel place le début de ce processus au moment de la loi sur l'admission aux réunions des entités publiques de 1960 (« *The Public Bodies (Admission to Meetings) Act 1960 marked the first step in that process.* », p. 2).

[104] Dans la 3e édition de son manuel, en 2010, M. Coppel semble tantôt s'appuyer par défaut sur un pouvoir de *common law* de la Couronne (p. 362-363), tantôt constater que les deux fondements coexistent (p. 446). La 4e édition, de 2014, persiste à ne pas trancher directement la question (p. 478).

## III. OUTILS THEORIQUES D'ANALYSE

Pour étudier le statut déontique de l'accès aux informations détenues par les agents publics en droit constitutionnel, il convient avant tout de déterminer quel est le droit applicable en ce domaine. Spécialement pour cette étude comparative, il n'est même pas de consensus sur ce que sont les normes de droit constitutionnel, ni même les normes de droit. Un certain nombre de boussoles et compas doit donc être déployé.

Il convient d'abord de fixer quels sont les comportements humains dont le statut juridique est en cause. En l'occurrence, il s'agit de celui, pour un agent public de communiquer un document administratif (A). En conséquence, les statuts juridiques susceptibles de lui être appliqués doivent être clairement listés, afin de pouvoir caractériser les Etats du champ de comparaison comme appliquant tel ou tel statut juridique possible à ces comportements (B). Ce statut étant fixé par le droit, il convient de définir ce qu'est le droit constitutionnel au sens de cette étude, soit le droit constitutionnel formel (C). En outre, parce que l'étude du droit a une visée pratique, cherchant à résoudre les litiges pouvant apparaitre entre des sujets de droit, il faut mettre en avant l'invocabilité de la norme par toute personne comme critère de sa pertinence pour l'étude (D). Enfin, comme elle commande à l'application du droit, l'interprétation des énoncés de normes doit retenir l'attention : pour cette étude il s'agit d'une interprétation sémantique (E).

## A. Les comportements humains de l'accès aux documents administratifs

Les comportements humains propres à l'accès aux informations détenues par les agents publics forment le substrat auquel le droit attache une interdiction, une obligation ou une autorisation. Ces comportements sont ceux de plusieurs destinataires de droits qui interagissent.

Les agents de cette relation sont deux, d'une part une personne demandant l'accès à un document administratif, et d'autre part un agent public mettant à disposition du pétitionnaire le document demandé[105]. Dans le domaine des professions juridiques, cette relation est celle d'un avocat contactant par courriel le Service de la diffusion juridique du Conseil d'Etat afin d'obtenir l'accès à une décision contentieuse non publiée au recueil et non mise à disposition sur la base de données du Conseil, ArianeWeb. Suite à ce courriel, l'agent du service adresse une copie de la décision au pétitionnaire, par exemple en format « .pdf ». Pour un exemple moins spécialisé, c'est la relation qui se crée lorsqu'un habitant d'une commune contacte le secrétaire de la mairie afin d'obtenir une copie d'une délibération du conseil municipal décidant de la construction d'une nouvelle piscine. Conformément au droit des relations entre le public et l'administration, le secrétaire de mairie transmet en conséquence la délibération.

Dans ces situations, les articles L 300-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration obligent l'agent public à mettre à disposition le document demandé, ou bien lui interdisent de le faire ; ces articles pourraient par ailleurs lui permettre de le faire s'il l'estime approprié[106]. Lorsque la constitutionnalité de la loi traitant de cette situation est contestée, ou en l'absence de loi évoquant ces actions, la question de leur traitement par le droit peut être tranchée au niveau du droit constitutionnel.

[105] Que cette mise à disposition ait lieu par courrier, par présentation à un guichet, le tout sur support papier ou numérique, avec ou sans paiement de frais afférents est à ce stade sans importance pour l'existence du droit.

[106] Une telle communication discrétionnaire est en réalité exclue par le code. Une telle possibilité persiste néanmoins au Royaume-Uni.

## B. Caractériser un Etat parmi les traitements juridiques possibles

L'action du secrétaire de mairie, de l'agent du service de la diffusion juridique du Conseil d'Etat ou de tout autre agent public est réglée par le droit. Ainsi cette communication de document peut être autorisée, interdite ou obligatoire. Les typologies existantes de régimes juridiques de l'information détenue par les agents publics, quoique les dénominations adoptées varient, s'appuient toujours plus ou moins explicitement sur le statut déontique de la communication : interdite, obligatoire ou autorisée[107]. La typologie de M. Caspar, en Allemagne, présente une « société en trois classes de la liberté de l'information », distinguant le secret, la publication obligatoire sur demande et la publication obligatoire spontanée[108]. Cette typologie est imprécise, en ce qu'elle s'intéresse à deux obligations portant sur des situations de fait différentes (publication spontanée ou sur demande) et, derrière le « secret », ne distingue pas le refus de communication s'imposant à l'agent (l'interdiction de publication) et le refus décidé discrétionnairement par l'agent.

Pour la présente étude, trois statuts déontiques peuvent être identifiés : l'interdiction de communication (1), l'obligation de communication (2), l'habilitation du législateur (3).

### 1). L'interdiction de communication

L'interdiction de communication s'imposant à un agent public peut également être formulée comme l'obligation de refuser de communiquer le document demandé par un pétitionnaire. Ces deux formulations sont équivalentes pour exprimer que le droit assure, par l'interdiction d'une action ou l'obligation de l'action opposée, le maintien du secret des informations. Dans un ordre juridique soumis au principe du secret, l'accès aux documents administratifs et

[107] Remarquable est sur ce point le tableau de Mme. Egger, qui, quoique s'appuyant autant sur la science administrative que sur le droit, propose une grille de comparaison pratique complète des régimes d'accès aux documents administratifs, *in* EGGER (Edeltraud), *Datenschutz versus Informationsfreiheit* [Protection des données contre liberté de l'information], Vienne, Oldenbourg (*Schriftenreihe der österreichischen Computer Gesellschaft* [Répertoire de la Société autrichienne pour les ordinateurs], tome 52), 1990, VIII-173 p., p. 131 ; ses critères sont : 1) droit de consultation des documents administratifs, 2) voie de droit propre à sa mise en œuvre, 3) existence de mesures de coopération des administrations pour répondre à une demande, 4) possibilité d'anonymat de la demande, 5) droit de ne pas justifier la demande, 6) possibilité d'utiliser les technologies de l'information, 6) plus grande rapidité possible pour répondre, 7) gratuité.

[108] CASPAR (Johannes), « Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz », *DÖV*, mai 2013, cahier 10, page 371 et suivantes. Notamment partie II, « *Die Drei-Klassengesellschaft der Informationsfreiheit* ». Pour une approche française de la question de la classification des régimes : LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, *op. cit.*, p. 121, 124-125, 165.

aux informations qu'ils contiennent est une situation exceptionnelle. Cette situation correspond au principe d'interdiction de la mise à disposition des documents, sauf à justifier d'un droit spécifique d'accès. Certains Länder allemands connaissent encore cette situation, telle que l'accès à un document est permis par une norme spéciale, prévoyant par exemple que les personnes dont les droits sont susceptibles d'être affectés par un acte administratif peuvent y avoir accès. Ce type de règlementation sectorielle était observable également en France avant la loi du 17 juillet 1978, lorsque l'article 58 de la loi du 5 avril 1884 prévoyait spécialement l'accès aux documents administratifs communaux. Parce que le droit constitutionnel contraint le législateur, une constitution pourrait tout à fait énoncer que « le bon fonctionnement de l'administration est protégé par le secret de ses documents et délibérations ».

En pratique, les droits constitutionnels français, allemand et du Royaume-Uni ne connaissent pas explicitement de telle norme ; il convient donc de chercher s'ils relèvent de l'une ou l'autre des deux autres classes.

## 2). L'obligation de communication

Opposée au principe du secret, l'obligation pour les agents publics de permettre en principe l'accès aux documents administratifs peut être formulée comme obligation de communication ou encore comme interdiction de ne pas faire droit à la demande de communication d'un document administratif. Le droit assure, en obligeant à communiquer ou en interdisant de ne pas le faire, que les informations soient accessibles aux personnes les demandant. Le Code des relations entre le public et l'administration en France, et les lois sur la liberté de l'information en Allemagne et au Royaume-Uni le prévoient. Reste à savoir si les droits constitutionnels français et allemand contraignent leurs législateurs à mettre en place un tel régime. Une disposition en ce sens, pourrait prendre la forme de celle connue par la constitution néerlandaise, dont l'article 110 prévoit que l'administration « s'efforce d'être transparente » [109].

[109] Constitution du Royaume des Pays-Bas, article 110, « *De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen* » ; « l'autorité s'efforce d'être transparente dans l'exercice de ses missions, en vertu des règles fixées par la loi » – cette réserve législative doit être laissée de côté pour l'instant.

### 3). L'habilitation du législateur

L'hypothèse de l'habilitation du législateur est celle dans laquelle le droit constitutionnel n'oblige les organes créateurs de droit subordonnés, au premier rang desquels le législateur, ni au secret ni à la publicité. Il revient donc à ces organes de trancher chacun pour sa compétence. Dans le cas le plus fréquent, c'est le législateur qui est habilité à décider si, en principe, l'accès aux informations détenues par les personnes publiques doit être obligatoire, interdit ou laissé à la discrétion des agents publics. Cette discrétion, synonyme de liberté, peut être accordée à l'agent public, qui aurait alors le pouvoir discrétionnaire de choisir de publier ou non un document. Les législations existantes, au nom du principe d'égalité devant la loi, optent le plus souvent pour une obligation des agents publics, soit au refus (explicite ou non) soit à la publication, éventuellement à la suite d'un exercice d'appréciation laissant une part à l'appréciation de l'agent[110]. Le champ d'application limité du *Freedom of Information Act* britannique, laissant perdurer une telle liberté résiduelle, fait figure d'exception[111].

## C. L'appui sur le droit constitutionnel formel

L'appui sur le droit constitutionnel formel permet de traiter un problème de droit en prenant en considération sa place dans la hiérarchie des normes, c'est-à-dire en l'espèce en s'appuyant sur les relations de validité et de conformités qui lient droit législatif et droit constitutionnel[112]. Cette étude permet seule de rendre compte de l'existence d'un droit opposable à tout organe créateur de normes juridiques subordonné, au premier rang desquels le législateur.

La référence au seul droit formellement constitutionnel est la plus pertinente pour l'étude (1). Elle permet d'abord d'éviter tout malentendu vis-à-vis du droit matériellement constitutionnel (2) d'échapper aux errements méthodologiques propres au jusnaturalisme ensuite (3), enfin de s'appuyer sur la notion de droit constitutionnellement garanti, distingué d'un droit fondamental (4).

---

[110] C'est le cas lorsqu'un agent doit déterminer si la publication d'un document pourrait nuire à tel ou tel intérêt public : si la publication pourrait être nuisible il est contraint au silence ; sinon il est contraint à la publication.

[111] Pour une critique des institutions publiques invoquant ce champ limité pour refuser les communications, BLACK (Julia), « Calling Regulators to Account : Challenges, Capacities and Prospects » [Engager la responsabilité des régulateurs : défis, possibilités et perspectives], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 354-388.

[112] Voir notamment PFERSMANN (Otto), *in* FAVOREU (Louis) *et al.*, *Droit constitutionnel*, 15e éd., Paris, Dalloz (*Précis*), 2012, XXIII-1055 p., p. 72-73.

## 1). La pertinence de l'appui sur le droit constitutionnel formel

Il convient d'appuyer la présente étude sur le droit formellement constitutionnel, c'est-à-dire le droit dont les normes sont susceptibles de déroger à toute autre norme de l'ordre juridique considéré. M. Eisenmann présente le droit formellement constitutionnel de la façon suivante :

> « Tout comme le principe de légalité signifie en dernière analyse que seule la loi peut déroger à la loi, le "principe de constitutionnalité" signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle. »[113]

Ce droit est généralement identifiable au fait d'être contenu dans un texte ou un ensemble de textes qualifié de « constitution ». La modification de ces énoncés suppose une procédure spécifique, spécialement contraignante, comme c'est le cas en France et en Allemagne[114]. Au Royaume-Uni au contraire, les *Acts of Parliament*, quoi qu'ils prennent la forme de législation ordinaire, doivent être qualifiés de formellement constitutionnels dès lors qu'ils sont susceptibles de déroger à toute autre norme juridique britannique. La définition la plus généralement admise est celle de Dicey, qui affirme, dans des termes proches de ceux employés plus tard par Eisenmann :

> « Le principe de la souveraineté parlementaire signifie ni plus ni moins que ceci : le Parlement ainsi défini a, selon la constitution anglaise, le droit de faire ou défaire toute loi quelle qu'elle soit, et plus encore que nulle personne ou corps n'est reconnu par les lois d'Angleterre comme ayant le droit de surpasser ou écarter la législation du Parlement »[115].

---

[113] EISENMANN (Charles), *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, X-307 p., p. 21.

[114] Ainsi les procédures prévues à l'article 89 de la Constitution française et 79 de la Loi fondamentale allemande.

[115] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], 10e éd., Londres et New-York, MacMillan et St Martin's Press, 1959, CXCVIII-535 p., p. 39-40 : « *The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having the right to override or set aside the legislation of Parliament.* »

Le rapport entre constitutionnalité continentale et constitutionnalité britannique est parfaitement connu des auteurs d'outre-*Channel* et il n'est en rien révolutionnaire d'étudier les *Acts of Parliament* britanniques sous l'angle du droit formellement constitutionnel. La plupart des auteurs de manuels britanniques s'emploient d'ailleurs à démystifier la constitution du Royaume-Uni, en usant des mêmes outils théoriques que les constitutionnalistes continentaux. M. Leyland présente ainsi la constitution britannique :

> « Une constitution codifiée, comme forme de droit d'un ordre *plus élevé*, sera généralement retranchée. Un outil procédural spécifique (par exemple un référendum ou une majorité plus large et une ratification fédérale) doit être employé pour y introduire des changements, ce qui rend la constitution codifiée relativement plus difficile à modifier. Au contraire de la plupart des autres constitutions, la constitution du Royaume-Uni n'est pas retranchée. En conséquence elle est relativement flexible, au sens où tout aspect peut en être modifié par la voie de législation ordinaire et certains aspects peuvent être modifiés par convention »[116].

S'il convient de se démarquer de M. Leyland quant au fait de traiter les conventions comme du droit dans sa définition, la pratique constitutionnelle britannique est effectivement à prendre spécialement en compte. Dicey et Bagehot, chacun pour sa part, soulignent que la pratique de la constitution britannique doit être connue autant que son droit. Dicey reproche ainsi à Blackstone de présenter, déjà, une vision incomplète de la vie constitutionnelle britannique : « les termes utilisés par les commentateurs étaient, quand il les a employés, irréalistes, et connus comme tels » ; plus loin, il ajoute que « le lecteur, disons, du premier *Livre* de Blackstone, peut difficilement discerner le droit dont il est question sous les irréalités du langage par lequel ce droit est rapporté »[117]. Bagehot ne dit pas autre chose quand il compare la constitution à un homme vieilli mais portant encore les vêtements de sa jeunesse, pour dire que ce que l'on en

---

[116] LEYLAND (Peter), *The Constitution of the United-Kingdom - A Contextual Analysis* [La constitution du Royaume-Uni - une analyse contextuelle], 2e éd., Oxford et Portland, Hart Publishing, 2012, XXVII-333 p. 2 : « *a codified constitution, as a form of higher order law, will generally be entrenched. A specified procedural device (eg a referendum or a higher majority plus federal ratification) must be followed to introduce changes, which makes a codified constitution relatively difficult to amend. In contrast to most others, the UK constitution is not entrenched. In consequence, it is relatively flexible, in the sense that any aspect can be changed by way of ordinary legislation and certain aspects can be modified by convention* ».

[117] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, respectivement p. 9 (« *the terms used by the commentators were, when he used them, unreal, and know to be so* ») et 12 (« *the reader of, say, the first Book of Blackstone, can hardly discern the facts of law with which it is filled under the unrealities of the language in which these facts find expression* »).

voit est identique au passé, mais que ce que l'on n'en voit pas est entièrement changé. Pour Bagehot, cette difficulté est traitée en distinguant la « constitution en dignité » de la « constitution efficiente » [118].

Malgré les spécificités de la hiérarchie britannique des normes, étudiées *infra*, une constante demeure : la soumission des juridictions et plus largement de l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés aux *Acts of Parliament*. M. Leyland le résume :

> « Il est important de noter que les décisions des cours (y compris la Cour suprême, anciennement la Chambre des Lords) peuvent être modifiées et surpassées par des lois postérieures. Ainsi, la décision de la Chambre dans l'affaire *Burmah Oil v Lord Advocate* a conduit le parlement britannique à adopter la loi sur les dommages de guerre de 1965, d'effet rétroactif. Les cours acceptent la validité des lois du parlement et ainsi valident le concept de souveraineté parlementaire. »[119]

L'appui sur un droit formellement constitutionnel britannique semble effectivement possible autant que pertinent.

## 2). L'exclusion du droit matériellement constitutionnel

L'étude du droit matériellement constitutionnel permet de comprendre le fonctionnement de l'Etat comme structure juridique organisant elle-même son évolution par la production de nouvelles normes juridiques. Dès lors que la validité des lois est conditionnée par leur publication mais que celle-ci est prévue à l'article premier du code civil, c'est l'étude du droit matériellement constitutionnel qui est pertinente pour comprendre les mécanismes de création de

---

[118] BAGEHOT (Walter), *The English Constitution* [La Constitution anglaise], édition conforme à la première édition (1867), dirigée par Paul Smith, Cambridge et New-York, Cambridge University Press, 2001, xxxii-253 p., p. 3 (« *or, if I may say so, an ancient and ever-altering constitution is like an old man who still wears with attached fondness clothes in the fashion of his youth : what you see of him is the same ; what you do not see is wholly altered* »), et p. 9 (« *the Queen is only at the head of the dignified part of the constitution. The prime minister is at the head of the efficient part* »).

[119] LEYLAND (Peter), *The Constitution of the United-Kingdom - A Contextual Analysis* [La Constitution du Royaume-Uni - une analyse contextuelle], *op. cit.*, p. 28 : « *It is important to note that decisions of the courts (including the Supreme Court, formerly the House of Lords) may be amended and overridden by later statutes, eg the decision in Burmah Oil v Lord Advocate prompted the UK Parliament to pass the War Damage Act 1965, which had retrospective effect. The courts accept the validity of Acts of Parliament and thus validate the concept of parliamentary sovereignty.* ».

nouvelles normes juridiques de type législatif[120]. Néanmoins, cette étude ne permet pas par elle-même de saisir l'ordre juridique dans son organisation hiérarchique.

La qualité de droit formellement ou matériellement constitutionnel n'est pas exclusive : en Allemagne, l'exigence de publication des lois et des règlements fédéraux, inscrite à l'article 82 de la Loi fondamentale, est une norme de droit formellement et matériellement constitutionnel. Pour déterminer l'existence d'un droit garanti par la Constitution et opposable au législateur par le biais du contentieux constitutionnel, seule l'étude du droit formellement constitutionnel est pertinente.

### 3). L'exclusion des diverses formes du jusnaturalisme

Pour cette étude, il est suffisant de constater l'absence d'universalité du droit, d'une part, et l'existence même de l'activité humaine permanente de création de normes juridiques nouvelles d'autre part, pour considérer qu'il n'existe aucun ordre juridique universel de référence, partant de droit naturel. La solution d'un problème juridique doit être recherchée par l'application des normes conçues, publiées et sanctionnées à cette fin au sein d'un ordre juridique donné, c'est-à-dire étatique[121]. Aucun ordre naturel, qu'il soit physique, philosophique ou religieux n'apparaît pertinent pour traiter de la question de l'existence d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni, ou pour déterminer la validité des normes afférentes.

Le positionnement théorique de cette thèse considère le droit comme un ensemble de normes organisant les comportements humains par le moyen d'obligation, d'interdiction et d'autorisation ; de plus, la violation d'une norme de cet ensemble est soumise à un mécanisme de sanction dont la mise en œuvre est obligatoire. Cet ordre prévoit en outre son évolution en organisant la création de nouvelles normes le composant. Créé par les hommes eux-mêmes, cet ordre d'obligation est globalement respecté par les personnes qui lui sont soumises[122] ; il prend la forme d'un ordre juridique, correspondant généralement aux frontières nationales des Etats.

---

[120] A l'exemple notamment de la publication des lois au journal officiel, condition de leur validité prévue à l'article premier du Code civil, développé par Otto Pfersmann, *in* FAVOREU, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 72-73.

[121] HABERMAS (Jürgen), « Jürgen Habermas et le Droit » (entretien), *RDP* 2007-6, p. 1481-1486.

[122] Relativement à la question de l'efficacité d'un ordre juridique, il est toujours pertinent de relire HOCHMANN (Thomas), « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *RFDC* 2016-105, p. 37-56.

## 4). Le droit « constitutionnellement garanti », distingué d'un droit fondamental

Pour la présente étude, l'expression « droit constitutionnellement garanti » [123], ou « droit que la constitution garantit » est préférée à celle de « droit fondamental ». La catégorie juridique « droits fondamentaux » est un objet clairement identifié en droit allemand ; la Loi fondamentale en fixe clairement le champ. Néanmoins, pour une étude comparative incluant la France et le Royaume-Uni, un appui sur la catégorie juridique « droits fondamentaux » telle que les doctrines francophone et anglophone l'entendent serait méthodologiquement insatisfaisant. Il est ainsi notable que l'expression « droit fondamental » recouvre des états de faits très différents selon la doctrine qui les emploie.

Formellement, la fondamentalité n'est pas seulement la conséquence de la valeur constitutionnelle ou internationale de la norme qui énonce un droit. Lorsque le législateur énonce à l'article L 521-2 du Code de justice administrative, par la loi du 30 juin 2000, que le référé-liberté vise à mettre fin à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il crée une nouvelle catégorie juridique, celle des libertés fondamentales au sens de cet article. La jurisprudence administrative, depuis, peine à clarifier quelles normes appartienne à cet ensemble. Elle se réfère certes parfois à la Convention européenne des droits de l'homme[124] mais ne se borne ni aux seules normes internationales et constitutionnelles, ni à l'interprétation donnée à celles-ci par leurs juridictions habituelles[125]. La décision du juge des référés-libertés reste limitée par la référence à une norme telle qu'elle s'impose au pouvoir règlementaire mais pas législatif, mettant donc en œuvre une liberté fondamentale définie par la loi et insusceptible de s'y opposer. Une loi abrogeant l'article L 521-2 CJA suffirait à supprimer cette procédure de sauvegarde d'urgence. Dès lors qu'elle n'est pas formellement unifiée ni unifiable simplement, la « fondamentalité » n'est pas un critère pertinent d'étude en droit constitutionnel.

L'appui sur la définition matérielle d'un droit fondamental n'est pas plus propre à éclairer une question de droit constitutionnel. Que les droits fondamentaux aient été rattachés à la nature humaine dans toute son imprécision, ou considérés, à peine plus clairement, comme des émanations de la dignité humaine, l'imprécision de ces approches n'est pas propre à résoudre un

[123] L'expression « droit constitutionnellement garanti », a d'abord été employée par la Constitution autrichienne de 1920, à son article 144 (relatif aux recours constitutionnels ouverts contre l'administration ; il est question de la violation des « *verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte* »).

[124] Conseil d'Etat, 31 mai 2016, *Gomez*, n° 396848.

[125] Ainsi la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas nécessairement une atteinte à une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 CJA, selon CE, 26 juin 2003, *Conseil départemental de parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938, alors que l'atteinte au principe d'égalité peut toujours être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, selon Conseil constitutionnel, 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage]*, n° 2010-13 QPC.

problème de droit. Soutenu par d'excellents auteurs[126], ce lien entre droits fondamentaux et dignité humaine est parfaitement obscur quant à ses conséquences. D'abord, ces conséquences sont radicalement différentes selon la définition donnée à la dignité, par référence soit à la liberté individuelle, soit à l'ordre moral. La question a été posée aussi bien pour le lancer de nains que le port du voile islamique ou la prostitution : selon la façon dont elle est définie, la dignité humaine permet de justifier aussi bien l'interdiction que le laisser-faire[127]. Ensuite, à supposer qu'une définition soit clairement choisie en droit[128], il serait impossible de déterminer jusqu'où tirer la dignité humaine : le professeur Allan exige ainsi sur le fondement de la dignité humaine des élections régulières et égales, le respect du principe des droits de la défense mais encore le droit, pour un prisonnier, de pouvoir s'il le souhaite s'entretenir avec un journaliste[129]. Potentiellement, toute constitution libérale pourrait être alors remplacée par un article unique selon lequel la dignité humaine serait protégée.

Des efforts considérables de systématisation et de clarification ont été menés relativement à la catégorie juridique des droits fondamentaux, telle qu'entendue par la doctrine française. Les développements du professeur Pfersmann dans le Précis Dalloz de *Droit des libertés fondamentales* permettent ainsi de dépasser les imprécisions formelles et matérielles propres à la « fondamentalité »[130]. Selon lui :

> « Un système juridique comprendra par conséquent des *droits fondamentaux* si et seulement s'il existe des rapports normatifs satisfaisants aux quatre conditions suivantes :
>
> « 1) il existe des *permissions* ("DF" au sens étroit) au bénéfice de toutes les personnes (relevant du système) en règle générale, et au bénéfice des classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel (les "bénéficiaires") ;

[126] Notamment PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux », *AJDA* 1986, p. 6-42.

[127] Le rapport du Conseil d'Etat sur les possibilités d'interdiction du voile intégral est remarquable de clarté sur ce point. Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, remis au Premier ministre le 30 mars 2010.

[128] Le Conseil d'Etat a fait sienne une approche de dignité publique d'ordre public (Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727), là où la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une approche libérale (typiquement CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n$^{os}$ 42758/98 et 45558/99, refusant de s'interroger sur une hypothétique atteinte à la dignité humaine pour seulement se placer sur le terrain de la réalité du consentement des personnes).

[129] ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale], *in* XXX *op. cit.*

[130] PFERSMANN (Otto), *in* FAVOREU (Louis) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7$^{e}$ éd., Dalloz (*Précis*), Paris, 2015, XXVI-774 p., partie I, titre II « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », p. 63-115.

« 2) les *normes* législatives et les normes infralégislatives, ainsi que les actes de même contenu qui ne sont pas encore des normes valides, abolissant ces permissions ou les limitant dans une mesure allant au-delà d'un certain minimum déterminé par la compréhension habituelle du concept du comportement en question, sont considérées comme fautives ;

« 3) il existe un *organe juridictionnel* de contrôle habilité à annuler des normes fautives au sens de la condition 2) ou d'empêcher que des actes ayant une telle signification puissent devenir des normes du système ;

« 4) il existe des organes habilités à saisir l'organe juridictionnel de contrôle en cas de violation (les "titulaires").

« Il s'agit par conséquent d'une relation à quatre termes qu'il s'agit maintenant d'analyser en particulier : les permissions ou DF au sens strict, les normes législatives sous condition de conformité, le juge de la conformité et l'autorité de saisine »[131].

Dans le cadre d'une étude comparative incluant le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France, l'appui sur la notion de droit fondamental, même clarifiée, impliquerait une certaine complexité syntaxique. Il s'agirait effectivement de limiter l'étude à la recherche d'un « droit fondamental constitutionnel » répondant à la définition donnée par le professeur Pfersmann[132]. Néanmoins, l'emploi de la formule « droit fondamental » impliquerait une certaine confusion relativement au droit allemand, confondant les « droits fondamentaux » et les « droits équivalents » organisés par la Loi fondamentale allemande. En outre, s'agissant du droit du Royaume-Uni, la spécificité de la hiérarchie des normes britanniques semble pouvoir être abordée clairement en insistant sur le caractère formellement constitutionnel des *Acts of Parliament* avant de s'intéresser à la généralité du bénéfice des droits (1ère condition ci-dessus), plutôt qu'en qualifiant certains de ces *Acts* de sources de droits « fondamentaux » par opposition aux autres. Une telle analyse, au moins pour la doctrine francophone resterait enfin embrumée par la connotation « dignité humaine » de l'expression, diffusée par la doctrine naturalisante des droits fondamentaux[133].

Par souci de clarté et de simplicité, il convient bien davantage de rechercher un droit constitutionnellement garanti, au sens d'un droit garanti au plus haut de la hiérarchie des normes

[131] *Idem*, p. 75.
[132] *Idem*, formule employée notamment p. 85.
[133] L'influence de l'étude PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux », *op. cit.*, est spécialement remarquable en ce sens.

et invocable devant une juridiction, au sens des articles 61-1 de la Constitution française et 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale allemande.

## D. L'invocabilité par toute personne comme critère de pertinence

Il n'est pas suffisant que la Constitution ordonne au législateur d'organiser un droit d'accès de toute personne aux documents administratifs. Cette obligation n'est réelle que si elle est sanctionnée, donc assortie d'une forme de contrôle de constitutionnalité de la loi. Ces deux conditions réunies, alors seulement ce droit peut-il être considéré comme opposable au législateur[134]. Néanmoins, que toute personne soit *bénéficiaire* de ce droit d'accès n'implique pas que toute personne en soit *titulaire*. Ainsi, le droit de toute personne d'accéder aux documents administratifs peut se voir soumis au bon vouloir d'autorités spécifiques de saisines du juge constitutionnel.

Il est nécessaire d'introduire dans l'étude le critère supplémentaire de l'invocabilité du droit d'accès par *toute personne*. La titularité du droit, conformément à la définition donnée plus haut du droit fondamental selon M. Pfersmann, doit être la plus large possible. En Allemagne, cette titularité, qui distingue un droit dit « subjectif » d'un droit dit « objectif », peut être observée le plus largement dans l'existence de droits constitutionnellement garantis à toute personne (*Jedermann-Grundrechte*)[135]. Le critère supplémentaire est fondé sur la possible distinction des plaideurs – autorités de saisines, requérants et intervenants – en contentieux constitutionnel. En France, jusqu'à 1974, les seules autorités susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel de l'inconstitutionnalité de la loi étaient listées à l'article 61 de la Constitution[136] – une configuration considérée politiquement insatisfaisante avec l'apparition d'un nouveau dualisme politique, opposant majorité de gouvernement et minorité parlementaire. Malgré la création de la saisine parlementaire, le champ des personnes potentiellement affectées par

[134] Sur ce point, la présente étude s'inscrit dans une logique diceyienne de limitation du droit aux normes effectivement invocables et sanctionnées par les juridictions. Pour reprendre les termes de Marshall à son propos : « *shortly put, Dicey's thesis was that constitutional law consists only in those rules affecting the structure and powers of government which are enforceable in courts of law* », *in* MARSHALL (Geoffrey), *Constitutional Theory* [Théorie constitutionnelle], Londres, Oxford University Press, 1971, IX-238 p., p. 7.

[135] Voir par exemple JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – D. Rechtsstaatsprinzip » [Article 20 – D. Principe de l'Etat de droit], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 513-548, p. 540, relativement au droit au libre épanouissement personnel.

[136] Par la suite à l'article 61-1 de la Constitution.

une inconstitutionnalité de la loi (les bénéficiaires des droits), reste distinct de celui des personnes pouvant la contester (les titulaires de ces droits).

En France et en Allemagne, désormais, si toute personne peut exercer un recours constitutionnel individuel *a posteriori* contre une loi, alors les plaideurs privilégiés auraient pu le faire *a priori* ; la réciproque n'est pas vraie, dans la mesure où les recours constitutionnels individuels sont limités quant à leurs fondements. Les articles 61 et 61-1 de la Constitution française organisent cette distinction, rôle que remplit l'article 93 de la Loi fondamentale allemande. Au Royaume-Uni, une confusion entre contentieux constitutionnel et contentieux administratif peut être mise en évidence, dès lors que la loi votée à Westminster est au plus haut des normes de l'ordre juridique britannique et est invoquée pour sanctionner des actes administratifs ou écarter le droit coutumier. Néanmoins, les mécaniques du contentieux constitutionnel sont parfaitement connues des juristes britanniques, pleins de l'expérience du contentieux colonial, lorsque le *Privy Council* était amené à juger de la conformité d'une loi d'une colonie à la constitution de celle-ci, le plus souvent établie par une loi de Westminster[137].

## E. Une interprétation sémantique

Pour résoudre la question de l'existence d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, une fois les textes ou coutumes susceptibles de la trancher identifiés, ceux-ci doivent être interprétés. Lorsqu'il s'agira, par exemple, d'interpréter l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », cette étude s'appuiera sur ce que l'interprétation d'une disposition ne peut être que sémantique.

La recherche du sens de l'énoncé normatif, œuvre sémantique, n'est pas normative par elle-même (1). Cette interprétation n'exclut cependant pas de tenir compte des pratiques propres aux différents ordres juridiques comparés (2).

[137] Dicey discutait déjà de la façon dont, selon le *Colonial Laws Validity Act 1865*, les lois des colonies devaient être conformes aux lois votées à Westminster. A propos de *The Queen v. Burah* (1878) 3 App. Cas. 889, il s'intéresse à ce que « le devoir de la Haute Cour de Calcutta était d'étudier ce que la législation du gouverneur général était ou non constitutionnelle » (« *the duty of the High Court of Calcutta to consider whether the legislation of the Governor-General was or was not constitutional, was not questioned by the Privy Council* »), *in* DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 101-102. La mécanique du contentieux constitutionnel américain leur était également familière, *idem*, p. 164.

## 1). La recherche du sens de l'énoncé normatif, œuvre sémantique non normative

En droit constitutionnel, matière se distinguant par la brièveté de ses énoncés, la tentation est grande pour l'interprète, qu'il soit juge ou plaideur, de s'appuyer sur des éléments extérieurs à l'énoncé étudié. C'est ainsi que des « canons de l'interprétation » sont fréquemment mis en avant pour motiver des décisions au-delà de ce que l'interprétation sémantique (dite parfois grammaticale) permet.

Pour la présente étude, il est nécessaire de s'appuyer sur la seule interprétation sémantique (a). La systématisation des canons de l'interprétation sert de cadre de référence en matière d'interprétation (b). Les canons britanniques de l'interprétation doivent en être rapprochés (c). Ce travail permet de mettre en avant la nécessité d'écarter les canons non sémantiques de l'interprétation (d).

### a). L'interprétation d'un énoncé, œuvre sémantique

Toute personne peut affirmer qu'un texte a tel ou tel sens, la valeur de cette opinion étant commandée par sa justesse sémantique. Ceci est valable aussi bien relativement à un énoncé juridique que dans tout autre contexte de communication[138]. Il s'agit d'un cas pratique de la distinction développée par Kelsen entre énoncés factuels, plus ou moins conformes à la réalité, et énoncés juridiques, valides ou non[139]. Une interprétation n'est pas valide ou non : elle est conforme ou non au sens de l'énoncé à interpréter. En un mot, l'interprétation vise à expliciter, *expliquer* le sens d'un texte[140]. L'interprétation n'est donc pas décisoire. Cette distinction est spécialement observable lors du rendu d'une décision par un juge. En tirant telle conséquence de tel texte, le juge s'appuie sur son pouvoir de créer une norme, le jugement. Ces deux actions

---

[138] Voir spécialement CORNU (Gérard) dir., *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2005, VIII-443 p. ; pour l'interprétation spécifiquement d'un énoncé normatif PFERSMANN (Otto) « Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la Constitution », *in* MELUN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand) (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005, p. 33-60.

[139] Voir spécialement le chapitre 44 de la *Théorie générale des normes*, « Vérité de l'affirmation et validité de la norme » (*Wahrheit der Aussage und Geltung der Norm*), *in* KELSEN (Hans), *Allgemeine Theorie der Normen*, [Théorie générale des normes], Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, XI-362 p., p. 136-139.

[140] Relativement à la question de l'interprétation et aux différentes opérations qualifiées parfois d' « interprétation », voir PFERSMANN (Otto), « La *distinction fondamentale* de la théorie de l'interprétation et les raisons de son oubli », *Fabula-LhT* n° 14 (février 2015), URL : http://www.fabula.org/lht/14/pfersmann.html, page consultée le 08 octobre 2019.

sont distinctes comme, dans un jugement, les motifs et le dispositif : seul ce dernier a valeur normative. Comme toute personne, face au texte, le juge s'intéresse à la « gamme (souvent large) des interprétations juridiques raisonnablement défendables » [141].

D'un point de vue normatif, que cette étape de réflexion et d'interprétation soit effectivement raisonnable et permette une motivation satisfaisante n'est pas nécessaire en soi : seul importe que la norme, matérialisée dans les articles du jugement, soit compatible avec les règles de droit s'imposant au juge. En pratique, les juges sont contraints de motiver leurs décisions mais il s'agit d'une question juridique distincte de celle du prononcé d'une peine. Qu'une condamnation soit fixée à six ou sept mois de prison relève du choix du juge et non de l'interprétation du texte selon lequel le vol est puni au maximum de trois ans de prison. De fait, ce choix est guidé par un certain nombre d'autres normes, qui obligent le juge à la personnalisation des peines et, plus largement, à la prise en compte des circonstances de l'espèce. Ces nouvelles normes doivent également être interprétées par le juge. La situation de pure interprétation et d'application d'un énoncé unique (par exemple l'incrimination du vol) s'en trouve raréfiée.

### b). La systématisation à l'allemande de l'interprétation, cadre de référence

La systématisation des méthodes d'interprétation est largement due à von Savigny, dans son *Système du droit romain actuel*. Il identifiait alors des interprétations grammaticale, logique, historique et systématique :

> « L'élément *grammatical* de l'interprétation repose sur la lettre du texte, qui assure la jonction entre la pensée du législateur et la nôtre. Il s'agit ainsi de l'exposition des règles linguistiques employées par le législateur.
> « L'élément *logique* de l'interprétation concerne le plan de la cogitation, ainsi la relation logique qui unit les parties du texte entre elles.
> « L'élément *historique* de l'interprétation a pour support l'état du droit organisant les relations juridiques au temps de la création de la loi à interpréter. Cette loi devait influencer cet état du droit d'une certaine

[141] TUSHNET (Mark), « Judicial Accountability in Comparative Perspective » [La responsabilité judiciaire dans une perspective comparatiste], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 57-74 ; p 70, « the « (often wide) range of reasonably defensible legal interpretations ».

manière, et la forme de cette influence, qui a été nouvellement introduite dans le droit par cette loi, doit être explicitée par cet élément.

« L'élément *systématique* de l'interprétation, enfin, concerne l'interdépendance interne qui unit toutes les institutions juridiques et règles de droit à une unité supérieure. Cette interdépendance, comme l'élément historique, a été à l'esprit du législateur, et nous ne connaîtrons pleinement sa pensée que quand nous nous représenterons dans quelle relation se tient la loi à interpréter avec le reste du système juridique, et comment elle doit intervenir effectivement dans ce système ».[142]

L'évolution de la typologie des méthodes d'interprétation a conduit à distinguer les éléments propres au contexte de rédaction du texte à interpréter. Au sens large, les données économiques, sociales, psychologiques mais encore l'objectif du texte relèvent de son contexte de rédaction et peuvent être traités individuellement ou collectivement. Quant aux interprétations logique et systématique de Savigny, elles ne sont plus que des distinctions d'échelle au sein de l'interprétation systématique. L'interprétation grammaticale, quant à elle, synonyme en réalité d'interprétation sémantique (et parfois encore appelée interprétation littérale) ne connaît pas de réelle évolution dans son principe et est généralement admise comme mode principal d'interprétation. Désormais, sont généralement distinguées les interprétations suivantes :

– l'interprétation sémantique, aussi appelée littérale et parfois grammaticale, appuyée sur la lettre de l'énoncé à interprété ;
– l'interprétation historique, s'intéressant au contexte général de rédaction du texte ;
– l'interprétation téléologique, s'intéressant à l'objectif des rédacteurs du texte ;

---

[142] SAVIGNY (Carl Friedrich von), *System des heutigen Römischen Rechts* (Système du droit romain actuel), 1ère éd., Veit, Berlin, tome 1, 1840, L-429 p., p. 213-214 : « *Das g r a m m a t i ſ ch e Element der Auslegung hat zum Gegenſtand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Geſetzgebers in unſer Denken vermittelt. Es beſteht daher in der Darlegung der von dem Geſetzgeber angewendeten Sprachgeſetze.*

« *Das l o g i ſ c h e Element geht auf die Gliederung des Gedankens, alſo auf das logiſche Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile deſſelben zu einander ſtehen.*

« *Das h i ſ t o r i ſ c h e Element hat zum Gegenſtand den zur Zeit des gegebenen Geſetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln beſtimmten Zuſtand. In dieſen Zuſtand ſollte das Geſetz auf beſtimmte Weiſe eingreifen, und die Art dieſes Eingreifens, das was dem Recht durch dieſes Geſetz neu eingefügt worden iſt, ſoll jenes Element zur Anſchauung bringen.*

« *Das ſ y ſ t e m a t i ſ c h e Element endlich bezieht ſich auf den inneren Zuſammenhang, welcher alle Rechtsinſtitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft (§ 5). Dieſer Zuſammenhang, ſo gut als der hiſtoriſche, hat dem Geſetzgeber gleichfalls vorgeſchwebt, und wir werden alſo ſeinen Gedanken nur dann vollſtändig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältniß dieſes Geſetz zu dem ganzen Rechtsſyſtem ſteht, und wie es in das Syſtem wirkſam eingreifen ſoll* ».

– l'interprétation systématique, qui met en rapport l'interprétation d'un article d'un texte avec le reste de ce texte pris dans son ensemble[143].

### c). Des canons britanniques de l'interprétation éclairés par la pensée allemande

Au Royaume-Uni, des formes approchantes d'interprétations sont connues et opposées entre elles, quoique désignées différemment. L'interprétation sémantique est ainsi connue en tant que telle et défendue :

> Dicey, comparant la tâche des constitutionnalistes au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, affirme que « la tâche, en bref, qui se tenait devant les grands commentateurs américains était l'explication d'un document juridique défini en accord avec les canons connus de l'interprétation ». Pour cela, l'observateur « doit avant tout être guidé par les règles de la grammaire »[144].

> Lord Simonds, pour sa part, s'élève contre « une pleine usurpation de la fonction législative sous le faible déguisement de l'interprétation ». Selon lui, « le devoir de la cour est d'interpréter les mots que le législateur a employés. Ces mots peuvent être ambigus mais, même s'ils le sont, le pouvoir et le devoir de la cour de s'en échapper pour partir en quête d'un sens sont strictement limités »[145].

---

[143] Présentation notamment adoptée avec certaines variations de titulature par : SODAN (Helge), Dr. ZIEKOW (Jan), *Öffentliches Recht* (Droit public), 5e éd., Munich, C. H. Beck [*Grundkurs*], 2012, XLIV-793 p., p. 4-10 : interprétation grammaticale (*grammatische Auslegung*), interprétation génétique et historique (*genetische und historische Auslegung*), interprétation systématique (*systematische Auslegung*), détermination du sens et du but (*Ermittlung von Sinn und Zweck*) ; MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I* [Droit de l'Etat I], 6e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, XXVII-784 p., p. 17-22 : vocabulaire (*Wortlaut*), histoire de la rédaction (*Entstehungsgeschichte*), interprétation historique (*historische Auslegung*), interprétation systématique (*systematische Auslegung*), interprétation téléologique (*teleologische Auslegung*) ; M. Maurer ajoute à ces modes une étude de la pratique d'interprétation et d'application (*Auslegungs- und Anwendungspraxis*) et du droit comparé (*Rechtsvergleichung*), mais en précisant qu'il ne s'agit pas de modes d'interprétation à proprement parler.

[144] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit*., p. 5 : « *the task, in short, which lay before the great American commentators was the explanation of a definite legal document in accordance with the received canons of legal interpretation » ;* le commentateur *« must be guided by the rules of grammar »*.

[145] Lord Simonds, Chambre des Lords *Magor & St. Mellons R.D.C. v. Newport Corporation* [1952] 2 All E.R. 1226 at 1236 : « *a naked usurpation of the legislative function under the thin disguise of interpretation* » ; « *the duty of the court is to interpret the words that the legislature has used. Those words may be ambiguous, but even if they are, the power and duty of the court to travel outside them on a voyage of discovery are strictly limited* » ; cité par MARSHALL (Geoffrey), *Constitutional Theory* [Théorie constitutionnelle], *op. cit.*, p. 89.

Lord Devlin estime enfin que : « les mots doivent être pris comme signifiant ce qu'ils disent et non comme ce que leur interprète souhaite qu'ils disent. »[146]

Une jurisprudence contraire tend à opposer à l'interprétation littérale la « règle d'or » et la « règle du tort ». La « règle d'or » tient de fait à une interprétation systématique de la loi, mise en œuvre en cas d'absurdité d'un énoncé qui serait révélée par l'interprétation littérale. Quant à la « règle du tort », c'est une forme d'interprétation téléologique, puisqu'elle vise à établir quel était l'objectif du législateur lorsqu'il a voté une loi. Il est néanmoins connu de la doctrine que ces règles, en sus de leur tendance à contrevenir à la lettre des énoncés, sont susceptibles d'arriver à des résultats incompatibles entre eux. M. Parpworth souligne ainsi que :

> « De temps en temps, il peut être fait référence à la règle littérale, à la règle d'or ou encore à la règle du tort. Le problème avec de telles règles, cependant, est qu'elles n'apportent que rarement une réponse définitive à la question de l'interprétation en cause. De plus, les réponses peuvent être différentes selon la règle appliquée. »[147].

### d). La nécessité d'écarter les canons non sémantiques de l'interprétation

L'interprétation historique, l'interprétation téléologique et l'interprétation systématique s'opposent à l'interprétation à proprement parler des énoncés, qui est l'interprétation sémantique. En pratique, ces types d'interprétation sont employés tantôt pour dissimuler et motiver un choix en réalité discrétionnaire du juge entre deux interprétations sémantiquement possibles, tantôt pour s'opposer au résultat d'une interprétation sémantique. Toutes trois sont critiquables.

L'interprétation historique, parfois appelée contextuelle, vise à s'appuyer sur le contexte de rédaction d'un énoncé (économique, social, psychologique) pour justifier que le sens littéral

---

[146]Chambre des Lords, *Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd* [1962] AC 446, à propos de trancher en fonction de la loi. Lord Devlin, p 252, « *in the end the words must be taken to mean what they say and not what their interpreter would like them to say* »; cité par PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], 9e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016, LII-552 p., p. 252.

[147] Ainsi PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p. 251 : « *from time to time reference may be made to the literal rule, the golden rule, or the mischief rule. The problem with such rules however, is that they rarely provide a conclusive answer to the question of interpretation under consideration. Moreover, the answer may be different depending on which rule is applied* ».

du texte perdrait en pertinence avec l'écoulement du temps et le changement de circonstances, de sorte que l'organe de concrétisation pourrait décider que le texte veut dire le contraire de ce qu'il dit. Le juge constitutionnel chargé d'interpréter une constitution ou une déclaration des droits vieille de plusieurs dizaines ou centaines d'années gagnerait donc un pouvoir discrétionnaire en violation des énoncés qu'il prétendrait appliquer. L'interprétation historique révèle un sens que l'interprète estime raisonnable, en toute subjectivité, au regard du contexte de rédaction du texte interprété.

L'interprétation téléologique vise quant elle à éclairer le sens du texte par objectif, pris au sens large. Ainsi le juge dépasserait la lettre d'une loi relative à la sécurité routière pour en donner l'interprétation la plus propice à une baisse du nombre de morts sur la route. Dans ce cas encore, il s'agit de substituer une signification choisie discrétionnairement par le juge aux significations sémantiquement possibles du texte. L'interprétation téléologique révèle ce que l'interprète comprend, à tort ou à raison, de la volonté, réelle ou supposée, de l'auteur du texte[148].

L'interprétation systématique se veut plus objective : elle vise à replacer un article de loi ou de constitution dans le contexte de cette loi ou de cette constitution prise dans son ensemble. Somme toute, il s'agirait d'interpréter plusieurs articles d'un texte ensemble, plutôt que de s'appuyer sur l'un d'entre eux. Le juge saisi de la conformité d'une loi à un article de la constitution répondrait relativement à la conformité de cette loi à toute la constitution. Reste alors la question de la compétence de l'organe de concrétisation : rien n'implique que le juge compétent pour assurer la conformité d'une loi à tel ou tel article ou partie de la constitution soit compétent pour trancher de la question plus générale de la conformité de cette loi avec la constitution. Rien n'indique non plus que l'énoncé extérieur interprété par le juge soit réellement applicable dans les mêmes cas que l'article à interpréter principalement. L'interprétation systématique du texte confond la révélation du sens du tout, par exemple une loi, et la révélation du sens de la partie, par exemple un article d'une loi.

Pour cette étude, l'appui sur l'interprétation comme œuvre sémantique indépendante de la production implique de pouvoir contester l'interprétation faite par une juridiction de tel ou tel texte, y compris lorsque la décision faisant application de cette interprétation est devenue

[148] La rédaction du texte a pourtant pu être faussée ou être faillible : l'auteur a pu dissimuler ses objectifs réels, a pu de bonne foi les exprimer de façon erronée. S'agissant d'un texte issu d'un organe collégial comme une assemblée parlementaire, où règnent le conflit et le compromis, c'est s'appuyer sur une fiction particulièrement poussée que de rechercher la volonté du législateur ailleurs que dans les mots du texte finalement voté. Voir sur ce point PFERSMANN (Otto), « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître – L'interprétation de la Constitution », *in* MELUN SOUCRAMANIEN (Ferdinand) dir., *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 33-60.

indiscutable, comme une décision du Conseil constitutionnel (hors le cas d'un changement de circonstance de fait ou de droit[149]).

## 2). Une interprétation n'excluant pas de tenir compte des pratiques propres aux différents ordres juridiques comparés

Après avoir affirmé que le sens d'un énoncé est déterminable scientifiquement par le biais de la sémantique, il est nécessaire de constater que le champ des interprétations raisonnablement défendables d'un même texte est variable d'un Etat à l'autre. Une argumentation considérée comme raisonnable d'un côté du Rhin peut être vue comme parfaitement farfelue et dénuée de tout espoir d'emporter l'adhésion d'un juge de l'autre. Cet état de fait est à distinguer radicalement du droit, révélé par la sémantique ; il est ici question de pure stratégie argumentative devant un juge. Pour le dire autrement : le consensus doctrinal et jurisprudentiel sur ce qu'est une interprétation raisonnable d'un texte donné est sujet aux variations du climat, et il arrive que ce consensus soit contraire au droit tel que rigoureusement interprété.

Les pratiques argumentatives sont variables d'un ordre juridique à l'autre (a) ; de même que les juges se rendent plus ou moins maîtres de leur office (b).

### a). Des pratiques argumentatives variables d'un ordre juridique à l'autre

Il peut être tenu compte de ces pratiques en les évaluant au regard des données du droit positif, telles que révélées par l'interprétation sémantique. Par exemple, la doctrine allemande considère comme raisonnable l'hypothèse de la garantie d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics par l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, qui énonce que l'Allemagne est une république démocratique. Ces deux derniers termes impliqueraient ce droit. Quoique la doctrine soit partagée[150], cet énoncé est discuté comme potentiellement

[149] Article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067, du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

[150] Voir ainsi les contributions de Johannes Masing et Rolf Gröschner, *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnelà Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, iii-564 p., p. 377-441.

créateur de ce droit. En France, au contraire, si de rares auteurs ont évoqué l'article 15 de la Déclaration de 1789 comme source de ce droit, aucun n'a jamais considéré comme source de droit éventuelle les termes de l'article 1 alinéa premier de la Constitution de 1958, qui énonce que « la France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Un plaideur qui soulèverait une question prioritaire de constitutionnalité en s'appuyant sur une telle argumentation échouerait sans aucun doute devant le juge du fond, pour défaut de sérieux de sa question[151].

### b). Des juges plus ou moins maîtres de leur office

L'une des manifestations de la variété des pratiques d'interprétation tient à ce que les juridictions se sont dotées dans chaque ordre juridique d'un degré variable de liberté d'interprétation. Les cours britanniques interprètent ainsi la législation de Westminster jusqu'à la limite du raisonnable pour assurer sa conformité au droit de l'Union européenne ou au *Human Rights Act 1998*. Ce choix des juridictions, parfaitement subjectif, vise à la protection des personnes comme à éviter des condamnations du Royaume-Uni dans l'ordre international. Cette subjectivité est d'ailleurs parfaitement assumée : Lord Hoffmann explique ainsi que les juridictions britanniques « considèrent que même les termes les plus généraux étaient censés prendre en compte les droits fondamentaux de l'individu. De cette façon, les juridictions du Royaume-Uni appliquent des principes de constitutionnalité peu différents de ceux existant dans des pays où le pouvoir du législateur est expressément limité par un texte constitutionnel »[152]. C'est là un exemple-type d'interprétation introduisant dans l'énoncé des données ne s'y trouvant pas : le respect de la Convention européenne des droits de l'homme mais encore celui de la jurisprudence judiciaire relative aux droits fondamentaux. Selon la façon dont cette pratique britannique est abordée, elle peut être considérée comme une interprétation téléologique, historique ou systématique. Le principe de l'*implied repeal*, ou abrogation implicite – ou encore tout simplement de *lex posterior priori derogat* – implique qu'une loi britannique postérieure au *Human Rights Act 1998* qui n'en respecterait pas les dispositions les abrogerait d'autant. L'interprétation mise

[151] Condition énoncée à l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

[152] Lord Hoffman, *R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Simms*, [1999] UKHL 33 : « *the courts [...] presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual. In this way the courts of the United Kingdom, though acknowledging the sovereignty of Parliament, apply principles of constitutionality little different from those which exist in countries where the power of the legislature is expressly limited by a constitutional document*. »

en avant par Lord Hoffmann, pratiquée par l'ensemble des cours britanniques et presque consensuellement admise par la doctrine britannique est donc pratiquée en violation du droit.

Capables de censurer le législateur, les juridictions constitutionnelles française et allemande ne revendiquent en aucun cas une telle liberté. Elles usent néanmoins parfois largement de la faculté qu'elles se sont octroyées de recourir à des « réserves de constitutionnalité ». Il s'agit par exemple pour le Conseil constitutionnel français de considérer qu'une loi soumise à son contrôle est conforme à la Constitution, sous la réserve que les termes de tel ou tel article ne sauraient être compris comme ayant tel ou tel sens[153]. Ces réserves, qualifiées parfois de « déclaration de nullité partielle sans réduction du texte », sont spécialement dérangeantes lorsqu'elles sont exprimées au sein non pas du dispositif des décisions mais de leurs motifs[154]. D'une part la réserve de constitutionnalité modifie le sens de la loi sans admettre que celle-ci est au moins partiellement inconstitutionnelle ; d'autre part, la juridiction auteur de la décision n'assume pas le caractère décisoire de cette affirmation quant au sens des mots. D'ailleurs, bien que ces réserves viennent modifier le sens du texte contrôlé au lieu de constater son absence de conformité à la Constitution, il est paradoxalement affirmé que celles-ci respecteraient le vocabulaire des énoncés. MM. Schlaich et Korioth affirment ainsi que « l'interprétation conforme à la Constitution doit se tenir dans le cadre *du vocabulaire de l'énoncé* »[155]. S'il ne s'agit pas de tordre le texte, parfois jusqu'à la déraison comme de l'autre côté du *Channel*, il s'agit pourtant bien de faire un tri arbitraire entre les sens admis à égalité par les termes employés.

Enfin les références du contrôle peuvent être variables : alors que le Conseil constitutionnel s'appuie régulièrement et ouvertement sur les travaux parlementaires préparatoires au texte soumis à son contrôle, les juges britanniques se refusent traditionnellement à un tel examen[156]. Cette tradition a néanmoins été remise en cause relativement récemment : la Chambre des Lords a décidé en 1993 d'autoriser les juridictions à se référer au compte-rendu *Hansard* des débats parlementaires[157].

---

[153] Ou au contraire que ces termes doivent nécessairement être compris comme ayant tel ou tel autre sens.

[154] C'est la pratique du Conseil constitutionnel, dont le dispositif se borne à mentionner l'existence d'une réserve, éventuellement en renvoyant au considérant ou paragraphe concerné.

[155] SCHLAICH (Klaus) & KORIOTH (Stefan), *Das Bundesverfassungsgericht* [Le tribunal constitutionnel fédéral], 8e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, XV-372 p., p. 275 : « die verfassungskonforme Auslegung muß sich im Rahmen des *Wortlauts der Vorschrift* halten. »

[156] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 407 : « *an English judge will take no notice of the resolutions of either House, of anything which may have passed in debate (a matter of which officially he has no cognisance), or even of the changes which a Bill may have undergone between the moment of its first introduction to Parliament and of its receiving the Royal assent* ».

[157] Décision Chambre des Lords, *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart*, [1992] UKHL 3.

Ces précautions méthodologiques prises, l'étude de l'accès aux informations détenues par les agents publics en droit constitutionnel français, allemand et du Royaume-Uni peut être menée.

## IV. PROBLEMATIQUE.

*Peut-il être établi que le constituant a énoncé un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics, opposable par toute personne à l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés ?*

Au sein du champ de comparaison étudié, les droits constitutionnels de deux Etats contraignent l'ensemble des organes créateurs de droit inférieurs, depuis le législateur jusqu'au secrétaire de mairie, à permettre un accès aux documents administratifs. Ces droits constitutionnels sont ceux du Royaume-Uni et de la France ; cette dernière est la seule à garantir un droit d'accès réellement général. Il n'en va pas de même en Allemagne : si des énoncés de la Loi fondamentale touchent, directement ou non, aux informations détenues par les agents publics, ils ne créent pas d'obligation juridique concrète qui leur soit opposable.

Une telle observation peut être établie en deux temps : d'abord, il convient d'étudier l'éventuelle existence d'une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics au sein de chacun des ordres juridiques du champ de comparaison (partie I – page 69) ; ensuite, il est nécessaire d'établir la portée du droit d'accès correspondant, variable en France, en Allemagne et au Royaume-Uni (partie II – page 264).

# PARTIE I. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS

Une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics existe si le droit constitutionnel d'un Etat remplit deux conditions. La première est de s'intéresser à ce sujet : il faut qu'au moins une norme de droit constitutionnel formel touche à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Elles peuvent être mentionnées comme « documents administratifs », « informations détenues par les autorités publiques », ou encore implicitement, par exemple s'il est dit que l'administration agit « de façon transparente »[158]. La seconde condition est que cet intérêt pour le sujet soit manifesté par une norme obligeant à la communication les organes constitués[159]. Par exemple, l'article d'une constitution qui affirmerait que « le Parlement est compétent pour déterminer le statut, public ou secret, des informations détenues par l'administration » remplirait la première condition mais pas la seconde : il serait bien question des informations détenues par les agents publics, mais il n'existerait pas de droit opposable au législateur en la matière. Au contraire, l'article 1er du *Freedom of Information Act 2000* britannique remplit les deux conditions, dès lors qu'il énonce explicitement que :

> « (1) Toute personne soumettant une demande d'information à une autorité publique a le droit (a) d'être informée par écrit par l'autorité publique de ce qu'elle détient ou non des informations correspondant à la description faite par la demande et (b) si c'est le cas, de se voir communiquer ces informations » [160].

Pour déterminer l'existence d'une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics, il convient donc d'identifier quels sont les textes généraux relatifs à l'accès aux informations détenues par les agents publics (titre I), puis de les analyser pour déterminer s'il existe une obligation constitutionnelle de communication de ces informations (titre II).

---

[158] Ainsi l'article 110 de la Constitution néerlandaise, déjà cité.

[159] Cette obligation peut être énoncée soit comme obligation de l'administration à communiquer les informations, soit comme droit du public à y accéder.

[160] L'article 1 (1) du texte, version originale : « *Section 1. General right of access to information held by public authorities. (1) Any person making a request for information to a public authority is entitled (a) to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request and (b) if that is the case, to have that information communicated to hiM.* » Les alinéas ne sont pas figurés.

# TITRE I. L'IDENTIFICATION DES TEXTES GENERAUX RELATIFS A L'ACCES AUX INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS

La recherche d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, réciproque de l'obligation de communication à laquelle ces agents seraient soumis, n'implique pas d'analyse approfondie de l'ensemble des normes formellement constitutionnelles des Etats du champ de comparaison. Seule l'étude d'un *corpus* d'énoncés pertinents est nécessaire. En premier lieu, il faut déterminer quelles sont les sources de droit susceptibles de répondre aux critères du droit constitutionnellement garanti, tel que défini en introduction. En l'occurrence, il s'agit de s'appuyer sur le droit formellement constitutionnel. Pourtant, en présence d'un Etat fédéral comme l'Allemagne et d'un Etat de délégation du pouvoir législatif, le Royaume-Uni, cette première étape suppose d'être explicitée. En second lieu, au sein du champ de ce droit formellement constitutionnel, il convient d'identifier quels énoncés traitent du sort des informations détenues par les agents publics.

Concrètement, cette limitation du champ des énoncés de référence pour l'étude se traduit par deux choix de stratégie scientifique. Le premier de ces choix est celui de limiter l'étude aux textes émanés de l'autorité fédérale ou centrale. C'est l'application la plus stricte du critère de l'appui sur le droit formellement constitutionnel. Le Royaume-Uni donne ainsi l'image d'un Etat dont l'organisation est largement décentralisée, à tel point que l'Ecosse dispose de son propre parlement et d'une compétence législative ; il n'en demeure pas moins que la législation primaire votée à Westminster est la seule catégorie de norme à laquelle aucune autre ne peut déroger. En Allemagne, Etat fédéral, il est considéré habituellement que dix-sept entités ont la qualité d'Etat : les seize Länder et le Bund. En réalité, même les constitutions fédérées doivent être conformes aux exigences auxquelles la Loi fondamentale fédérale les soumet. Ainsi les ordres constitutionnels fédérés doivent-ils être conformes aux principes fondamentaux énoncés à l'article 28 de la Loi fondamentale. Plus largement, son article 31 énonce que « le droit fédéral brise le droit du Land »[161]. Le second choix de stratégie scientifique est celui de limiter l'étude aux options doctrinales correspondant à la réalité du droit ; c'est le recours à un critère de pertinence pratique. Ce second choix s'impose dans la mesure où le Royaume-Uni connaît plusieurs hiérarchies des normes, résolument incompatibles entre-elles. Il est donc nécessaire de

[161] Loi Fondamentale, article 31 : « *Bundesrecht bricht Landesrecht*. »

trancher entre ces hiérarchies portées par différentes doctrines. En pratique, il s'agit d'exclure de l'étude le droit non statutaire, qu'il soit jurisprudentiel ou de prérogative royale.

L'identification des textes généraux relatifs à l'accès aux informations détenues par les agents publics sera donc limitée aux textes émanés de l'autorité fédérale ou centrale (chapitre I), en s'assurant de l'absence d'influence de la prérogative royale résiduelle au Royaume-Uni pour cette étude (chapitre II).

# CHAPITRE I. UNE LIMITATION DE L'ETUDE AUX TEXTES EMANES DE L'AUTORITE FEDERALE OU CENTRALE

L'étude d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics et opposable à l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés suppose de limiter l'étude au droit formellement constitutionnel, identifié comme ne pouvant être modifié que par une norme de même valeur[162]. Cette boussole n'est pourtant pas d'un usage aisé : dans le cas du droit du Royaume-Uni, par exemple, des doctrines si opposées s'affrontent que la hiérarchie des normes elle-même n'est pas consensuelle. Si la doctrine classique considère les *Acts of Parliament* comme formellement constitutionnels, une doctrine et une jurisprudence non négligeables considèrent que le droit jurisprudentiel est supérieur aux lois votées par le Parlement. Avant même de s'intéresser aux normes, il est donc nécessaire de s'assurer que l'étude s'intéresse au bon droit, ceci par l'application du critère de pertinence pour l'étude. En Allemagne, l'organisation fédérale ne permet pas non plus d'appliquer simplement le critère de limitation aux textes émanés de l'autorité fédérale ou centrale, malgré l'article 31 de la Loi fondamentale, qui prévoit que « le droit fédéral brise le droit du Land ». Chacun des *Länder* connaît son propre droit constitutionnel et une étude de droit constitutionnel entendu largement nécessiterait de les inclure. Dans ce cadre, c'est davantage la nécessité de pertinence par la concision de l'étude qui permet de concentrer la recherche sur la Loi fondamentale fédérale allemande. En France, enfin, si la recherche des sources de droit pertinent doit avoir lieu au sein du « bloc de constitutionnalité », celui-ci doit être défini et ses contours déterminés. Dès les premières mentions de cette notion par MM. Emeri puis Favoreu, son maniement est apparu complexe. Le bloc de constitutionnalité n'est ainsi pas composé des mêmes types de normes, selon que le contrôle de constitutionnalité est appliqué à une loi ordinaire, à une loi organique ou encore à un outil de droit international. De nouvelles précautions d'étude s'imposent donc.

En s'appuyant sur la hiérarchie britannique des normes la plus pertinente (section préliminaire), il est possible de centrer l'étude sur le droit de Westminster, ainsi d'écarter de l'étude le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* (section I). De même, il est possible de limiter l'étude au seul texte constitutionnel fédéral en Allemagne (section II). En France, enfin, il est nécessaire de déterminer le contenu du bloc de constitutionnalité français (section III).

[162] Par renvoi à la définition de M. Eisenmann, rappelée en introduction.

## SECTION PRELIMINAIRE. S'APPUYER SUR LA HIERARCHIE BRITANNIQUE DES NORMES LA PLUS PERTINENTE

L'approche du droit du Royaume-Uni est d'apparence malaisée pour le juriste de droit continental. La simple difficulté à traduire des expressions comme *Common Law*, *Acts of Parliament* ou *Conventions of the Constitution* exprime ce malaise. Un ordre juridique reposant tant sur un droit coutumier que sur la souveraineté parlementaire en matière de droit écrit, le tout mâtiné d'usages dont le statut juridique semble sans équivalent sur le continent, est spécialement déroutant. Pourtant et pour ainsi dire, le droit britannique est parfaitement soluble dans la hiérarchie des normes. Le droit britannique doit être catégorisé pour être efficacement approché.

La première grande catégorie de normes juridiques britanniques est le droit statutaire ; il est composé des lois votées par le Parlement de Westminster (législation primaire – *Acts of Parliament*, *primary legislation*) et des règlements et autres actes administratifs pris en application et par délégation de celles-ci (législation secondaire – *secondary legislation*)[163]. Le droit non statutaire britannique relève de deux sources concurrentes : le droit de la prérogative royale d'une part, le droit jurisprudentiel dit de *common law* d'autre part. La prérogative royale est le pouvoir résiduel de production du droit laissé entre les mains de la couronne par la législation primaire britannique. En pratique, la prérogative royale permet au gouvernement de contrôler l'administration librement[164]. Dans la pureté des principes, l'exercice de la prérogative royale, notamment pour l'organisation des services de la couronne, des honneurs et de l'armée, n'est pas justiciable. Le droit jurisprudentiel, quant à lui, tient lieu de droit commun : ne connaissant pas de distinction entre droit public et droit privé, il est le droit de toute personne, simple citoyen ou agent public, de régler librement ses affaires et d'être protégé contre les actes des tiers.

S'agissant des agents publics, la question du fondement de leur action est spécialement conflictuelle, puisqu'elle conditionne l'existence de recours juridiques contre celle-ci. Ce conflit persiste à ce jour et il n'est pas de clé de répartition certaine permettant de connaître le fondement des actions de la couronne. En l'absence de fondement statutaire, certains auteurs et juges considèrent que la Couronne agit nécessairement sur le fondement de la prérogative royale, tandis que d'autres estiment que la couronne ne peut se prévaloir de ce fondement que

[163] L'introduction dans ce schéma des lois du parlement écossais, votées, en application des lois sur l'Ecosse, par le Parlement d'Holyrood à Edimbourg, sera traitée par la section suivante du chapitre.

[164] Cette affirmation est toujours plus tempérée par le développement du droit statutaire de la fonction publique britannique.

lorsqu'elle réalise une action irréalisable, en droit ou en fait, par un simple citoyen sur le fondement de la *common law*. Néanmoins, le champ de la prérogative royale proprement non justiciable se réduit, tant par la diversification du droit statutaire que par la généralisation du « *judicial review* », pouvant être qualifié de recours juridictionnel de droit commun. Pour la présente étude, trois points doivent être précisés relativement à la hiérarchie britannique des normes.

La législation primaire se situe au sommet de la hiérarchie des normes britannique (§1). Quant aux contestations de la primauté du Parlement, parfois apparues dans la jurisprudence et la doctrine, elles sont sans effet pratique à ce jour (§2). Enfin, il est nécessaire d'exclure résolument de l'étude les conventions de la Constitution (§3).

## §1. La législation primaire au sommet de la hiérarchie britannique des normes.

La doctrine britannique a toujours eu une grande conscience des différences mais également des similarités de son ordre juridique avec les autres systèmes juridiques, qu'ils soient américain, français ou allemand. La structure hiérarchique des ordres juridiques et, spécialement, le contentieux constitutionnel sont bien connus. Dicey discute ainsi sans hésitation de la façon dont, selon le *Colonial Laws Validity Act 1865*, les lois des colonies devaient être conformes aux lois votées à Westminster. A propos de la décision *The Queen v. Burah (1878) 3 App. Cas. 889*, il s'intéresse à ce que « le devoir de la Haute Cour de Calcutta était d'étudier ce que la législation du gouverneur général était ou non constitutionnelle »[165]. La mécanique du contentieux constitutionnel américain lui est également familière, y compris avant le développement du contentieux constitutionnel français. Dicey écrit ainsi à ce propos que :

> « Pour un juriste français, en effet, empreint des traditions parlementaristes françaises, tout ceci pourrait bien être incompréhensible, mais un juriste anglais peut aisément voir que les pères de la république américaine traitaient les actes du Congrès comme les cours anglaise traitent la

[165] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 101-102: « *the duty of the High Court of Calcutta to consider whether the legislation of the Governor-General was or was not constitutional, was not questioned by the Privy Council* ».

> législation déléguée, et en créant la Cour suprême ils ont pu avoir en tête les fonctions du Conseil privé »[166].

Les législations primaire et secondaire (ou déléguée) sont revêtues de l'autorité d'*Acts of Parliament* ; il reste encore à qualifier la législation primaire de formellement constitutionnelle (A) et établir comment la législation secondaire est fondée sur la législation primaire (B).

## A. Qualifier la législation primaire de formellement constitutionnelle.

La législation primaire, composée des *Acts of Parliament*, émanés de la Reine en Parlement est la marque de la souveraineté parlementaire britannique. Nulle norme de droit ne peut être utilement opposée à une loi du parlement de Westminster devant une juridiction. Ces *legislations*, susceptibles d'intervenir en toute matière, peuvent être matériellement constitutionnelles ou non, mais la *primary legislation* est formellement constitutionnelle[167]. Les lois primaires correspondent ainsi à un échelon unique de la hiérarchie des normes continentales qui regrouperait droit législatif et droit constitutionnel. Cette spécificité a toujours posé un défi de description aux observateurs continentaux. Tocqueville explique déjà que :

> « En Angleterre, on reconnaît au parlement le droit de modifier la constitution. En Angleterre, la constitution peut donc changer sans cesse, ou plutôt elle n'existe point. Le parlement, en même temps qu'il est corps législatif, est corps constituant »[168].

Quoiqu'imprécise, cette affirmation a le mérite d'une grande clarté quant à la nature de la législation primaire britannique. Dicey ne s'en formalise d'ailleurs pas ; à propos de l'exposé de Tocqueville, il estime que :

---

[166] *Idem*, p. 164 : « *to a French jurist, indeed, filled with the traditions of the French Parliaments, all this might well be incomprehensible, but an English lawyer can easily see that the fathers of the republic treated Acts of Congress as English Courts treat by-laws, and in forming the Supreme Court may probably have had in mind the functions of the Privy Council* ».

[167] La distinction entre les *Acts* votés dans les formes habituelles et les *Acts* votés en fonction des *Parliamentary Acts* 1911 et 1949, est volontairement laissée de côté ; la *secondary legislation* est quant à elle bornée par une loi d'habilitation.

[168] TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, 14e éd., Paris, Michel Levy, 1864, vol. 1, XLVI-371 p., p. 166-167.

> « Ses expressions manquent de précision et pourraient provoquer des critiques, mais la description du parlement anglais comme assemblée "à la fois législative et constituante" est une formule pratique pour résumer le fait que le Parlement peut changer toute loi »[169].

Autrement dit, dès lors que seule une loi primaire peut déroger à une autre loi primaire, il peut être affirmé que, formellement au moins, la législation primaire britannique est constitutionnelle. Ainsi présenté, ce constat rappelle explicitement celui de M. Eisenmann, qui affirmait que « le "principe de constitutionnalité" signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle »[170].

## B. Une législation secondaire fondée sur la législation primaire

Les sources de droit inférieures à la *primary legislation* sont souvent confondues tant dans leur nature que dans leur ordre de préséance. La législation secondaire se trouve placée, dans la hiérarchie des normes, entre la législation primaire et les autres sources de droit. La législation secondaire, *secondary legislation*, est composée de normes générales écrites, prises en application de la législation primaire. Celle-ci habilite des autorités administratives – généralement la Couronne et donc les ministres – à énoncer des normes générales et abstraites dans tel ou tel domaine, ou pour l'application de telle ou telle loi. Tant que les actes pris sur le fondement de la législation primaire sont conformes à celle-ci, ils s'appliquent avec la force d'*Acts of Parliament*. Le contrôle de conformité mis en œuvre en la matière est qualifié de contrôle de l'*ultra vires*.

Le droit de l'Union européenne, quant à lui, est pris en compte par le *European Communities Act 1972*, peu important à ce jour les discussions relatives au *Brexit*[171]. Son article 2 (1) assure l'application des normes de droit de l'Union européenne d'effet direct ; l'article 2 (2) de cet *act* prévoit un pouvoir général de création de *secondary legislation* pour la transposition des directives européennes. Le droit de l'Union européenne est donc appliqué avec l'autorité des

---

[169] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 88 : « *his expressions are wanting in accuracy, and might provoke some criticism, but the description of the English Parliament as at once "a legislative and a constituent assembly" supplies a convenient formula for summing up the fact that Parliament can change any law whatever* »).

[170] EISENMANN (Charles), *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, op. cit.*, p. 21.

[171] Par *Brexit*, est entendu le processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, en application de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, mis en œuvre suite au référendum consultatif du 23 juin 2016.

*Acts of Parliament*. Néanmoins, il n'est pas de primauté du droit de l'Union européenne : la législation ultérieure de Westminster s'impose à la législation secondaire. En pratique, cette conséquence de la suprématie du parlement conduit les juridictions à pratiquer une forme d'interprétation conforme au droit de l'Union européenne.

## §2. Une contestation de la primauté du Parlement sans effet pratique à ce jour

Une autre spécificité des débats doctrinaux britanniques doit être évoquée pour la recherche d'un droit formellement constitutionnel à l'accès aux informations détenues par les agents publics : la doctrine de la suprématie de la *common law*. Cette contestation de la primauté du Parlement prend deux formes : une forme évidente, selon laquelle le droit formellement constitutionnel britannique serait le droit jurisprudentiel de *common law*, soit une redite de la doctrine du juge Coke. Cette contestation prend également une forme plus abstraite, selon laquelle une distinction doit être faite entre lois ordinaires et lois constitutionnelles : les lois constitutionnelles ne seraient pas soumises à la doctrine de la dérogation implicite, dite d'*implied repeal*, ou plus simplement au principe de *lex posterior priori derogat*. Ce ne serait alors pas tant la souveraineté de l'organe « *Queen in Parliament* » qui s'effacerait, que la spécificité britannique de confusion entre loi et constitution. En réalité, cette seconde hypothèse est également celle d'une domination du droit parlementaire par le droit de *common law*, donc celle de la fin de la souveraineté parlementaire. Aucune loi de Westminster ne prévoit une telle distinction, de sorte que la *common law* l'énoncerait et déterminerait donc la validité des lois du Parlement. Pour la présente étude, il adviendrait que la source de droit à considérer comme suprême ne serait plus le droit statutaire britannique mais le droit jurisprudentiel.

La théorie de la suprématie de la *common law* doit être montrée pour ce qu'elle est : insatisfaisante à ce jour (A). La proposition d'une différenciation entre lois constitutionnelles et lois ordinaires n'est pour sa part qu'apparemment distincte de cette première doctrine (B).

## A. La théorie insatisfaisante à ce jour de la suprématie de la *common law*

La souveraineté du Parlement de Westminster ne peut être considérée comme remise en cause à ce jour. Pourtant, certains auteurs et juges britanniques affirment que le Parlement souverain, c'est-à-dire la Reine en son Parlement (*The Queen in Parliament*)[172], reste soumis à une forme de cœur du droit coutumier. Selon ces auteurs, il serait loisible aux juridictions britanniques de censurer une législation qui porterait atteinte à l'Etat de droit, au principe de dignité humaine ou à la place des juridictions[173]. Dans cette hypothèse, on observerait donc soit un droit coutumier supraconstitutionnel, soit un Parlement non souverain, soumis à une constitution coutumière. La doctrine majoritaire le rappelle : cette hypothèse est envisageable, mais alors incompatible avec la souveraineté parlementaire et la hiérarchie britannique des normes sanctionnée à ce jour par les juridictions elles-mêmes[174].

Le droit positif reste, malgré les critiques lancées régulièrement à l'encontre de Dicey, très proche de sa pensée : le Parlement peut légiférer contre les principes fondamentaux des droits humains, pour peu qu'il soit prêt à en assumer le coût politique. Lord Hoffman rappelle ainsi que « la souveraineté parlementaire signifie que le Parlement peut, s'il le désire, légiférer contre les principes fondamentaux des droits de l'homme. [...] Les obstacles à cette action du Parlement sont *in fine* politiques et non juridiques »[175]. Dicey lui-même, dans la dernière édition de sa main de son *Introduction à l'étude du droit de la Constitution*, distinguait souverain légal et souverain politique sur cette base : le souverain légal, par exemple la *Queen in Parliament*, est libre d'agir dans la limite d'une révolution du souverain politique, c'est-à-dire le peuple, intervenant pour établir un nouveau souverain juridique[176]. En pratique, le coût politique est exprimé de façon moins sanglante, par l'évolution de la composition de la Chambre des

[172] Cette formule, qui souligne la nécessité de la sanction royale au texte émané du Parlement, ne recouvre pas une réalité différente de ce qu'en France, la loi votée est promulguée par le Président de la République.

[173] Ainsi ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale] *op. cit*.

[174] CRAIG (Paul), « Accountability and Judicial Review in the UK and EU : Central Precepts » [Responsabilité et contrôle administratif juridictionnel au Royaume-Uni et en Union européenne : préceptes centraux], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 180-199.

[175] « *Parliamentary sovereignty means that Parliament can, if it chooses, legislate contrary to fundamental principles of human rights. [...] The constraints upon its exercise by Parliament are ultimately political, not legal* », *in* Chambre des Lords, *R v Secretary of State for the Home Dept., ex p Simms*, [1999] UKHL 33.

[176] Dicey estime ainsi que même un tyran est obéi par la masse de ses sujets (« *the bulk of his subjects* ») et que Frédéric le Grand et à Napoléon III, n'auraient pas atteint le point de bascule qu'est une forte résistance (« *serious resistance* ») de leurs sujets. Au contraire, James Ier aurait atteint cette bascule en causant la révolution de 1688. DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, respectivement p. 77-82.

Communes. Selon Lord Steyn, la décision *Jackson* présente cette suprématie de la *common law* de la façon suivante :

> « La description classique faite par Dicey de la doctrine de la suprématie du Parlement, pure et absolue comme elle l'était, peut désormais être vue comme déplacée dans le Royaume-Uni moderne. Néanmoins, la suprématie du Parlement est toujours le principe *général* de notre constitution. C'est une construction de la *common law*. Les juges ont créé ce principe. Si c'est le cas, il n'est pas impensable que des circonstances pourraient naître, telles que les cours pourraient devoir créer un principe établi sur une hypothèse différente de constitutionnalisme » [177].

Cette affirmation, non consensuelle, n'a pas été suivie de plus d'effet que la doctrine du juge Coke. De la sorte, il est difficilement pensable d'en faire le fondement théorique de la présente étude, pour écarter l'étude du *Freedom of Information Act 2000* et préférer celle des droits d'accès à l'information issus de la jurisprudence.

## B. La proposition apparemment distincte d'une différenciation entre lois constitutionnelles et lois ordinaires

Si certaines lois britanniques doivent être considérées constitutionnelles par opposition à des lois ordinaires, et bénéficiant comme telles d'une forme de retranchement, cette distinction pourrait avoir une influence sur l'identification d'un droit constitutionnellement garanti à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Ceci d'autant plus qu'en réalité, le droit formellement constitutionnel, selon la proposition du juge Laws[178], serait désormais le droit jurisprudentiel, dit de *common law*.

---

[177] Lord Steyn, Chambre des Lords *Jackson v A-G* [2005] UKHL 56, § 102 (extrait) : « *The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United KingdoM. Nevertheless, the supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalisM.* »

[178] Haute Cour, *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), 18 février 2002, § 64, « this benign development ».

C'est la conséquence de la proposition « bénigne » du juge Laws dans l'affaire *Thoburn* (1). Néanmoins, cette proposition contredit frontalement la souveraineté parlementaire britannique (2).

## 1). La proposition « bénigne » du juge Laws dans l'affaire Thoburn

Une proposition doctrinale britannique est spécialement intéressante pour l'étude, quoique dénuée à ce jour d'effet pratique : la distinction entre deux types de législations primaires. Certaines lois du Parlement seraient constitutionnelles (*constitutional statutes*) alors que d'autres seraient ordinaires (*ordinary statutes*). La distinction entre ces catégories tiendrait à la soumission ou non à l'*implied repeal*, c'est-à-dire à l'abrogation implicite. Il en résulterait une forme minimale de retranchement d'une partie des lois britanniques. Ainsi pour modifier une loi constitutionnelle, il serait nécessaire que les parlementaires de Westminster en émettent explicitement le souhait. M. Parpworth développe spécialement cette théorie dans son manuel de droit constitutionnel et administratif[179], qu'il rattache à l'affaire *Thoburn v Sunderland City Council*[180].

Dans cet arrêt, le juge Laws, après avoir longuement rappelé le principe et l'effet de la doctrine de l'*implied repeal*, conséquence nécessaire de la souveraineté parlementaire britannique, choisit de s'en écarter radicalement. Après avoir rappelé que le droit de l'Union européenne ne peut se retrancher lui-même (§§ 58-59), il intitule son troisième point de développement « la loi sur les communautés européennes est une loi constitutionnelle qui, par la force du *common law*, ne peut être implicitement abrogée »[181]. Lord Laws a le mérite d'affirmer clairement ses positions :

> « Ces dernières années, le droit jurisprudentiel a permis, ou plutôt créé, des exceptions à la doctrine de l'abrogation implicite : une doctrine qui a toujours été une créature du droit jurisprudentiel. Il y a désormais des classes ou types de dispositions législatives qui ne peuvent pas être abrogées par simple implication. Ces catégories sont identifiées par nos

[179] PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p. 89-92, également p. 206.
[180] *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), 18 février 2002.
[181] « *Third Conclusion : the European Communities Act is a Constitutional Statute which by Force of the Common Law Cannot Be Impliedly Repealed* ».

propres cours et par elles seules, cours auxquels la nature et la portée de la souveraineté parlementaire sont confiées. »[182]

Lord Laws précise sa pensée dans la suite de son propos. D'abord, il propose une définition des lois constitutionnelles – le *Freedom of Information Act 2000* pourrait apparemment en faire partie, dès lors qu'il remplit la première et vraisemblablement la seconde condition avancée – et en donne des exemples (§ 62) :

> « Nous devrions reconnaître une hiérarchie des lois du Parlement, comme s'il était des lois ordinaires et des lois constitutionnelles. Les deux catégories doivent être distinguées sur une base de principe. A mon avis, une loi constitutionnelle est une loi qui (a) conditionne la relation de droit entre les citoyens et l'Etat de façon générale, ou (b) élargit ou diminue le champ de ce que nous appellerions désormais les droits fondamentaux constitutionnels. (a) et (b) sont par nécessité intimement liés : il est difficile de penser à une situation (a) qui ne soit pas également une situation (b). Le statut spécial des lois constitutionnelles suit le statut spécial des droits constitutionnels. Par exemple, la Grande Charte, la Pétition des Droits de 1689, l'Acte d'Union, l'Acte de Réformation qui organisa et élargit la franchise, la loi sur les droits de l'homme, la loi sur l'Ecosse de 1998 et la loi sur le gouvernement du Pays-de-Galles de 1998 sont des lois constitutionnelles. La loi sur les communautés européennes appartient clairement à cette famille. Elle a intégré l'entier *corpus* de droits et d'obligations substantifs de la Communauté, et a donné un effet domestique de primauté à la machinerie judiciaire et administrative du droit communautaire. Il se peut qu'il n'y ait jamais eu une loi ayant un effet aussi profond sur tant d'aspects de nos vies quotidiennes. La loi sur les communautés européennes est, par la force du droit jurisprudentiel, une loi constitutionnelle. »[183]

---

[182] *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), 18 février 2002, § 60 (extrait) : « *The common law has in recent years allowed, or rather created, exceptions to the doctrine of implied repeal : a doctrine which was always the common law's own creature. There are now classes or types of legislative provision which cannot be repealed by mere implication. These instances are given, and can only be given, by our own courts, to which the scope and nature of Parliamentary sovereignty are ultimately confided*. »

[183] *Idem*, § 62 (extrait) : « *We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament : as it were "ordinary" statutes and "constitutional" statutes. The two categories must be distinguished on a principled basis. In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a)*

Ensuite, il s'intéresse aux règles d'interprétation qui guideraient les juridictions afin de déterminer si tel ou tel texte a pu être écarté. L'exigence proposée est celle d'un texte si explicite qu'il ne permette aucune autre interprétation. De fait, la protection proposée de droits spécifiques reste très limitée puisque le Royaume-Uni a déjà connu un certain nombre de *Habeas Corpus Suspension Acts*, construits d'une façon répondant au test du juge Laws[184].

Enfin, avec une grande audace, Lord Laws affirme que sa doctrine non seulement « préserve la souveraineté du parlement », mais encore la flexibilité de la constitution britannique (§ 64) :

> « Cette évolution du droit jurisprudentiel concernant les droits constitutionnels, et comme je le dirais lois constitutionnelles, est hautement profitable. Cela nous donne la plupart des avantages d'une constitution écrite, dans laquelle un respect spécial est accordé aux droits fondamentaux. Cette évolution préserve également la souveraineté de la législation et la flexibilité de notre constitution non codifiée. Elle accepte que la relation entre la législation souveraine et les droits fondamentaux n'est pas fixée ou cassante : plutôt, les cours (en interprétant les lois et, maintenant, en appliquant la loi sur les droits de l'homme) auront plus ou moins de déférence pour le législateur ou d'autres décideurs publics, selon le sujet concerné. Ce développement bénin implique, comme je l'ai dit, la reconnaissance de la loi sur les communautés européennes comme étant une loi constitutionnelle. Rien n'est plus simple que cela. »[185]

---

*that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998. The ECA clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations, and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law. It may be there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives. The ECA is, by force of the common law, a constitutional statute.* »

[184] Ainsi les *Habeas Corpus Suspension Acts* de 1688, 1745, 1794, 1798, 1799 et 1817.

[185] *Idem*, § 64 : « *This development of the common law regarding constitutional rights, and as I would say constitutional statutes, is highly beneficial. It gives us most of the benefits of a written constitution, in which fundamental rights are accorded special respect. But it preserves the sovereignty of the legislature and the flexibility of our uncodified constitution. It accepts the relation between legislative supremacy and fundamental rights is not fixed or brittle: rather the courts (in interpreting statutes, and now, applying the HRA) will pay more or less deference to the legislature, or other public decision-maker, according to the subject in hand. Nothing is plainer than that this benign development involves, as I have said, the recognition of the ECA as a constitutional statute.* »

## 2). Une proposition en contradiction avec la souveraineté parlementaire britannique

Pour la présente étude, une remarque s'impose : la doctrine du juge Laws n'est aucunement consensuelle, ni même majoritaire, de sorte qu'elle ne saurait traduire la réalité du droit britannique à ce jour. Il est donc inutile de chercher à établir si le *Freedom of Information Act 2000* est susceptible d'être qualifié de loi constitutionnelle au sens du juge Laws. Qu'une telle question vienne à se poser dans un avenir proche est d'ailleurs hautement improbable : cette doctrine, malgré les affirmations contraires du juge, est rigoureusement incompatible avec la souveraineté parlementaire.

Paradoxalement, la principale faiblesse de cette doctrine est son caractère explicite. Les juridictions britanniques mettent déjà en œuvre, sous couvert d'interprétation, des trésors d'imagination pour garder le droit statutaire britannique en accord avec le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme. De cette façon, la souveraineté parlementaire britannique est maintenue en principe[186] et, en cas de violation du droit international, une condamnation dans l'ordre international est considérée comme un trouble préférable à la remise en cause du cœur du constitutionnalisme britannique. Avec les affirmations du juge Laws, cette souplesse disparaît justement, au lieu de se maintenir.

Si le droit jurisprudentiel[187] habilite les cours à décider elles-mêmes explicitement de la qualité des lois du parlement britannique parmi plusieurs catégories qu'elles ont elles-mêmes déterminées, avant de pouvoir en priver certaines d'effet, alors la souveraineté parlementaire britannique n'est plus. La situation proposée par le juge Laws est telle que : d'une part, les cours pourraient déroger à certains actes du Parlement de Westminster dans leurs jugements ; d'autre part, l'habilitation à cette dérogation relèverait de la *common law*, donc du bon plaisir des cours. Dans cette situation, les lois de Westminster ne seraient plus les seules normes à pouvoir déroger à d'autres lois de Westminster, et l'habilitation à cette dérogation serait donnée aux cours par elles-mêmes. Ces conditions suffisent à exclure la constitutionnalité des lois de Westminster comme étant les seules à pouvoirs se déroger à elles-mêmes.

[186] En pratique, ce maintien a le coût d'une violation du droit statutaire à chaque fois qu'une interprétation est construite de façon à détourner son sens littéral.

[187] Relativement au droit britannique, la traduction est spécialement importante pour ôter tout effet impropre aux sources de droit évoquées. Trop souvent, les mystères de la *common law* ou les mystères de la constitution non écrite britannique servent à masquer des faiblesses de raisonnement.

Quant à la précaution oratoire du juge Laws, relative à la soumission des cours aux lois dont les termes seraient explicites, elle ne saurait suffire à préserver la souveraineté parlementaire britannique. Si les cours peuvent s'habiliter du jour au lendemain à contrevenir à une partie des lois de Westminster, au gré des mystères de la *common law*, elles pourraient très bien s'autoriser à considérer que certaines lois sont désormais définitivement hors de portée du parlement (par exemple la Grande Charte), ou encore à n'autoriser de modification de ces textes que sous réserve d'un contrôle de conformité de la loi à certains principes de *common law*. L'existence d'un tel pouvoir d'habilitation des cours par les cours serait la manifestation d'une fin de la souveraineté parlementaire. La « déférence » mise en avant par le juge Laws (§ 64), libre et volontaire, n'a ainsi rien à voir avec la soumission des juridictions à la loi existant actuellement. *A minima*, la législation britannique serait privée de son caractère formellement constitutionnel lorsqu'elle laisserait la moindre place à l'interprétation par les juges ; *a maxima*, la Cour suprême britannique se trouverait dans la position d'un Conseil constitutionnel capable de dire quelle loi votée par le constituant est constitutionnelle ou non, sans y avoir été habilité par la Constitution[188]. Ce serait encore le cas d'un Conseil d'Etat qui déciderait que les principes généraux du droit l'autorisent à refuser d'appliquer une loi qui en abrogerait implicitement une autre, qu'il identifierait lui-même, en prétendant rester soumis au Parlement dans l'ordre de production du droit. Dans tous les cas, l'absence d'habilitation par le constituant, en l'espèce le Parlement britannique, condamne toute conformité de cette doctrine au droit existant.

Remarquablement enfin, la mise en œuvre de cette doctrine serait d'effet largement équivalent aux pratiques d'interprétation conforme existantes. Cette doctrine se borne ainsi à proposer une révolution juridique sans assurer une plus grande protection des droits fondamentaux ou des lois relatives à la structure du Royaume-Uni, modifiables au simple coût d'une affirmation explicite en ce sens. A ce jour, l'idée d'une interprétation plus ou moins abusive des cours afin de maintenir la structure de l'ordre juridique britannique, reste dominante.

Avant de pouvoir étudier sereinement le droit statutaire britannique afin d'y identifier les énoncés de référence pour la présente étude, une dernière précaution doit être prise : l'exclusion des conventions de la constitution britannique.

[188] La question de savoir si le constituant présent pourrait lier le constituant futur est volontairement laissée de côté.

## §3. Exclure résolument de l'étude les conventions de la Constitution

Les conventions de la Constitution sont à exclure du champ du droit. Soumises à un double discours particulièrement regrettable, ces conventions sont toujours traitées comme faisant partie des sources du droit public et nombreux sont les auteurs qui estiment qu'elles s'imposent aux personnes qu'elles concernent et ont la qualité de « normes »[189], ou encore qu'une convention est « une règle contraignante, une règle de comportement acceptée comme obligatoire par ceux concernés par la marche de la constitution »[190]. Ces définitions incluant un élément d'obligation ne sont pourtant pas consensuelles. Ces *conventions of the constitution* semblent, comme la *common law*, être l'objet d'une imprécision nourrie et chérie par une partie de la doctrine britannique, permettant à toute personne d'y inclure les éléments de son choix. Sur des tons plus prudents, il a ainsi pu être écrit que :

> Les conventions sont « des règles de prudence »[191].
>
> « Ni le concept lui-même ni les conventions elles-mêmes ne sont aisément définies, ceci aussi bien relativement à leur formulation qu'à leur application. Leur utilité, donc, est souvent variable, incertaine et potentiellement obscure. En raison de leur caractère élusif et possiblement indéterminé, leur utilité peut bien être renforcée si elles sont vues non pas tant comme des règles, des préceptes obligatoires ou encore des maximes, mais davantage comme des précédents, guidant plutôt que prescrivant des conduites et des comportements dans des circonstances particulières »[192].

---

[189] Pour l'usage du terme norme, p 64, TUSHNET (Mark), « Judicial Accountability in Comparative Perspective » [La responsabilité judiciaire dans une perspective comparatiste], *op. cit*.

[190] WHEARES, *Modern constitutions*, cité par PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p. 237.

[191] SHARMAN (Campbell), « Upper Houses » [Les chambres supérieures], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 157-172., p. 157 : « *conventions, in the sense of rules of prudence* ».

[192] NETHERCOTE (J. R.), « Parliament » [Parlement], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], *op. cit.*, p 137-156., p. 137 : « *neither the concept itself nor the conventions themselves are easily defined either as to formulation or to application. Their utility is, thus, often variable, uncertain and potentially obscure. Because of their elusive and possibly indefinite character, their utility may well be strengthened if they are viewed not so much as rules or obligatory precepts or maims, but are seen instead as precedents, in particular circumstances guiding rather than prescribing conduct and behaviour*. »

Les conventions sont évoquées au cœur de la constitution britannique, puisque la responsabilité des ministres devant le parlement, tantôt individuelle, tantôt collective, en dépendrait. Bien plus que le droit, les conventions laisseraient voir la réalité de la constitution britannique selon certains auteurs[193]. De façon plus rigoureuse, les conventions doivent apparaître comme l'expression de l'usage habituel parmi les différents comportements autorisés par le droit. Le fait que les conventions de la constitution permettent de décrire efficacement la vie politique, voire constitutionnelle, britannique[194], n'implique ni l'inexistence du droit, ni que les conventions soient elles-mêmes des normes juridiques.

Tous les auteurs s'accordent ainsi pour constater que ces pseudo-normes évoluent par « simple abandon de la pratique antérieure » [195], ou encore lorsque le consensus relatif à leur existence disparaît[196]. Les juridictions, d'ailleurs, ne s'y trompent pas : s'il leur arrive de constater l'existence ou l'inexistence de telle ou telle convention, c'est toujours en les cantonnant au domaine du fait et non du droit[197], sans leur attacher de conséquence juridique[198]. Y compris dans les manuels récents, c'est vers Dicey que l'on se tourne pour admettre finalement que les conventions « ne sont en réalité pas des lois du tout puisqu'elles ne sont pas mises en œuvre par les cours »[199]. Ces conventions sont donc à renvoyer au domaine de la morale politique. *In fine*, le résumé diceyen selon lequel la sanction des conventions n'est pas juridique mais bien politique tient toujours lieu de référence[200].

Dès lors, un droit constitutionnellement garanti à l'accès aux informations détenues par les agents publics ne saurait être recherché au sein des conventions de la constitution

---

[193] DE SMITH (Stanley) et BRAZIER (Rodney), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], 8e éd., Londres et New-York, Penguin Books, 1998, XII-705 p., p. 27.

[194] CRAIG (Paul), *Administrative Law* [Droit administratif], *op. cit.*, p. 205, mentionne les conventions comme servant à régler la vie constitutionnelle (« *there has always been much in the constitutional life of the United-Kingdom that has been regulated not by statute, but by convention, practice and the rules of the game* »).

[195] Ainsi WHEARES*, idem* ; également DE SMITH (Stanley) et BRAZIER (Rodney), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*

[196] RUSSEL (Peter H.), « Codifying Conventions » [Codifier les conventions], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], *op. cit.*, p 233-249, p. 245.

[197] MENZIES (Jennifer) et TIERNAN (Anne), « Caretaker conventions » [Les conventions d'interim], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], *op. cit.*, p 91-115., p. 92, 103, 105, 109 ; également DUNCAN (Grant), *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], *op. cit.*, p 217-232, p. 218.

[198] Par exemple, *A-G v Jonathan Cape Ltd.* [1976] 1 QB 752 (relatif à la publication des mémoires d'un ancien ministre) ; *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Southall* [2003] EWCA 1002 (relatif à l'adoption du traité de Nice).

[199] Dicey, cité par PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p. 237.

[200] DUNCAN (Grant), « New Zealand » [Nouvelle-Zélande], *op. cit.*, p. 225.

britannique, quand bien même certaines conventions toucheraient à l'information des citoyens par le gouvernement ou par le parlement britannique.

## Conclusion de la section

Le droit du Royaume-Uni présente la spécificité que les évidences juridiques, au premier rang desquelles la souveraineté parlementaire – pour déstabilisante qu'elle soit pour le juriste continental – ne sont qu'apparentes. Ainsi même l'affirmation classique de ce qu'il ne peut être dérogé à un *Act of Parliament* que par un autre *Act of Parliament* doit toujours être mesurée à l'aune du droit positif et de la jurisprudence. Dicey reproche déjà à Blackstone une présentation du droit constitutionnel britannique archaïque, à bien des égards différente du droit positif ; c'est le même reproche qui est fait par certains des juges de la Chambre des Lords à Dicey, relativement à la nature de la prérogative royale comme à celle du droit statutaire. Ce reproche de non-conformité à la réalité doit également être fait aux doctrines récentes de la normativité des conventions. A ce jour, seule une loi votée à Westminster peut contrevenir à une autre loi votée à Westminster, de sorte que pour la présente étude, c'est bien la législation primaire britannique qui doit être considérée comme la source du droit pertinente. Cette solution, qui doit être considérée acquise pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord, doit encore être étendue à l'Ecosse, à laquelle le Parlement britannique à dévolu un pouvoir législatif presqu'indépendant.

## SECTION I. LA POSSIBILITE D'ECARTER DE L'ETUDE LE *FREEDOM OF INFORMATION (SCOTLAND) ACT 2002*

Au Royaume-Uni, le parlement de Westminster a progressivement accordé plus d'autonomie à l'Ecosse, au Pays-de-Galles et à l'Irlande du Nord ; ce phénomène est qualifié de « dévolution ». Chacune de ces régions dispose désormais d'une assemblée parlementaire, d'un gouvernement local et de pouvoirs législatifs plus ou moins étendus. Ces régions restent néanmoins soumises à la souveraineté du parlement britannique. La dévolution, dont les principaux textes datent de la seconde moitié du XX^e^ siècle, est la plus aboutie en Ecosse. Cette région, dont les autorités ne sont pas soumises au *Freedom of Information Act 2000* voté à Westminster, est soumise au *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* voté à Edimbourg au pied du *Royal Mile*.

Le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* peut être écarté de l'étude. Sa place est subordonnée dans la hiérarchie des normes, relativement à tous les textes émanés du parlement britannique : l'habilitation du parlement écossais à énoncer des normes sur le fondement d'un *Scotland Act* exclut la faculté, pour lui, d'influer sur la validité d'une loi de Westminster (§1). En matière contentieuse, les droits qu'il ouvre par exception sont plus larges que ceux ouverts par la loi de 2000, ce texte ne peut donc servir de référence pour établir le standard britannique minimal du droit de l'accès aux documents détenus par les agents publics. Le standard d'accès aux informations détenues par les agents publics est bien fixé pour le Royaume-Uni par le *Freedom of Information Act 2000* (§2).

### §1. L'habilitation à énoncer des normes sur le fondement des *Scotland Acts*, exclusive de la faculté d'influer sur la validité d'une loi de Westminster

Le degré de dévolution en Ecosse est fixé par les différentes lois qui lui sont relatives, spécialement le *Scotland Act 1998*, modifié notamment par le *Scotland Act 2012* et le *Scotland Act 2016* ; d'autres textes y ont apporté des modifications ponctuelles[201]. La loi écossaise de

[201] Il a pu s'agir de textes sectoriels ponctuels, aussi bien que de réformes majeures du système politique britannique. Par exemple :
– *Water Industry Act 1999* ;
– *Constitutional Reform Act 2005* ;
– *Finances Act 2014*.

2002 sur la liberté de l'information a été votée sur le fondement de cette législation. Néanmoins, un obstacle radical demeure à la prise en compte du *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* : l'impossibilité de le considérer comme une loi formellement constitutionnelle.

Si le parlement écossais est en apparence libre de fixer le régime de l'accès aux documents administratifs pour les agents publics relevant de sa compétence (A), il est en réalité toujours soumis au contrôle de conformité de ses textes aux lois votées par le parlement britannique sis à Londres. La législation écossaise doit nécessairement être conforme à la législation britannique (B)

## A. Un parlement écossais apparemment libre de fixer le régime de l'accès aux documents administratifs pour les agents publics relevant de sa compétence

Le parlement écossais est apparemment libre de fixer le régime de l'accès aux documents administratifs pour les agents publics relevant de sa compétence. « Compétence » est bien le terme clé pour étudier la réalité du pouvoir normatif de ce parlement. Dès lors qu'il s'agit d'un organe constitué, habilité à créer certains types de normes, il est possible d'établir rationnellement quelle est la place de ce parlement dans l'architecture institutionnelle britannique.

La législation écossaise est revêtue en principe de l'autorité des *Acts of Parliament* (1). Une hypothétique soumission de la législation écossaise à la *common law* a néanmoins été mise en avant (2).

### 1). Une législation écossaise revêtue en principe de l'autorité des *Acts of Parliament*

Le parlement écossais est habilité par le *Scotland Act 1998* à voter des textes ayant l'apparence d'*Acts of Parliament*, comme les textes pris par la Reine en son Parlement. Ces « *Acts of the Scottish Parliament* » reçoivent la sanction royale comme les lois émanées de Westminster[202]. Néanmoins, ces textes n'ont de validité que tant qu'ils sont limités géographiquement à l'Ecosse, n'empiètent pas sur la compétence réservée du parlement de Westminster, ne

[202] *Scotland Act 1998*, article 28.

modifient pas certains textes spécialement protégés, n'enfreignent pas la Convention européenne des droits de l'homme ni, enfin, ne modifient le rôle du *Lord Advocate* à la tête du système judiciaire pénal en Ecosse, directement rattaché à la Couronne britannique[203]. A cette fin, avant la promulgation d'une loi écossaise, un contrôle *a priori* de conformité à ces conditions peut avoir lieu ; il est mené par la Cour suprême britannique[204].

Après que la sanction royale ait été accordée à une loi du parlement écossais, il appartient encore à toute juridiction de prendre en compte la limite posée par l'article 29 du *Scotland Act 1998*, limite relative à la compétence du Parlement écossais. Par le jeu des mécanismes d'appel, la Cour suprême est l'organe supérieur de décision quant à une telle violation de sa compétence par le parlement écossais[205]. En l'absence de violation des normes qui s'imposent à elles, les lois du parlement écossais ont le statut de *primary legislation*, c'est-à-dire la même valeur que les lois du parlement de Westminster. Hors le cas d'une violation par le parlement écossais de sa compétence, les cours écossaises sont pleinement soumises à ses lois.

## 2). Une hypothétique soumission de la législation écossaise à la *common law*

Une hypothèse contraire à celle de la valeur d'*Act of Parliament* a été soulevée, au sein de la Cour suprême elle-même, dans l'affaire *AXA assurance*[206]. Après avoir confirmé la conformité du *Damages (Asbestos-related Conditions) (Scotland) Act 2009* à la Convention européenne des droits de l'homme, les juges ont été amenés à discuter de la possibilité d'un fondement de contrôle de cette loi sur la base du *common law*.

Lord Hope, bien conscient que cette réflexion touche indirectement à la question de la souveraineté du Parlement de Westminster, s'inscrit à la suite de Lord Steyn (affaire *Jackson*[207]) pour considérer que la *common law* ne doit pas nécessairement reculer devant un parlement (§§ 50-51). Estimant sa tâche facilitée par le fait que le parlement écossais n'est pas souverain, il affirme que le principe de la *rule of law* implique pour les juges de ne pas reconnaître des lois

[203] *Scotland Act 1998*, article 29. Parmi les textes spécialement protégés figurent le *Human Rights Act 1998* (dans son intégralité), certains éléments des *Union with Scotland Act 1706* et *Union with England Act 1707* ou encore du *Social Security Administration Act 1992*, mais encore l'essentiel du *Scotland Act 1998* lui-même. La liste de ces textes est amendable par la reine, par ordre en conseil (*Order in Council*), d'après l'article 30 du *Scotland Act 1998*.

[204] *Scotland Act 1998*, articles 32, 32A, 33, 34 et 35.

[205] En ce sens spécialement Cour suprême, 12 décembre 2012, *Imperial Tobacco Ltd v Lord Advocate* [2012] UKSC 61.

[206] Cour suprême, 12 octobre 2011, *AXA General Insurance Ltd, Petitioners* [2011] UKSC 46.

[207] Chambre des Lords, 13 octobre 2005, *Jackson and others (Appellants)* v. *Her Majesty's Attorney General (Respondentt),* [2005] UKHL 56.

qui viendraient abolir le *judicial review* ou diminuer le rôle des juridictions pour la protection des droits des individus[208]. Lord Hope refuse néanmoins de reconnaître un *judicial review* de *common law* qui puisse être opposé aux lois, sur une base d'irrationalité, de disproportion ou d'arbitraire[209], dans la mesure où le *Scotland Act 1998* prévoit un contrôle de conventionalité des lois du parlement écossais[210] (§ 52). Lord Brown approuve cette opinion ; Lord Mance également, quoiqu'il soit moins opposé au contrôle sur le fondement d'*irrationality* que Lord Reed.

Au contraire, Lord Reed affirme que le parlement de Westminster a voulu des pleins pouvoirs pour le Parlement de Holyrood, dans les limites de la compétence transférée, de telle sorte que « ses décisions relativement à la façon d'exercer ses pouvoirs législatifs ne requièrent aucune autre justification que la volonté du Parlement. Il est en principe responsable de l'usage de ses pouvoirs, dans les limites posées par l'article 29(2), devant l'électorat plutôt que devant les cours » (§147)[211]. Néanmoins, Lord Reed estime ensuite que la soumission du parlement écossais aux textes émanés du parlement de Westminster et à ceux mentionnés par lui dans le *Scotland Act*, comme la Convention européenne des droits de l'homme, n'épuise pas les contrôles s'imposant à lui. Parce que le Parlement de Westminster ne saurait porter atteinte aux droits fondamentaux que par des termes dénués de toute ambiguïté d'une part (§151), et parce que ce pouvoir ne saurait être délégué que dans les mêmes conditions d'autre part (§152), alors le *Scotland Act* devrait être interprété comme se refusant à autoriser le parlement de Holyrood à abroger des droits fondamentaux ou à violer la *rule of law (*§ 153)[212]. Un contrôle de conformité des lois écossaises aux principes de la *common law* serait donc possible. Les juges Kerr, Clarke et Dyson se rangent aux affirmations des juges Hope et Reed (§ 177). Cette discussion

---

[208] Le principe de *rule of law* peut généralement être traduit comme « principe de l'Etat de droit ». Dans le cadre du droit britannique, néanmoins, ce principe est encore plus indéterminé qu'en droit français ou allemand, et il conviendrait davantage de traduire *rule of law* par « règle de soumission aux principes généraux du droit ». De plus, dans l'esprit des juges britanniques, eux seuls sont susceptibles de définir ces principes, d'où une pratique par eux de la *rule of law* comme d'un « principe de soumission à la sagesse des juridictions », et une mention fréquente de la *rule of law* pour s'opposer à la primauté des lois du parlement de Westminster, comme c'est le cas en l'espèce.

[209] « *Irrationality, unreasonableness or arbitrariness* » ; ces moyens sont ceux invocables en cas de *judicial review* d'un acte administratif.

[210] Ses mots sont néanmoins délicatement pesés, car il affirme qu'un tel contrôle « n'est pas nécessaire » (*is not needed*) en raison de l'existence du contrôle de conformité à la CEDH. Rien ne permet de dire quelle serait son opinion si ce dernier contrôle disparaissait.

[211] « *Its decisions as to how to exercise its law-making powers require no justification in law other than the will of the Parliament. It is in principle accountable for the exercise of its powers, within the limits set by section 29(2), to the electorate rather than the courts* », *in* Cour suprême, 12 octobre 2011, *AXA General Insurance Ltd, Petitioners* [2011] UKSC 46, Lord Reed, § 147.

[212] Arguments exprimés par référence, respectivement à *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms*, [2000] 2 AC 115, §131, et *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Pierson*, [1998] AC 539, §§ 575 et 591.

n'est pas poursuivie dans le sens d'effets pratiques, dans la mesure où rien n'indiquerait en l'espèce une telle violation.

Aucune juridiction depuis la Glorieuse Révolution n'a dépassé le stade des discussions sur l'étendue des pouvoirs du juge britannique pour annuler un *Act of Parliament* quel qu'il soit, y compris les *Habeas Corpus Suspension Acts* votés entre 1688 et 1817[213]. Pour la présente étude, il est nécessaire de supposer que ces discussions, appartenant à la motivation de décisions juridictionnelles et toujours dénuées d'effet pratique, sont insusceptibles de mettre réellement en jeu le principe de la souveraineté parlementaire britannique. Par conséquent, il en va de même pour la soumission des cours aux lois écossaises. L'assimilation d'une loi écossaise conforme au *Scotland Act 1998* à un droit formellement constitutionnel n'est pas possible, dès lors qu'il reste un organe subordonné au Parlement de Westminster.

## B. Une législation écossaise nécessairement conforme à la législation britannique

L'usage de l'expression *primary legislation* pour parler des lois du parlement écossais est regrettable dans la mesure où, malgré le mécanisme de dévolution, le parlement de Westminster reste le souverain juridique au Royaume-Uni[214]. L'article 28 point (7) du *Scotland Act* rappelle ainsi que le parlement de Westminster conserve son pouvoir de légiférer pour l'Ecosse ; de telles dispositions existent également pour le Pays de Galles et l'Irlande du Nord. Il est ainsi loisible au parlement de Westminster de revenir sur le *Scotland Act*. Le *Memorandum of Understanding* entre le gouvernement britannique et les administrations locales, révisé en octobre 2013, énonce simplement que Westminster agira selon la *convention of consent*, prévoyant de ne légiférer dans les compétences accordées aux régions qu'à leur demande ou avec leur accord. Ce document n'a aucune valeur juridique et rappelle dès son paragraphe n° 2 sa valeur purement informative.

---

[213] A propos de cette conséquence de la souveraineté parlementaire, Dicey rappelait que « si le *Dentists Act, 1878*, contrevenait par malheur aux termes de l'Acte d'Union, alors l'Acte d'Union serait abrogé *pro tantori*, mais aucun juge n'imaginerait que le *Dentists Act, 1878*, serait rendu invalide ou inconstitutionnel ». Dicey, « *Should the Dentists Act, 1878, unfortunately contravene the terms of the Act of Union, the Act of Union would be pro tantori repealed, but no judge would dream of maintaining that the Dentists Act, 1878, was thereby rendered invalid or unconstitutional* », *in* DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 145.

[214] Au contraire, pour une insistance sur l'indépendance du parlement écossais dans son domaine, voir LEYLAND (Peter), *The Constitution of the United-Kingdom - A Contextual Analysis* [La Constitution du Royaume-Uni - une analyse contextuelle], *op. cit.*, p. 267 et 290.

Le *Scotland Act 2016* a inséré à l'article 28 du *Scotland Act 1998* un point n° 8 en ces termes : « il est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni ne légifèrera normalement pas en matière dévolue sans le consentement du Parlement écossais. » Au delà de sa toute particulière imprécision, ce point n° 8 ne clarifie en rien l'imprécision à parler de *primary legislation* pour les lois du Parlement écossais. Cet énoncé est soumis tout autant qu'une convention, un usage ou une décision juridictionnelle, à la souveraineté du Parlement de Westminster – il n'est garanti en rien contre une loi ultérieure s'en affranchissant ou l'abrogeant directement. Le parlement écossais n'est pas souverain et les lois qu'il vote sont toujours incapables de modifier une loi issue de Westminster, sauf disposition explicite de Westminster en ce sens.

Le contrôle mis en œuvre dans l'affaire *Axa*, soit celui de la conventionnalité des lois écossaises, procède de cette soumission au Parlement de Westminster : ce contrôle est celui prévu par l'article 29(2) du *Scotland Act 1998*.

## §2. Un standard d'accès fixé pour le Royaume-Uni par le *Freedom of Information Act 2000*

Le régime mis en place par le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* est plus favorable aux personnes demandant communication d'une information que le régime du *Freedom of Information Act 2000*. De la sorte, le régime organisé par la loi de 2000, en sus d'être le seul régime qualifiable de formellement constitutionnel, forme une base d'étude plus pertinente pour l'ensemble du droit applicable au Royaume-Uni en la matière. Les très rares cas où l'étendue du droit à la communication des informations est inférieure en Ecosse ne semblent pas suffire à renverser ce présupposé. Une fois établie la pertinence de cette approche appuyée sur le texte britannique de 2000, des comparaisons avec les régimes formellement constitutionnels du continent pourront être effectuées.

La législation britannique de 2000 doit être contextualisée dans le développement du droit de l'information détenue par les agents publics (A). Le traitement des demandes est plus favorable à la publication en Ecosse (B), tandis que les exclusions de publication sont plus nombreuses dans le *Freedom of Information Act 2000* (C). Par exception, certaines communications sont marginalement plus protégées en Ecosse que dans le reste du Royaume-Uni (D).

## A. Contextualiser la législation britannique de 2000 dans le développement du droit de l'information détenue par les agents publics

Pour M. Macrory, « les droits généraux du public à accéder à l'information, tels qu'engravés dans le *Freedom of Information Act 2000*, sont désormais un élément familier du paysage constitutionnel »[215]. Le Royaume-Uni n'a pourtant pas fait partie des nations les plus enthousiastes pour l'adoption d'un texte en la matière. Lorsque cette loi est adoptée, en 2000, le droit de l'information détenue par les agents publics a déjà connu plusieurs périodes.

Un premier temps correspond à la situation antérieure à 1968 : c'est le temps de l'administration du secret, de l'ouverture ponctuelle et marginale de l'accès aux informations, typiquement par des législations relatives aux communes et aux administrations locales. La jurisprudence a également pu, ponctuellement ouvrir des accès aux documents administratifs. En dehors de la Suède, le secret est le principe et l'accès aux informations l'exception.

Une deuxième période court de 1968 à 1990 : c'est le temps des premiers développements législatifs en matière d'accès aux informations détenues par les agents publics. En 1968 est voté le *Freedom of Information Act* des Etats-Unis, première législation d'inspiration récente en la matière, quoique sa portée soit limitée aux organes du gouvernement fédéral. C'est le premier texte majeur depuis la loi constitutionnelle suédoise de 1766. Après 1968, une telle ouverture apparaît praticable en dehors d'Etats scandinaves mal connus et peu étudiés. Des législations se développent en la matière : la loi française du 17 juillet 1978 en est l'exemple-type. Dans les trois pays du champ de comparaison, une évolution relative à l'accès aux informations personnelles est constatée : loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés en France, *Data Protection Act 1984* au Royaume-Uni, loi fédérale sur la protection des données du 27 janvier 1977 en Allemagne[216]. C'est le temps des premiers grands textes de la modernisation des rapports entre administrations et administrés ; en France, cette évolution concerne également le droit des archives et le droit de la motivation des actes administratifs[217].

---

[215] MACRORY (Richard), « Environmental Regulation as an Instrument of Constitutional Change » [Les régulations environnementales comme instrument de changement constitutionnel], *in* JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p., p 291-311, p. 293: « *general rights of public access to information in the UK as enshrined in the Freedom of Information Act 2000 are now familiar part of the constitutional landscape* ».

[216] *Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung* (loi sur la protection contre le mésusage des données personnelles lors des traitements de données) (*Bundesdatenschutzgesetz — BDSG*) [Loi fédérale sur la protection des données — BDSG], du 27 janvier 1977, BGBl. I p. 201.

[217] Respectivement loi n° 79-18, du 3 janvier 1979, sur les archives et Loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

En 1990 s'ouvre le temps de l'harmonisation européenne sectorielle en matière d'accès aux documents administratifs. La directive européenne 90/313/CEE du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, impose aux Etats européens de se pencher sur la question de l'accès aux documents administratifs s'ils ne l'avaient pas encore fait. La communication des informations relatives à l'environnement devient obligatoire de façon harmonisée. Les régimes existants, comme en France, doivent être adaptés aux exigences spécifiques européennes. Par contraste, la directive de 2003 relative à la réutilisation des informations du secteur public, qui unifie les régimes d'accès généraux existant, n'impose pas d'ouvrir de nouveaux droits d'accès[218]. Les Etats-membres ne sont pas obligés de créer un droit d'accès mais, s'ils le font, ce droit doit prendre les formes prévues par la directive.

Lorsqu'il est voté, le texte britannique de 2000 n'est donc pas considéré comme novateur en lui-même. Au contraire, il opte pour une ouverture par exception, appuyée sur de longues annexes listant les entités auxquelles il s'applique – par exception à l'exception, les entreprises publiques sont définies généralement. Cette structure le distingue radicalement des textes français et de l'Union européenne. Ainsi, la directive de 1990 connaissait déjà une définition générale du « secteur public ». Plus encore, lors de sa transposition dans les règlementations sur l'information environnementale de 1992, le Royaume-Uni avait lui-même défini généralement le « secteur public » au Royaume-Uni[219]. C'est donc un choix délibéré en 1999 que de prévoir une colossale liste d'entités à soumettre au texte de 2000, plutôt que de s'appuyer sur les définitions générales existantes. Au sein du champ de comparaison, seul le texte législatif fédéral allemand est voté plus tardivement : la loi fédérale sur la liberté de l'information date de 2005[220].

[218] Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, modifiée par la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public.

[219] *The Environmental Information Regulations 1992*, n° 1992-3240, du 18 décembre 1992, applicable à la Grande-Bretagne mais pas à l'Irlande du Nord. Ce *statutory instrument* appartient à la législation déléguée ; il émane du *Secretary of State*.

[220] *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes* (loi de règlement de l'accès aux informations du Bund) (*Informationsfreiheitsgesetz — IFG*) [loi sur la liberté de l'information — IFG], 5 septembre 2005, *BGBl*. I p. 2722.

## B. Un test de l'intérêt public à la communication plus favorable à la publication en Ecosse

Il est largement admis que le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* est plus favorable à la publication de documents administratifs que son équivalent applicable au reste du Royaume-Uni[221].

L'argument principal pour cela tient à la comparaison des modalités du *public interest test*, réalisé par l'autorité administrative sollicitée pour déterminer si l'intérêt du public à la publication surpasse les intérêts pouvant justifier un refus. La loi écossaise comme la loi britannique prévoient deux causes de refus de communication : les exemptions absolues et les exemptions relatives. Les deux lois établissent des listes de causes de refus dans leurs deuxièmes parties respectives. Seules les causes relatives de refus sont soumises au test de l'intérêt public, à la différence de certaines causes de refus qui sont qualifiées d'absolues par les articles 2 des lois de 2000 et 2002. La loi britannique prévoit ainsi une exclusion absolue relative au privilège parlementaire dont jouissent la Chambre des Communes et la Chambre des Lords (articles 2 et 34 FOI-A), ou encore pour les documents détenus ou créés par les juridictions et se rapportant à un litige (articles 2 et 32 FOI-A). La loi écossaise prévoit une exceptions absolue semblable pour les juridictions écossaises (articles 2 et 37 FOI(S)-A). Lorsque l'énumération de l'article 2 ne qualifie pas une cause de refus d'absolue, par exemple en matière d'administration de la justice (article 31 FOI-A ; article 35 FOI(S)-A), l'autorité administrative à laquelle une demande est soumise doit procéder au test de l'intérêt public. C'est cette mise en balance qui varie d'une loi à l'autre.

L'expression consacrée par le texte britannique pour le test d'intérêt public est celle selon laquelle la publication « nuirait ou nuirait probablement » à l'intérêt protégé par la cause de refus, soit par exemple la bonne administration de la justice[222]. Plus favorable à la publication, le texte écossais emploie quant à lui la formule selon laquelle la publication « nuirait, ou nuirait probablement considérablement », à la protection de la justice par exemple[223].

---

[221] Par exemple, LEYLAND (Peter), « Multi-Layered Constitutional Accountability and the Re-financing of Territorial Governance in the UK » [La responsabilité constitutionnelle multi-niveau et le refinancement de la gouvernance territoriale au Royaume-Uni], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 309-329, p 314.

[222] Article 31 FOI-A : « *if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice — (c) the administration of justice* ».

[223] Article 35 FOI(S)-A : « *if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice substantially — (c) the administration of justice* »

Plusieurs autres modalités de traitement des demandes sont plus favorables au sein du texte écossais : dans le cas où il est prévu de publier le document demandé, indépendamment de la demande, cette seule raison rend possible le refus de communication (exemption relative). Cette date de publication, celle d'un rapport ou d'une étude, par exemple, doit néanmoins être éloignée de moins de douze semaines en Ecosse (article 27 FOI(S)-A), tandis qu'aucun délai ni date déterminée n'est demandée dans le reste du Royaume-Uni (article 22 FOI-A). En outre, une possibilité de recours gracieux existe en Ecosse, avec un délai de réponse de 20 jours ouvrables (article 21 FOI(S)-A, délai porté à 30 jours dans certains cas), tandis que la loi britannique ne prévoit pas de mécanisme de ce type. Au delà de cette modalité d'examen des demandes d'accès, certaines causes de refus sont également inconnues de la loi écossaise.

## C. Des exclusions de publications plus nombreuses dans le *Freedom of Information Act 2000*

La cause absolue d'exemption du privilège parlementaire est inconnue de la loi écossaise. S'agissant des documents détenus ou créés par le parlement écossais, ceux-ci doivent être considérés en s'appuyant sur la cause relative d'exemptions portant sur la « bonne conduite des affaires publiques » (article 30 FOI(S)-A). C'est d'ailleurs également sous l'étiquette de « bonne conduite des affaires publiques » que sont protégés les documents des assemblées parlementaires galloise et nord-irlandaise (article 36 FOI-A), soumis au test de l'intérêt public. Les Communes et la Chambre des Lords sont également évoquées sous ce titre d'exemption pour ce qui ne concerne pas le privilège parlementaire ; s'agissant des chambres britanniques, cette exemption est absolue (articles 2 et 36 FOI-A).

Une différence de régime semblable est par ailleurs observable concernant le traitement des communications avec la famille royale (communications avec des membres du gouvernement ou des assemblées parlementaires). Le FOI-A prévoit une exception absolue concernant la souveraine et les prétendants directs au trône, une exception relative concernant les autres membres de la famille royale (articles 2 et 37 FOI-A) ; l'exception prévue en Ecosse à ce titre est seulement relative (article 41 FOI(S)-A).

## D. Des communications marginalement plus protégées en Ecosse

A titre d'exception, en matière de protection des communications, le FOI(S)-A est rédigé de façon plus générale que le FOI-A. La loi écossaise protège ainsi la « confidentialité des communications » qui pourraient être maintenues secrètes devant une juridiction (article 36 FOI(S)-A), et frappe d'exemption absolue les cas où une personne privée engagerait sa responsabilité en publiant cette information[224]. Le texte britannique quant à lui se limite à la relation entre un avocat et son client, qu'il soumet à une exemption simple (article 42 FOI-A). Cette distinction, qui selon le Commissaire à l'information écossais favorise la protection des relations entre un médecin et son patient, ou entre une source et un journaliste, n'influe en rien sur les protections dont bénéficient par ailleurs ces relations en droit britannique. La portée pratique de cette nuance semble de plus être limitée par l'existence du critère commun d'exemption de publication de la possibilité d'exiger réparation de la rupture de confidentialité.

L'impossibilité pour le commissaire écossais d'enquêter sur l'activité du *Procurator Fiscal*, du *Lord Advocate* ou de ses propres services, au contraire de son homologue compétent pour le reste du Royaume-Uni, peut être par ailleurs considéré défavorable au public écossais.

Le régime écossais de l'accès aux informations détenues par les agents publics semble être par exception plus favorable à la communication que le régime général britannique. Au regard de leurs différences, si, par exception à l'exception, le régime écossais peut être moins favorable que le régime britannique, cette seule constatation ne suffit pas à contredire ce que la loi britannique de 2000 établit le standard d'accès aux informations détenues par les agents publics au Royaume-Uni. Ceci aussi bien formellement que matériellement.

## Conclusion de la section

Le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* ne remplit pas le critère formel posé par cette étude, à savoir celui de droit émané directement du souverain juridique britannique, soit les *Acts of Parliament* votés à Westminster. Les juges du Royaume-Uni sont néanmoins soumis à tout acte présentant, vis-à-vis d'eux, cette force de loi, c'est-à-dire qu'ils sont soumis à la législation secondaire émanée du gouvernement ou bien à la législation des autorités locales,

[224] C'est l'opinion de M. Coppel, qui s'appuie sur le droit local du clergé et sur l'exigence générale de protection de la confidentialité judiciaire, *in* COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit.*, p. 680

avant tout en Ecosse. Cette soumission cesse dès lors que ces législations subordonnées – quoique qualifiées de *primary legislation* – sortent du cadre qui leur est prévu par le parlement de Westminster. Il est ainsi possible à un requérant de contester la validité du *Freedom of Information (Scotland) Act 2002* sur l'ensemble des fondements évoqués par le *Scotland Act 1998*, spécialement pour irrespect par le parlement de Holyrood de sa compétence ou violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'étude du seul *Freedom of Information Act 2000* éclaire également quant au statut déontique de l'accès aux informations détenues par les agents publics en Ecosse. Par son silence au sein de la loi de 2000 et dans le cadre de la loi sur l'Ecosse de 1998, le parlement britannique laisse toute latitude au législateur écossais pour permettre, interdire ou rendre obligatoire la publication de documents administratifs en Ecosse. Néanmoins, le fait que les deux textes transposent le droit européen en la matière et que leurs dispositions soient connues dans leur proximité et leurs différences permet d'éclairer quant à la situation des sujets de droit écossais. De manière générale, si les énumérations varient, les causes d'exception et leur caractère absolu ou relatif doivent être considérés comme proches des législations du même type sur le continent[225] : la vie privée, le secret industriel et commercial, les affaires étrangères, la défense et les enquêtes pénales sont ainsi protégés aussi bien en Ecosse qu'au Royaume-Uni, mais encore en France et en Allemagne[226].

[225] Pour une étude systématique des variations entre FOI-A et FOI(S)-A, voir le livret *FOI in the UK – Differences between the Scottish and the UK FOI*, publié par le *Scottish Information Commissioner*, édition du 7 août 2017.

[226] A titre d'exemple, le secret de la vie privée est protégé par l'article 40 FOI-A, l'article 38 FOI(S)-A, l'article 5 IFG-B et l'article L 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration.

## SECTION II. LA LIMITATION AU SEUL TEXTE CONSTITUTIONNEL FEDERAL EN ALLEMAGNE

L'Allemagne étant un Etat fédéral, il est possible d'étudier aussi bien le droit constitutionnel fédéral que le droit constitutionnel des *Länder*. Le choix de n'étudier que le droit constitutionnel fédéral se justifie néanmoins au delà de la nécessité de la concision. D'une part, seule la Loi fondamentale fédérale appartient au droit formellement constitutionnel au sens de la présente thèse ; d'autre part, un droit garanti par la Loi fondamentale fédérale, s'il appartient aux droits fondamentaux, serait nécessairement garanti par les *Länder*. Un tel droit d'accès, identifié au sein d'une constitution locale, est sans effet sur le droit du *Bund* (ou des autres *Länder*). Au contraire, un droit fondamental fédéral à l'accès aux informations détenues par les agents publics serait également invocable au sein de tous les *Länder.* L'article 28 de la Loi fondamentale fédérale oblige les constitutions des Länder à garantir à leurs habitants les droits fondamentaux fédéraux mais encore, plus largement, « un Etat de droit républicain, démocratique et social ». Dans un souci d'exhaustivité quant aux effets de l'éventuelle identification d'un tel droit, ces mécaniques juridiques doivent être explicitées. Il en va de même pour la complexe structure administrative allemande à laquelle ce droit serait opposable[227].

L'influence de l'organisation constitutionnelle allemande sur l'organisation de l'accès aux documents administratifs doit être rappelée (§1). La distinction des autorités administratives détentrices d'informations entre Bund et Länder implique une pluralité de régimes (§2).

### §1. L'influence de l'organisation constitutionnelle fédérale allemande sur l'organisation de l'accès aux documents administratifs

Les *Länder* allemands sont tenus au respect des droits fondamentaux énoncés par la Loi fondamentale allemande, tant au gré de son article 1er que de son article 28. L'article 1er énonce, à son alinéa 3, que « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable », tandis que l'article 28 assure que « l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale » (alinéa 1er), mais

[227] En raison de la fréquence des évolutions du droit en Allemagne – seize *Länder* et une Fédération créent des normes de droit constitutionnel et administratif indépendamment les uns des autres – il est précisé que cette section est à jour en avril 2019.

encore que « la Fédération garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des Länder avec les droits fondamentaux et avec les dispositions des alinéas 1 et 2 » (alinéa 3). Dans l'hypothèse où un droit fondamental d'accès aux informations détenues par les agents publics au sein de la Loi fondamentale allemande serait identifiable – ce droit serait donc valable dans tous les *Länder*. Dans la contre-hypothèse selon laquelle un tel droit d'accès ne serait pas imposé par la Loi fondamentale[228], il serait loisible aux législateurs fédéral et locaux d'intervenir conformément à la distinction des compétences législatives établie par les articles 70 et suivants de ce texte. Le citoyen cherchant à obtenir l'accès à un document administratif verrait alors sa situation dépendre et du *Land* dans lequel il se trouve et de la loi mise en œuvre par l'administration de ce *Land*. Même en l'absence d'influence du droit constitutionnel local sur le droit constitutionnel fédéral, les dispositions des constitutions des *Länder* permettent un ancrage dans le droit allemand de l'étude des dispositions de la Loi fondamentale fédérale. Un rappel des dispositions des constitutions locales est donc nécessaire.

Seuls le Brandebourg et le Schleswig-Holstein garantissent constitutionnellement un régime d'accès à l'information administrative (A). D'autres *Länder* connaissent des obligations ponctuelles, le plus souvent en matière d'environnement (B). Un récapitulatif des dispositions intéressant manifestement l'information administrative peut ainsi être établi (C).

## A. Le Brandebourg et le Schleswig-Holstein, seuls soumis constitutionnellement à la liberté de l'information

La constitution du Brandebourg, du 20 août 1992, garantit à ce jour la liberté de l'information. Son article 21, intitulé « droit à la participation politique », organise plusieurs droits relatifs à la vie politique. Ainsi, en dehors de ce droit de participation lui-même (alinéa 1er), la participation politique ou religieuse ne peut donner lieu à une exclusion de l'administration (alinéa 2) et le droit de pétition est garanti (alinéa 3). Les alinéas 4 et 5 touchent directement à l'information administrative. Selon l'alinéa 4 :

> « Chacun a, selon la loi, le droit d'examiner les actes et autres documents administratifs des autorités et institutions administratives du Land et des

[228] L'hypothèse d'une interdiction générale de l'accès aux informations détenues par les agents publics qui prendrait la forme d'un droit – ou plutôt d'une interdiction – fondamental et s'imposerait selon le même mécanisme est suffisamment absurde pour ne pas retenir être explorée.

communes, dans la mesure où des intérêts privés ou publics supérieurs ne s'y opposent pas »[229].

En outre, pour toute personne concernée par une procédure administrative, un droit de participation est garanti par l'alinéa 5. Ce dernier droit revêt une grande importance dans la mesure où l'indépendance des procédures administratives en cours est protégée : tant qu'une procédure n'est pas achevée, seules les parties peuvent avoir accès aux documents la concernant[230]. L'article 39 alinéa 7 de la constitution prévoit un droit spécifique d'accès aux informations en matière environnementale.

Le *Land* Schleswig-Holstein a connu une refonte complète de sa constitution le 2 décembre 2014. A cette occasion a été introduit un nouvel article 53 :

> « Article 53.
> « Transparence.
> « Les autorités administratives du *Land*, des communes et des regroupements de communes mettent les informations administratives à disposition du public, dans la mesure où des intérêts légitimes publics ou privés contraires ne priment pas. Une loi met en œuvre le présent article »[231].

Ce nouvel énoncé donne un point de comparaison supplémentaire en Allemagne pour l'étude des énoncés de la Loi fondamentale fédérale.

## B. Certains *Länder* soumis à une exigence limitée à l'information en matière d'environnement

La constitution du Mecklembourg-Poméranie occidental du 23 mai 1993 renvoie pour l'essentiel au catalogue des droits fondamentaux de la Loi fondamentale (article 5 III) ; elle

[229] L'alinéa 4 de l'article 21 de la constitution brandebourgeoise (« *Recht au politische Mitgestaltung* ») énonce : « *(4) Jeder hat nach Maßgabe des Gesetzes das Recht auf Einsicht in Akten und sonstige amtliche Unterlagen der Behörden und Verwaltungseinrichtungen des Landes und der Kommunen, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.* »

[230] Ce droit est connu auprès des autorités administratives fédérales au gré du § 29 VwVfG.

[231] Constitution du Schleswig-Holstein du 2 décembre 2014, article 53 (« *Transparenz* ») : « *Die Behörden des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände stellen amtliche Informationen zur Verfügung, soweit nicht entgegenstehende öffentliche oder schutzwürdige private Interessen überwiegen. Das Nähere regelt ein Gesetz.* »

procède néanmoins à plusieurs ajouts. Les alinéas 1 et 2 de son article 6 (intitulé « protection des données, droits d'information ») garantissent le droit de chacun à la protection de ses données personnelles et le droit d'accès à l'ensemble des données le concernant. Ces droits trouvent leurs limites dans les droits des tiers et l'intérêt public supérieur, auxquels s'ajoute le droit du Bund s'agissant du droit d'accès. L'alinéa 3 relève directement de l'accès aux informations détenues par les agents publics, puisqu'il énonce que « chacun a le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement, dont dispose l'administration publique »[232]. Ce droit doit néanmoins être organisé par la loi (alinéa 4)[233].

La constitution de la Saxe, du 27 mai 1992, intègre également l'évolution du rapport aux informations personnelles et administratives. L'article 20 de la constitution du *Land* reproduit l'article 5 de la Loi fondamentale fédérale ; au delà, les articles 33 et 34 disposent respectivement que chaque être humain a le droit de décider lui-même de la possibilité que ses informations personnelles soient recueillies, utilisées, et que toute personne a le droit de se faire communiquer les données concernant « l'environnement naturel dans son espace de vie »[234].

La constitution de Saxe-Anhalt, du 16 juillet 1992, présente des dispositions semblables. Son article 6 rassemble les différents droits ; intitulé « Protection des données, données environnementales » (*Datenschutz, Umweltdaten*), il reprend notamment la formule saxonne d' « environnement naturel dans son espace de vie ».

La constitution de la Thuringe, du 25 octobre 1993, présente également des dispositions approchantes. L'article 11 reprend également les termes de l'article 5 LF. L'article 33 quant à lui garantit pour chacun le droit à la communication des données qui concernent « l'environnement naturel dans son espace de vie ».

## C. Récapitulatif des dispositions intéressant manifestement un droit d'accès à l'information administrative

Au gré de ces développements, la liste suivante peut être construite :

---

[232] Constitution du Mecklembourg-Poméranie occidental (*Datenschutz, Informationsrechte*), alinéa 3 : « (3) *Jeder hat das Recht auf Zugang zu Informationen über die Umwelt, die bei der öffentlichen Verwaltung vorhanden sind.* »

[233] « *(4) Das Nähere regelt das Gesetz.* »

[234] Constitution de la Saxe, article 34 : « *Jede Person hat das Recht auf Auskunft über die Daten, welche die natürliche Umwelt in ihrem Lebensraum betreffen, soweit sie durch das Land erhoben oder gespeichert worden sind und soweit nicht Bundesrecht, rechtlich geschützte Interessen Dritter oder überwiegende Belange der Allgemeinheit entgegenstehen.* »

– Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*), constitution du 11 novembre 1953 : pas de disposition particulière.

– Basse-Saxe (*Niedersachsen*), constitution du 19 mai 1993 : pas de disposition générale particulière ; le droit d'enquête des commissions parlementaires, incluant l'accès aux documents administratifs, est explicitement garanti par l'article 24.

– Bavière (*Bayern*), constitution du 15 décembre 1998 : pas de disposition particulière.

– Berlin, constitution du 23 novembre 1995 : pas de disposition générale ; le public doit être informé des projets de loi (article 59).

– Brandebourg (*Brandenburg*), constitution du 20 août 1992 : l'article 21 (droit à la codécision politique), alinéa 4, droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, en l'absence d'intérêt public ou privé supérieur s'y opposant ; article 39, alinéa 7, droit d'accès aux informations relatives à l'environnement.

– Brême (*Bremen*), constitution du 21 octobre 1947 : pas de disposition particulière.

– Hambourg (*Hamburg*), constitution du 6 juin 1952 : pas de disposition particulière.

– Hesse (*Hessen*), constitution du 1er décembre 1946 : pas de disposition particulière.

– Mecklembourg-Poméranie occidentale (*Mecklenburg-Vorpommern*), constitution du 23 mai 1993 : l'article 6 III garantit l'accès aux informations relatives à l'environnement détenues par l'administration publique.

– Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*), constitution du 28 juin 1950 : pas de disposition particulière.

– Rhénanie-Palatinat (*Rheinland-Pfalz*), constitution du 18 mai 1947 : pas de disposition particulière.

– Sarre (*Saarland*), constitution du 15 décembre 1947 : pas de disposition particulière.

– Saxe (*Sachsen*), constitution du 27 mai 1992 : l'article 34 garantit l'accès aux informations relatives à l'environnement en l'absence d'intérêt supérieur s'y opposant.

– Saxe-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*), constitution du 16 juillet 1992 : l'article 6 II garantit un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement tant que ni le droit fédéral, ni les droits des tiers ni l'intérêt général ne

s'y opposent.

– Schleswig-Holstein, constitution du 2 décembre 2014, l'article 53, intitulé « transparence » prévoit que les autorités administratives du Land, les communes et les regroupements de communes mettent à disposition les informations administratives, à moins qu'un intérêt public ou privé supérieur s'y oppose.

– Thuringe (*Thüringen*), constitution du 25 octobre 1993 : l'article 33 garantit l'accès aux informations relatives à l'environnement, à moins que la loi ou les droits des tiers ne s'y opposent[235].

## §2. Une distinction des autorités administratives détentrices d'informations entre *Bund* et *Länder* impliquant une pluralité de régimes

L'organisation administrative allemande repose sur les articles 83 à 87 de la Loi fondamentale allemande. Selon l'article 83 (« répartition des compétences entre la Fédération et les *Länder* »), « sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ». Quant au droit applicable aux administrations, il est en principe calqué sur la compétence législative mise en œuvre : quelle que soit l'administration, fédérale ou locale, qui met en œuvre une loi fédérale, elle est en principe soumise au droit administratif fédéral.

Ce principe de la distinction par la compétence législative mise en œuvre par l'autorité administrative doit être précisé (A), afin d'éclairer la situation législative des Länder à ce jour, relativement à l'accès aux informations détenues par les agents publics (B).

### A. Le principe de la distinction par la compétence mise en œuvre par l'autorité administrative

La répartition constitutionnelle des compétences administratives peut être étudiée (1) pour établir une synthèse des cadres d'activité administrative (2), ainsi que l'effet de cette structure sur le droit de l'information administrative (3).

[235] Le droit d'accès aux informations personnelles, inscrit dans de nombreux textes, n'est pas pris en compte.

## 1). La répartition constitutionnelle des compétences administratives

Les articles 83 et suivants de la Loi fondamentale organisent l'exécution administrative des lois fédérales. Plusieurs cas doivent être distingués. Au gré de la structure fédérale allemande, ces cas sont présentés par la Loi fondamentale comme une série d'exceptions à la compétence générale d'exécution administrative, appartenant aux Länder.

En principe, l'exécution administrative des lois, fédérales et locales, est assurée par les Länder à titre de compétence propre (« exécution par les Länder à titre de compétence propre »[236]). Dans le cas de l'exécution des lois fédérales, cette exécution a lieu sous le seul contrôle juridique fédéral (article 84 LF) ; le droit administratif des Länder s'applique.

Par exception, certaines lois fédérales sont exécutées par les *Länder* au titre d'une « délégation » de la Fédération. Les administrations locales sont immédiatement et pleinement soumises aux autorités administratives supérieures de la Fédération, en droit comme en opportunité. Le droit administratif applicable est celui des Länder, à moins que des lois fédérales n'en disposent autrement (« exécution par délégation de la Fédération »[237]).

Par exception encore, les articles 84 et suivants de la Loi fondamentale organisent spécifiquement les domaines dans lesquels les lois fédérales sont appliquées par les administrations du Bund lui-même.

## 2). Synthèse des cadres d'activité administrative

L'accès aux informations administratives est abordé de façon hétérogène en Allemagne. Bund et Länder ne sont pas soumis aux mêmes obligations en matière d'information environnementale sur le fondement du droit de l'Union européenne. Dans une ville donnée, un citoyen peut se retrouver face aux situations suivantes :

– des administrations fédérales exécutent des lois fédérales dans le respect du droit administratif fédéral (*Bundeseigenverwaltung*, articles 86-

[236] Article 84 LF, intitulé « Exécution par les Länder à titre de compétence propre, contrôle fédéral ».
[237] Article 85 LF, intitulé « Exécution par délégation de la Fédération ».

90 LF[238]) ;

– des administrations du Land exécutent des lois fédérales dans le respect du droit administratif du Land ou de la Fédération, si la loi à exécuter l'a prévu ainsi avec l'accord du Bundesrat (*Bundesauftragsverwaltung*, article 85 LF)[239] ;

– des administrations du Land exécutent des lois fédérales dans le respect du droit administratif du Land (*Vollzug von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit*, articles 83-84 LF) ;

– des administrations du Land exécutent des lois du Land dans le respect du droit administratif du Land (*Vollzug von Landesgesetzen*, article 30 LF) ;

– des administrations communales exécutent d'une part des lois fédérales dans le respect du droit fédéral, d'autre part des lois locales et des arrêtés communaux soit dans le respect du droit du Land, soit dans le respect des règlementations communales[240].

Concrètement, le statut des informations administratives, et des informations personnelles qu'elles englobent, est susceptible de varier d'un étage à l'autre dans un même bâtiment regroupant différents services administratifs.

## 3). L'effet de cette structure sur le droit de l'information administrative

Le législateur fédéral n'est compétent en matière d'information administrative que pour ses administrations propres (essentiellement en matière d'affaires étrangères et de finances) et pour les administrations locales exécutant le droit fédéral par délégation. Ce champ est explicité

[238] Pour simplifier le propos, sont ici entendues comme administrations fédérales les « collectivités de droit public » et les « établissements de droit public » rattachés à la Fédération, que l'article 86 LF distingue de l'administration fédérale au sens propre.

[239] En pratique, l'exception est inversée et toutes les lois fédérales mises en œuvre par délégations le sont en application de la loi fédérale sur les procédures administratives ; ainsi article 1er VwVfg.

[240] A titre d'exemple, en Basse-Saxe, il n'existe pas de loi sur la liberté de l'information mais les villes de Gottingue et Brunswick ont établi des arrêtés communaux de transparence administrative : arrêté sur la liberté de l'information pour la ville de Gottingue du 9 septembre 2011, bulletin administratif n° 18, du 13 octobre 2011 (*Informationsfreiheitssatzung für die Stadt Göttingen vom 09.09.2011 – Amtsblatt der Stadt Göttingen Nr. 18 vom 13.10.2011*) ; arrêté de réglementation de l'accès aux informations du domaine propre de la ville de Brunswick – Arrêté sur la liberté de l'information – du 20 mars 2012 (*Satzung zur Regelung des Zugangs zu Informationen des eigenen Wirkungskreises der Stadt Braunschweig – Informationsfreiheitssatzung – vom 20. März 2012*).

par renvoi à l'article 1 de la loi fédérale sur les procédures administratives[241]. Les lois fédérales sur la liberté de l'information et sur la protection des données s'y appliquent.

Pour les administrations du Land qui exécutent le droit du Land ou le droit fédéral à titre de compétence propre, les lois locales sur la protection des données s'appliquent, ainsi que les éventuelles lois sur la liberté de l'information. Le Bund n'intervient dans ces cas qu'au titre du contrôle juridique (*Rechtaufsicht*), sur la bonne mise en œuvre du droit fédéral par les administrations locales. Dans le cas de l'application du droit fédéral par délégation, les administrations locales sont soumises à ce contrôle de légalité mais également à un contrôle d'opportunité, dit surveillance matérielle (*Fachaufsicht*), par les autorités administratives supérieures du Bund[242].

La possibilité pour les communes de prendre des arrêtés favorables à la liberté de l'information s'exerce dans les seuls Länder n'ayant pas adopté de loi sur la liberté de l'information : celles qui existent incluent les administrations communales dans leur champ d'application.

## B. Situation des Länder à ce jour relativement à l'accès aux informations détenues par les agents publics

Les Länder suivants ont adopté des lois sur la liberté de l'information :

– Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*): loi de règlementation de l'accès aux informations en Bade-Wurtemberg (*Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen in Baden-Württemberg – LIFG*), du 17 décembre 2015.

– Berlin : loi sur la liberté de l'information du 15 octobre 1999 (*Berliner Informationsfreiheitsgesetz - IFG Berl*).

– Brandebourg (*Brandenburg*) : loi sur la consultation et l'accès à l'information du 10 mars 1998 (*Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz - AIG*).

– Brême (*Bremen*) : loi sur la liberté de l'information du 16 mai 2006 (*Bremer*

[241] L'article 1 (« champ d'application ») de la loi fédérale sur les procédures administratives énonce ainsi, alinéa 1, que « cette loi est valable pour les activités administratives de droit public des autorités administrative (1) du Bund, des organismes relevant immédiatement du Bund, des établissements et fondations de droit public, et (2) des Länder, des communes et des communautés de communes, des personnes morales de droit public relevant de la surveillance du Land, quand ils mettent en œuvre du droit fédéral par délégation du Bund », dans la mesure où le droit fédéral ne le prévoit pas explicitement ni ne comporte de disposition contraire.

[242] Pour un approfondissement sur ce point : ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.* ; pages 258-259.

*Informationsfreiheitsgesetz - BremIFG*).

– Hambourg (*Hamburg*) : loi sur la transparence du 19 juin 2012 (*Hamburgisches Transparenzgesetz - HambTG*).

– Hesse (*Hessen*) : loi hessoise d'adaptation du droit hessois de la protection des données au règlement (UE) n° 2016/679 et de transposition de la directive (UE) n° 2016/680 et de liberté de l'information (*Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit – HDSIG*), du 3 mai 2018.

– Mecklembourg-Poméranie occidentale (*Mecklenburg-Vorpommern*) : loi sur la liberté de l'information du 10 juillet 2006 (*Informationsfreiheitsgesetz - IFG M-V*).

– Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*) : loi sur la liberté de l'information du 27 novembre 2001 (*Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen - IFG NRW*).

– Rhénanie-Palatinat (*Rheinland-Pfalz*) : loi sur la liberté de l'information du land du 26 novembre 2008 (*Landesinformationsfreiheitsgesetz - LIFG RP*).

– Sarre (*Saarland*) : loi sur la liberté de l'information de la Sarre du 12 juillet 2006 (*Saarländisches Informationsfreiheitsgesetz - SIFG*).

– Saxe-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*) : loi sur l'accès à l'information du 19 juin 2008 (*Informationszugangsgesetz Sachsen-Anhalt - IZG-LSA*).

– Schleswig-Holstein : loi sur l'accès à l'information du 19 janvier 2012 (*Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein - IZG-SH*).

– Thuringe (*Thüringen*) : loi sur la liberté de l'information du 14 décembre 2012 (*Thüringer Informationsfreiheitsgesetz - ThürIFG*).

Au contraire, n'ont pas adopté de loi comparable :

– Basse-Saxe (*Niedersachsen*) ;

– Bavière (*Bayern*) ;

– Saxe (*Sachsen*).

Conformément à la synthèse relative aux cadres de l'action administrative, les lois locales relatives à l'accès aux informations détenues par les agents publics sont applicables dans les cas où les administrations locales exécutent soit des lois du Land, soit des lois fédérales à titre

de compétence propre, soit des lois fédérales à titre de délégation sans soumission au droit administratif fédéral.

## Conclusion de la section

Dans le cas de l'Allemagne, la limitation au seul texte constitutionnel fédéral s'impose pour la faisabilité de la présente étude et se justifie en pratique. Ainsi, l'hypothèse de l'absence d'un droit fondamental fédéral à l'accès aux informations détenues par les agents publics implique un renvoi de la question au législateur fédéral et aux ordres juridiques locaux. Pour les plaideurs, connaître les clés de répartition de la compétence en matière de droit et de procédure administratifs entre le Bund et les Länder allemands est alors nécessaire. Au contraire, si un tel droit fondamental d'accès existait au sein de la Loi fondamentale, ses articles 1 et 28 impliqueraient qu'il soit respecté au sein des droits fédérés. Hors du Brandebourg et du Schleswig-Holstein, le silence constitutionnel relativement à un droit général d'accès aux documents administratifs est complet ; seule la matière environnementale est parfois mentionnée, sous l'influence du droit de l'Union européenne, au sein généralement des textes constitutionnels postérieurs à la directive 90/313/CE et à la réunification allemande.

Quant à l'identification de sources pertinentes au sein de la Loi fondamentale allemande, un présupposé est nécessaire : seuls les articles 5 I et 20 I du texte sont susceptibles de tenir ce rôle. L'article 5 I mentionne l'accès à l'information mais sans créer d'obligation opposable au législateur, tandis que l'article 20 I, qui porte sur les valeurs de la République fédérale d'Allemagne, peut éventuellement se rattacher à la question de l'accès aux documents détenus par les agents publics.

## SECTION III. LA DETERMINATION NECESSAIRE DU CONTENU DU « BLOC DE CONSTITUTIONNALITE » FRANCAIS

Ainsi que l'a écrit M. Favoreu en systématisant la notion de « bloc de constitutionnalité » : « la composition du bloc de constitutionnalité varie selon la nature des actes soumis au contrôle »[243]. Dès lors, il n'est pas suffisant d'affirmer que la source de droit pertinente pour la recherche d'un droit constitutionnellement garanti d'accès aux informations détenues par les personnes publiques est le « bloc de constitutionnalité ». C'est d'ailleurs en ce sens que l'expression « droit constitutionnel formel » ne peut être considérée comme synonyme. Au sein du bloc de constitutionnalité, il faut donc identifier quelles sont les normes proprement formellement constitutionnelles, c'est-à-dire ne pouvant être modifiées que par une norme de rang équivalent. Ensuite, afin de répondre à la condition de l'invocabilité du droit par toute personne, il est nécessaire de se limiter à la part du bloc de constitutionnalité composée des droits que la Constitution garantit, au sens de son article 61-1 relatif à la question prioritaire de constitutionnalité.

Cela signifie s'appuyer sur la Constitution de 1958 et les renvois de son préambule (§ 1), mais encore, au sein de cet ensemble, identifier le *corpus* des droits que la Constitution garantit (§ 2).

### §1. L'appui sur la Constitution de 1958 et les renvois de son préambule

Il semble raisonnable de s'appuyer sur la conception la plus large de la notion de « constitution formelle », dans les trois systèmes juridiques étudiés. Ce principe est pourtant spécifiquement porteur de difficultés dans le cas de la France. A ce jour, le préambule de la Constitution de la 1958 alinéa 1er énonce que :

> « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. »

[243] FAVOREU, *Mélanges Eisenmann*, déjà cité, p. 37.

Dès 1958, la question s'est posée de la valeur du préambule et des deux textes auxquels il renvoyait à l'époque : la Déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel a tranché explicitement la question avec la décision Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, dite « liberté d'association », n° 71-44 DC. Le Conseil, « vu la Constitution et notamment son préambule », s'appuie, considérant n° 2, sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour contrôler la loi soumise à son contrôle.

Il est nécessaire de présenter le mécanisme des renvois par le préambule de la Constitution de 1958 (A). La normativité de ce « bloc de constitutionnalité » est désormais bien admise (B).

## A. Le mécanisme des renvois par le préambule de la Constitution de 1958

Depuis la décision *Liberté d'association* de 1971, il est largement admis que le renvoi aux textes mentionnés leur fait partager la valeur constitutionnelle de la Constitution qui les mentionne dans son préambule. Les énoncés de la Charte de l'environnement, du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen doivent être considérés comme exprimant des normes constitutionnelles à part entière. Le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 comprend d'ailleurs plusieurs articles en ce sens. Depuis la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993, la notion de « protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales » a été introduite dans le texte avec l'article 53-1 de la Constitution. Suite à la révision du 28 mars 2003, les articles 72 et 73 de la Constitution évoquent l'exercice « d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». Depuis celle du 23 juillet 2008, l'article 61-1 alinéa 1 évoque les « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Une lecture du droit constitutionnel formel limitée aux articles de la Constitution est aride. Les droits et libertés alors garantis par le texte lui-même sont en grande majorité ceux du Parlement et des parlementaires pour la tenue des sessions et l'exercice de leur mandat. Pour les citoyens, il s'agit avant tout de la garantie de la liberté individuelle, dont la garde est confiée à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution. Il en va de même pour la présence au Conseil constitutionnel des anciens présidents de la République, ou encore de la possibilité

d'accorder la grâce[244]. Les articles de la Constitution assurent essentiellement une garantie de droits procéduraux rattachés à la notion de constitution matérielle, semblables à ceux susceptibles d'être mis en œuvre lors d'un recours constitutionnel organique en Allemagne.

## B. Une normativité du bloc de constitutionnalité désormais admise

A ce jour, la doctrine majoritaire s'est rangée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De fait, le champ du droit constitutionnel formel ne se limite plus au droit matériellement constitutionnel. L'interprétation qui prévalait en 1958, tant de l'intention des rédacteurs que du contexte général, était ainsi celle d'une garantie des droits de l'exécutif et non pas d'une extension du contrôle de constitutionnalité aux textes auxquels le préambule renvoyait[245]. Le système alors mis en place était cohérent, le rôle du Conseil constitutionnel consistant à assurer que le Parlement n'outrepasse pas la limite de sa compétence. Le droit comparé lui-même, à l'époque, militait en ce sens, dans la mesure où les catalogues de droits existants étaient explicitement définis comme normatifs. Cette interprétation n'est plus pertinente.

Le « bloc de constitutionnalité », auparavant le « bloc de la constitutionnalité », est devenu incontournable pour l'étude du droit et du contentieux constitutionnels français[246]. La validité de ce bloc doit être considérée comme acquise relativement au contrôle *a priori* de la validité de la loi. Lorsque les premiers auteurs théorisent l'existence de ce bloc, la jurisprudence semble déjà clairement établie en ce sens ; la question n'est déjà plus tant celle de savoir si un « bloc » de constitutionnalité existe, mais notamment d'établir ce qui distingue le bloc de constitutionnalité appliqué au contrôle de la validité des lois ordinaires, du bloc de constitutionnalité appliqué au contrôle des règlements des assemblées parlementaires, problème abordé par M. Emeri[247] puis traité systématiquement par M. Favoreu[248]. Pour la présente étude, c'est sous l'angle du contrôle *a posteriori* de la validité de la loi que le bloc de constitutionnalité doit être abordé.

---

[244] Respectivement articles 56 et 17 de la Constitution.

[245] En ce sens, l'étude de la rédaction du préambule de la Constitution par M. Boda est particulièrement révélatrice : BODA (Jean-Sébastien), « Retour sur l'élaboration du préambule de la Constitution de 1958 », *RFDC* 2016-2, 106, p 283-308.

[246] Expressions respectivement employées par Louis Favoreu et Claude Emeri.

[247] EMERI (Claude) et SEURIN (Jean-Louis), Chronique constitutionnelle et parlementaire française, *op. cit.*

[248] FAVOREU (Louis), « Le principe de constitutionnalité », *in* WALINE (Marcel) (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 33-48.

## §2. L'identification du *corpus* des droits que la Constitution garantit

L'introduction d'un article 61-1 à la Constitution de 1958 a conduit à l'identification d'un nouvel ensemble parmi les normes constitutionnelles : les droits que la Constitution garantit, invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Seuls ces droits sont opposables par les particuliers au législateur. L'article 61-1 alinéa 1er de la Constitution énonce que :

> « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

Le *corpus* des droits pertinents pour l'étude est celui des droits invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (A). Cette détermination s'appuie sur ce que l'article 61-1 de la Constitution garantit des droits aux individus (B).

### A. Le *corpus* des droits invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité

L'article 61-1 de la Constitution énonce que seuls les « droits et libertés que la Constitution garantit » sont invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Au sein de l'ensemble des normes appartenant au bloc de constitutionnalité se situe donc un sous-ensemble, celui des normes constitutionnelles invocables à l'appui d'un recours constitutionnel individuel. La présente étude étant appuyée sur le critère de l'invocabilité par les plaideurs individuels, c'est ce sous-ensemble qui lui sert de référence pour rechercher un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics.

Ni la jurisprudence ni la doctrine relative à l'article 61-1 de la Constitution n'épuisent le *corpus* potentiellement identifiable derrière l'expression « droits et libertés que la Constitution garantit ». Les auteurs reconnaissaient déjà au Conseil constitutionnel une grande liberté relativement à la détermination des normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité *a*

*priori* de la loi[249]. Le vocabulaire particulièrement général du préambule de la constitution de 1958 et du préambule de la constitution de 1946 va effectivement en ce sens. L'évolution de la jurisprudence relative aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, depuis leur évocation[250] jusqu'à l'explication de leur identification l'a illustré remarquablement[251]. S'agissant du contrôle *a posteriori* de la loi, la liberté du Conseil est également très large en apparence puisque, entendue largement, l'expression « droits et libertés que la Constitution garantit » peut être applicable à toute norme de droit constitutionnel formel. Il est donc nécessaire de préciser que les droits garantis par l'article 61-1 de la Constitution sont ceux des individus.

## B. La garantie de droits aux individus par l'article 61-1 de la Constitution

La rédaction de l'article 61-1 de la Constitution est maladroite. Celui-ci mentionne les « droits et libertés que la Constitution garantit » et pourtant il est considéré acquis que cet énoncé doit être lu comme signifiant « droits et libertés que la Constitution garantit aux personnes privées », par opposition aux organes constitués. De fait, la Constitution rassemblant un ensemble de normes juridiques, une interprétation littérale du texte conduirait à ouvrir le mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité sur tous les fondements invocables lors du contrôle *a priori* de la validité de la loi.

Déterminer le champ des droits que la Constitution garantit est un exercice d'interprétation appliqué aux énoncés du bloc de constitutionnalité, exercice sémantique qui peut en pratique être appuyé sur l'étude de la jurisprudence administrative et constitutionnelle existante. Si un énoncé constitutionnel a déjà été admis comme fondement d'une question prioritaire de constitutionnalité, la stratégie contentieuse du plaideur est déjà largement orientée vers un appui sur cette disposition[252]. Au contraire, si un fondement a déjà été écarté par le Conseil, l'exercice d'interprétation de la disposition doit être menée avec une rigueur renforcée pour espérer

[249] En ce sens MM. Emeri et Favoreu, déjà cités.

[250] Conseil constitutionnel, 17 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 191 relative au contrat d'association*, dite « liberté d'association », n° 71-44 DC.

[251] Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC ; explicitée par la suite par les décisions Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, n° 93-321 DC et Conseil constitutionnel, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, N° 97-393 DC.

[252] La décision du Conseil constitutionnel n° 471 QPC a ainsi admis l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme énoncé invocable à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

renverser la jurisprudence[253]. Dans le silence de la jurisprudence constitutionnelle, la jurisprudence administrative relative aux libertés fondamentales invocables à l'appui d'un référé-liberté peut éclairer quant à l'invocabilité d'un énoncé constitutionnel. La reconnaissance de l'existence d'une « liberté fondamentale » au sens du Code de justice administrative peut servir de point d'appui pour justifier l'existence d'un droit équivalent au sein de la Constitution[254]. C'est par l'étude du texte constitutionnel, éclairée par la jurisprudence, que peut être déterminé quels sont les énoncés pertinents pour la présente étude au sein du bloc de constitutionnalité français.

## Conclusion de la section

La détermination du contenu du bloc de constitutionnalité, et en son sein des droits et libertés que la Constitution garantit, permet d'établir quels peuvent être les énoncés français pertinents pour l'étude. De même que dans le cas du droit britannique et du droit allemand, il n'est ni envisageable ni pertinent de se pencher en détail sur l'ensemble des normes du droit constitutionnel formel français. Le postulat suivant s'impose : seul l'article 15 de la Déclaration de 1789 est identifiable comme énoncé normatif de référence relativement à un droit général constitutionnellement garanti d'accès aux informations détenues par les agents publics. La jurisprudence récente, à défaut d'écarter la possibilité d'autres fondements, a au moins confirmé que ce fondement est admissible à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité[255].

[253] Selon le Conseil constitutionnel, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi n'est pas un droit que la Constitution garantit mais un objectif de valeur constitutionnel. Néanmoins, la Constitution garantit l'existence d'une version officielle en langue française d'une disposition législative, droit que le Conseil constitutionnel rattache à cet objectif. Conseil constitutionnel, 30 novembre 2012, *M. Christian S.* [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle], n° 2012-285 QPC, considérant n° 12.

[254] L'article L 521-1 du code de justice administrative, créé par la loi du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, n° 2000-597, énonce que : « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

[255] Conseil constitutionnel, 29 mai 2015, *Mme Nathalie K.-M. [Délibérations à scrutin secret du conseil municipal]*, n° 2015-471 QPC ; commentaire GRIFFATON-SONNET (Léo), « Invocabilité du droit de demander compte à tout agent public de son administration à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », *op. cit.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE

La limitation de l'étude aux écrits formellement constitutionnels émanés de l'autorité fédérale ou centrale apparaît bien pertinente pour traiter le sujet de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Au sein du champ de comparaison, en application des critères fixés pour cette étude, doivent être retenus comme textes de référence le *Freedom of Information Act 2000* britannique, les articles 5 I 1 et 20 I de la Loi fondamentale allemande et enfin l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française. Ce présupposé est nécessaire dans la mesure où il serait déraisonnable de démontrer que chacun des autres énoncés formellement constitutionnels au sein du champ de comparaison est insusceptible de créer un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics, invocable par toute personne. L'interprétation de ces énoncés doit suffire à déterminer si les droits constitutionnels considérés établissent une obligation de communication pour les organes créateurs de droit subordonnés.

L'existence de deux spécificités de l'ordre juridique britannique doit auparavant être considérée : un droit non écrit d'une part ; le droit de la prérogative royale d'autre part, inclus ou non dans le droit jurisprudentiel dit de *common law*. Certains auteurs considèrent d'ailleurs la *common law* comme supérieure dans la hiérarchie des normes aux *Acts of Parliament* britanniques. Relativement à la loi britannique sur la liberté de l'information de 2000, il est d'ores et déjà possible de souligner que ce texte se limite à accorder un droit d'accès opposable à une liste limitée d'autorités administratives. Si la *common law* assurait un droit général d'accès aux informations détenues par les agents administratifs, il conviendrait de la considérer comme une source de droit pertinente en la matière, pour peu que la pratique juridique britannique lui accorde la valeur maximale que lui reconnaissent certains auteurs et juges.

# CHAPITRE II. L'ABSENCE D'INFLUENCE DE LA PREROGATIVE ROYALE RESIDUELLE AU ROYAUME-UNI

Il est possible d'écarter globalement de l'étude non seulement le droit de *common law*, mais encore le droit de la prérogative royale[256]. Le premier argument en ce sens réside dans la supériorité des *Acts of Parliament* sur la *common law*, développé au chapitre précédent. Le second argument tient à ce que le pouvoir de la Couronne britannique relativement aux informations qu'elle détient, s'il n'est pas complètement éliminé par la mise en place d'une législation en matière de liberté de l'information, relève de la prérogative royale. Ce pouvoir, confondu parfois avec le droit jurisprudentiel dit de *common law*, est celui pour la Couronne d'organiser ses services et leur fonctionnement. Encore subsistante à ce jour, la prérogative royale ne doit pas être laissée de côté : si la législation britannique est seule formellement constitutionnelle, en matière d'information elle est spécifiquement construite pour modifier ce droit de prérogative qui lui préexiste. Etudier la prérogative permet donc de comprendre, d'une part, l'architecture du droit statutaire et, d'autre part l'étendue des droits effectivement détenus par les sujets de droit britannique. Les rapports de la législation et de la prérogative royale sont donc ceux de la construction par exception d'un droit statutaire de l'administration, y compris dans le domaine de l'information, sur un substrat de prérogative. Entre la fin du XIX^e^ siècle et la fin du XX^e^ siècle, le droit de prérogative de la Couronne de gérer les informations détenues par celle-ci comme elle l'entendait a été écarté par un ensemble d'interdictions et d'obligations de publications. L'adoption en 2000 du *Freedom of Information Act 2000* conclut presque cette évolution. La marge de manœuvre discrétionnaire de l'administration a presque totalement disparu mais la loi de 2000, qui n'établit pas réellement de droit général d'accès, ne supprime pas l'habilitation de la Couronne à effectuer des publications discrétionnaires.

A ce jour, le droit de l'information administrative a été largement saisi par le droit statutaire (section I). La prérogative royale, habilitation résiduelle de l'administration à organiser le statut des informations qu'elle détient, est réduite à une existence théorique (section II).

[256] Au sens de la présente étude, la prérogative royale ne saurait être considérée comme une source de droit de *common law*.

## SECTION I. UN DROIT DE L'INFORMATION ADMINISTRATIVE LARGEMENT SAISI PAR LE DROIT STATUTAIRE

Lorsque le *Freedom of Information Act 2000* est voté, l'essentiel des pans du droit statutaire sont empreints d'une hostilité à la publication d'informations. Ce droit connaît de nombreuses interdictions de publication d'informations. L'information approchant de près ou de loin les matières de la Défense est protégée comme secrète par la législation des secrets officiels, composée de plusieurs *Official Secrets Acts*, tout comme de nombreux secrets sont protégé par diverses lois sectorielles. Le rapport parlementaire de 2005 sur les interdictions législatives de publications liste ainsi des dizaines de lois, primaires et déléguées, soit déjà modifiées en conséquence de l'adoption du *Freedom of Information Act 2000*, soit à modifier pour assurer son plein effet à la loi nouvelle[257]. Parmi les textes modifiés figurent le *Medicines Act 1968* (article 118) ou encore l'*Audit Commission Act 1998* (article 49) ; parmi ceux à modifier, l'*Agriculture Act 1970* (article 108(2)) ou encore le *Diseases of Fish Act 1983* (article 9). Dans de nombreux cas, ces secrets tiennent aux informations obtenues par les autorités de contrôle des activités dans tel ou tel domaine. L'accès à l'information est parfois assuré par l'introduction de clauses temporelles, dites *sunset-clauses*, introduisant un délai au delà duquel il est estimé que la publication d'informations ne saurait plus nuire. Malgré l'adoption de la loi de 2000, le ministère des Affaires constitutionnelles identifie au contraire plusieurs textes à maintenir dans leur protection du secret. Les affaires militaires et de sécurité dominent parmi les textes concernés, ainsi les *Air Force Act 1955*, *Army Act 1955*, *Chemical Weapon Act 1996*. Les domaines financiers, de l'aviation civile, du nucléaire et des brevets sont également considérés comme à protéger plus avant contre les publications. Le droit statutaire n'est cependant pas composé que de lois interdisant la publication d'informations. Des lois, sectorielles elles aussi, ordonnent la mise à disposition de registres d'informations : c'est le cas pour la qualité de l'eau et les rejets nucléaires dans l'environnement[258]. En interdisant la publication ou en la rendant obligatoire, ces lois ont toutes en commun de limiter le champ des publications discrétionnaires, fondées sur la prérogative royale.

---

[257] Chambre des communes, *Department for Constitutional Affairs*, « *Review of Statutory Prohibitions on Disclosure* », du 16 juin 2005.

[258] L'utilité pratique de ces registres a été étudiée par BURTON (Tim P.), « Access to environmental information : the UK experience of water registers » [Accès à l'information environnementale : l'expérience britannique des registres de l'eau], *op. cit.* ; JOHN (Edward), « Access to environmental information : limitations of the UK radioactive substances registers » [Accès à l'information environnementale : les limitations des registres britanniques sur les substances radioactives], *op. cit.*

La législation du secret a été la première intervention statutaire d'envergure dans le domaine de la prérogative (§1) et les seules ouvertures statutaires de l'accès existant avant la loi de 2000 sont sectorielles et limitées (§2).

## §1. La législation du secret, première intervention statutaire d'envergure en matière d'information

Par delà la prérogative royale, qui forme le cadre général lorsque le *Freedom of Information Act 2000* intervient, un ensemble de législation contraint déjà les agents de la couronne britannique. Le plus souvent cette obligation est une obligation de maintien secret.

L'*Official Secrets Act 1911* organise un secret de principe (A), tandis que la loi de 1989 permet un assouplissement (B).

### A. Un *Official Secrets Act 1911* organisant un secret de principe

L'*Official Secrets Act 1911* est le premier grand texte à aborder généralement les informations détenues par les agents publics du fait de leurs fonctions. Il reformule le *Official Secrets Act 1889*, largement critiqué[259]. L'article 2(1) du texte 1911 interdit la diffusion par toute personne d'informations relevant de l'économie et du matériel de guerre à toute personne à qui elle ne serait pas autorisée ou obligée par l'intérêt de l'Etat à le faire. L'interdiction de communication de ces informations relatives à des technologies ou sites considérés sensibles est applicable à quiconque ; ainsi il est interdit à un riverain d'un site militaire de communiquer ce qu'il en sait du simple fait d'habiter à proximité. Quant aux agents publics et cocontractants de l'administration, il leur est interdit de diffuser toute information acquise au service de la couronne, par une clause « attrape-tout » (*catch-all clause*). Au fil du temps, le *OS-A 1911* est complété et modifié par les *Official Secrets Acts 1920*, *1939* et *1989*. En parallèle persiste l'infraction de *common law* de « *misconduct in public office* », pouvant s'appliquer à la publication fautive d'informations.

[259] Référencé 52 & 53 Vict. c 52.

Le rapport Franks de 1972 est considéré comme une étape à part entière de l'évolution des *Official Secrets Acts*[260]. Il critique fortement l'état de la législation héritée de la Seconde Guerre mondiale. Pour remplacer l'article 2 de la loi de 1911, le rapport propose la création d'un *Official Information Act*, proposition jamais mise en œuvre.

## B. Un assouplissement permis par l'*Official Secrets Act 1989*

L'*Official Secrets Act 1989* intervient finalement pour supprimer la clause attrape-tout de la loi de 1911, en restaurant une forme d'équilibre quant au sort des informations détenues par les agents de la Couronne ou les cocontractants de celle-ci. Désormais ne sont pénalisées que certaines diffusions d'informations, tandis que d'autres sont explicitement autorisées ; pour le reste, la publication relève de la prérogative royale, c'est-à-dire de la hiérarchie administrative. L'article 7 du texte, relatif aux publications autorisées, prévoit ainsi que sont légales les publications ayant lieu en accord avec leur office, pour les agents publics et cocontractants de l'administration. Une publication est également possible par ces derniers, soit au gré d'une autorisation officielle, soit pour l'accomplissement de leur mission et, alors, sans contrevenir aux bornes contractuelles. L'autorisation officielle, disposition peu claire, est définie au n° 6 de l'article comme donnée « par ou au nom de l'Etat ou de l'organisation » à laquelle appartient l'agent se proposant de communiquer un document. En principe, c'est l'autorité du ministre compétent qui est en jeu.

Les articles 2 à 5 de l'*Act* de 1989 pénalisent la publication nuisible d'informations, cette publication étant considérée nuisible dans trois cas. Le premier cas est relatif à l'atteinte à la Défense (article 2) ; le deuxième chef d'interdiction tient à la protection des relations internationales du Royaume-Uni (article 3) ; le troisième concerne l'atteinte à la bonne marche de la justice pénale (article 4). Est spécialement punissable le fait de communiquer des informations issues d'une interception de communication ou d'une procédure autorisée par la loi sur les services de sécurité intérieure. Une fois l'information sortie du domaine administratif, une incrimination particulière, énoncée à l'article 6, interdit à toute personne de communiquer ou diffuser à son tour une information qui lui a été communiquée illégalement ou confidentiellement.

La situation antérieure au *Freedom of Information Act 2000* est néanmoins trop complexe pour considérer que la loi de 2000 crée un équilibre avec le seul *OS-A 1989*. Sur un fond de

[260] *The Franks Report on Section 2 of the Official Secrets Act 1911*.

prérogative royale comme source d'autorité de droit commun pour la publication, si certaines publications sont spécialement interdites et d'autres spécialement autorisées, ce n'est pas seulement sur le fondement de la législation des secrets officiels.

## §2. Un accès aux documents ouvert sectoriellement avant la mise en place de la loi de 2000

Parmi les textes qui réduisent le champ de la prérogative royale en matière d'informations détenues par les agents publics, certains prévoient des cas de publication obligatoire ou spécifiquement autorisée. Dans ce dernier cas, si l'agent public concerné conserve une liberté d'appréciation quant à la publication, celle-ci ne repose plus sur la prérogative royale.

La loi sur la divulgation d'intérêt public de 1998 créé un droit de publication minimaliste (A). Le droit d'accès aux informations en matière environnementale, ouvert sur le fondement du droit de l'Union européenne en la matière, est sans commune mesure (B). Plus largement, une variété de lois ponctuelles autorisent l'accès à l'information (C). Le droit à la preuve judiciaire se distingue particulièrement (D).

### A. Un droit de publication minimal issu de la loi sur la divulgation d'intérêt public de 1998

L'exemple de loi autorisant la publication d'informations le plus communément cité est le *Public Interest Disclosure Act 1998*, relatif à la connaissance d'infractions ou de manquements professionnels. Il est pourtant malavisé de parler de publication dans ces cas de figure qui ne prennent en compte que la communication d'informations à des personnes déterminées, comme un conseil juridique, un représentant de la Couronne ou une autorité hiérarchique. Une communication à personne non déterminée est seulement prévue en cas de risque de représailles, de disparition de preuves ou de rapport interne réalisé sans qu'il soit suivi d'effets. Le cas échéant, une telle publication à des tiers doit être « raisonnable ». En outre, une communication d'informations incriminée, par exemple par le *OS-A 1989*, ne peut être protégée ; il en

va de même pour toute communication rétribuée[261]. Le texte de 1998 a ainsi pu être présenté comme organisant essentiellement des mécanismes de rapport interne[262]. Pour la présente étude, c'est donc une ouverture de l'accès en demi-teinte : quoiqu'il fasse partie de la législation souveraine britannique, son effet pratique est extrêmement limité.

## B. L'information environnementale accessible sur le fondement du droit de l'Union européenne

La transposition de la directive 90/313/CEE a donné lieu au premier texte britannique de dernière génération en matière d'accès aux informations détenues par les agents publics. En application du *European Communities Act 1972* c'est par législation déléguée que la directive 90/313/CEE a été transposée en droit britannique. De la sorte, le *Statutory Instrument* « *The Environmental Information Regulations 1992* »[263] n'a vis-à-vis des juridictions britanniques la force d'*Act of Parliament* que dans la mesure où il respecte le cadre de la loi de 1972. Ainsi, un recours était au moins ouvert contre ces *regulations* pour contester leur bonne transposition des dispositions de la directive. Il est en conséquence impropre de considérer ce texte comme part du droit constitutionnel britannique. La prérogative royale relative à la publication d'informations est néanmoins atteinte par ce texte, qui impose tout un régime d'accès aux informations détenues.

Les régulations de 1992 en matière d'information environnementale ne font pas partie de la législation souveraine britannique ; pourtant, ce texte ouvre un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics alors sans précédent pour les administrés et les justiciables au sens large. La limitation théorique de cette étude étant le champ du droit formellement constitutionnel, l'étude approfondie de ces régulations doit être laissée de côté. Le droit positif à la fin 2017 est la transposition pour le Royaume-Uni de la directive 2003/04/CE par les *Environmental Information Regulations 2004* (également des *statutory instruments*). Elément remarquable, le texte de 2004 renonce partiellement à la définition générale des autorités publiques auxquelles il s'applique – il prend donc partiellement le contrepied des réglementations de 1992. Le texte de 2004 s'appuie ainsi sur les annexes du *Freedom of Information Act 2000*, tout

[261] Article premier du *Public Interest Disclosure Act 1998*, insérant une partie IV-A à l'*Employment Rights Act 1996*.
[262] Ainsi BIRKINSHAW (Patrick), « 14, Regulating Information » [14, Réguler l'information], *op. cit*.
[263] *The Environmental Information Regulations 1992*, n° 1992-3040.

en lui ajoutant la référence à « tout corps ou toute personne, qui exerce des fonctions d'administration publique ». La définition donnée de l'autorité publique à l'article 2(2) des règlementations est *in extenso* la suivante :

> « (2) Sous réserve du paragraphe (3), "autorité publique" signifie —
> « (a) les départements ministériels ;
> « (b) toute autre autorité publique ainsi que définie à l'article 3(1) de [la loi sur la liberté de l'information de 2000], sans considération à ce point des exceptions du paragraphe 6 de l'annexe 1 de la loi, mais à l'exclusion —
> « (i) de tout corps ou agent listé à l'annexe 1 de la loi seulement relativement à des informations d'une description spécifique ; ou
> « (ii) de toute personne désignée par arrêté pris en application de l'article 5 de la loi ;
> « (c) tout autre corps ou personne qui exerce des fonctions d'administration publique ; ou
> « (d) tout autre corps ou personne, qui est sous le contrôle d'une personne relevant des sous-paragraphes (a), (b) ou (c) et —
> « (i) a des responsabilités publiques relatives à l'environnement ;
> « (ii) exerce des fonctions publiques relatives à l'environnement ; ou
> « (iii) réalise un service publique relatif à l'environnement. »[264]

Pour l'Ecosse, la transposition est assurée par les *Environmental Information (Scotland) Regulations 2004* (appartenant à la catégorie des *Scottish Statutory Instruments*), telles que modifiées par les *Environmental Information (Scotland) Amendment Regulations 2013*[265].

---

[264] Article 2 alinéa 2 (mise en page simplifiée) : « *(2) Subject to paragraph (3), "public authority" means — (a) government departments ; (b) any other public authority as defined in section 3(1) of the Act, disregarding for this purpose the exceptions in paragraph 6 of Schedule 1 to the Act, but excluding — (i) any body or office-holder listed in Schedule 1 to the Act only in relation to information of a specified description ; or (ii) any person designated by Order under section 5 of the Act ; (c) any other body or other person, that carries out functions of public administration ; or (d) any other body or other person, that is under the control of a person falling within sub-paragraphs (a), (b) or (c) and — (i) has public responsibilities relating to the environment ; (ii) exercises functions of a public nature relating to the environment ; or (iii) provides public services relating to the environment*. » L'alinéa 3 de l'article précise que les autorités publiques écossaises ne relèvent pas en principe de ce texte. L'*Act* dont il est question est le *Freedom of Information Act 2000*.

[265] Textes mentionnés :
– *The Environmental Information Regulations 2004, 2004 No. 3391* ;
– *The Environmental Information (Scotland) Regulations 2004, 2004, No. 520* ;
– *The Environmental Information (Scotland) Amendment Regulations 2013, 2013 No. 127*.

## C. L'existence d'une variété de lois ponctuelles autorisant l'accès

La directive 95/46/CE portant sur la protection des données personnelles ouvre un droit d'accès aux documents détenus par des agents publics. Cette directive est transposée par le *Data Protection Act 1998*. Au Royaume-Uni comme en France, la directive européenne de 1995 est venue harmoniser un domaine dans lequel existaient déjà des normes nationales. Au Royaume-Uni, la loi de 1998 remplace le *Data Protection Act 1984* et l'*Access to Personal Files Act 1987*. L'article 21 du texte de 1984 prévoit ainsi que toute personne soit informée du fait que des informations la concernant sont conservées mais également qu'elle ait accès à ces informations. Un droit de rectification ou de suppression est déjà prévu à l'article 24 du texte, quoiqu'il nécessite l'intervention d'une juridiction, devant laquelle la preuve de l'inexactitude des informations conservées doit être faite.

La portée de la loi de 1987 sur l'accès aux dossiers personnels est bien inférieure : son article 1 affirme ne pas créer de droit nouveau relativement aux informations accessibles sur le fondement de la loi de 1984 ; quant à son champ d'application, il est explicitement limité aux autorités locales, actives notamment pour le logement social et la fourniture de services publics. Pour l'Angleterre et le Pays-de-Galles, il s'agit des autorités locales relevant du *Housing Act 1985*, du *Local Government Act 1985* ou encore du *Local Authority Social Services Act 1970*. S'agissant de l'Ecosse, la loi de 1987 est applicable aux autorités comparables, relevant notamment du *New Towns (Scotland) Act 1968*, ou encore du *Social Work (Scotland) Act 1968*. Le droit positif dans ce domaine est en évolution rapide, puisque le nouveau règlement européen relatif à la protection des données personnelles, appelé « règlement général sur la protection des données » du 27 avril 2016, abrogeant la directive 95/46/CE, est entré en vigueur le 25 mai 2018.

## D. Le cas particulier du droit à la preuve judiciaire

Le droit à la preuve judiciaire est un souci essentiel pour la *common law*, droit commun jurisprudentiel. Le droit à la preuve permet aux juridictions d'assurer réellement le contrôle des actions des agents publics, spécialement lorsqu'il est opposé à la Couronne.

Il existe ainsi un droit jurisprudentiel à la preuve en matière judiciaire : la *discovery* (1). Cette « découverte » a été saisie par le droit statutaire (2).

## 1). Un droit d'origine jurisprudentielle en matière de procédure judiciaire : la « *discovery* »

Le premier droit des citoyens vis-à-vis de l'information détenue par les agents publics est d'avoir accès à celle-ci dans les cas où l'obtention de ces informations pourrait influer sur la garantie de leurs droits devant une juridiction. L'accès aux documents dont les conclusions sont opposées au demandeur est spécialement concerné : c'est la *discovery*. Cette procédure de « découverte » s'oppose directement au « privilège de la Couronne » (*Crown privilege*). « Le privilège de maintenir secrets des documents au cours d'une procédure judiciaire est décrit comme le privilège de la Couronne. C'est la Couronne qui (en l'absence d'une obligation expresse) est supposée ne pas être liée par le droit statutaire »[266]. Le droit d'accès garanti par la « découverte » est aujourd'hui spécialement mis en échec dans les domaines du renseignement et de la Défense nationale – domaine dans lesquels le droit des *closed material proceedings* concentre l'attention au Royaume-Uni en matière de terrorisme. Ces procédures, telles que seuls les juges ont accès aux notes des services de renseignement, tentent de maintenir un équilibre entre les droits de la défense et l'efficacité des services de renseignement[267].

En matière militaire, la jurisprudence classique date de l'affaire *Duncan v Cammell Laird and Co*[268]. Dans cette affaire, les survivants et les ayants droit des marins victimes du naufrage du sous-marin Thétis, lors d'une sortie d'essai le 1er juin 1939, demandent l'accès à divers documents techniques détenus par le fabriquant du sous-marin. La position du *Lord Chancellor*, approuvée unanimement, est la suivante : pour le juge, il faut déterminer si pour un document, de par son contenu ou de par la catégorie à laquelle il appartient, l'intérêt public exige qu'il soit maintenu secret. Sur ce point, c'est au ministre qu'il reviendrait de trancher, puis au juge (en rupture avec une partie de la jurisprudence antérieure) de s'incliner[269]. Le *Lord Chancellor* concède néanmoins une limite à son raisonnement : il ne s'applique avec certitude qu'aux

[266] MARSHALL (Geoffrey), *Constitutional Theory* [Théorie constitutionnelle], *op. cit.*, p. 21 : « *the privilege of withholding documents in the course of judicial proceedings is described as Crown privilege. It is the Crown which (in the absence of express enactment) statutes are presumed not to bind* ».

[267] Ces procédures secrètes ont été permises en matière de terrorisme par le *Justice and Security Act 2013*, afin d'éviter aux services secrets britanniques la publication d'informations obtenues par eux ou leurs partenaires.

[268] House of Lords, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3

[269] Par citation de *Beatson v. Skene* [1860] 5 H & N 838, et *Lord Commissioners of the Admiralty v. Aberdeen Steam Trawling and Fishing Co., Ltd.* [1909] SC 335, *in* House of Lords, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3, p. 8-9.

affaires civiles, par opposition aux affaires pénales dans lesquelles la vie ou la liberté d'un individu sont en jeu[270]. Face à un tel enjeu, le juge resterait libre de décider lui-même si un document doit être publié. Dans l'hypothèse du *Lord Chancellor*, derrière l'apparence d'une possibilité pour le ministre d'autoriser discrétionnairement la publication, il ne lui est en réalité jamais loisible de le faire, non plus qu'au juge d'accepter une communication autorisée par le ministre. Les deux agents sont en principe soumis à l'intérêt public, qui commande soit le secret soit la publication[271]. Suite à la décision *Dunvan v. Cammell*, l'évolution du droit a été rapide.

## 2). La « découverte » saisie par le droit statutaire

En 1947, le *Crown Proceedings Act* se saisit de la question du test de l'intérêt public à la publication et le garantit aux justiciables. Il donne une assise statutaire au *public interest test* devant les juridictions : l'article 28 du texte organise la *discovery* des documents détenus par les agents de la Couronne et susceptibles d'être produits devant les juridictions :

> « (1) Sous réserve de et en accord avec les règles relatives aux juridictions pénales et civiles :
> « (a) dans toute procédure civile devant la Haute Cour ou une cour de comté dans laquelle la Couronne est une partie, il peut être exigé de la Couronne par la cour de divulguer des documents et de les remettre pour examen ; et
> « (b) dans ces procédures, ainsi qu'il a été dit, il peut être exigé de la Couronne de répondre à des interrogatoires ;
> « Cet article ne saurait néanmoins contrevenir à aucune règle de droit qui autorise ou contraint au maintien secret d'un document ou à refuser de répondre à une question sur le fondement de ce que la divulgation du document ou la réponse à la question pourrait porter atteinte à l'intérêt public. [...]
> « (2) Sous réserve de la condition posée à l'alinéa précédent, toute règle faite afin d'appliquer cet article devra être propre à assurer que l'existence

[270] House of Lords, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3, p. 5.
[271] Par citation de *E. Earl and Others, Commissioner for the Board of Customs for Scotland* v. *David Vass*, 1822, *in* Chambre des Pairs, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3, p. 3.

d'un document ne sera pas divulguée si, selon un ministre de la Couronne, cela pourrait porter atteinte à l'intérêt public. »[272]

La soumission de documents ou la réponse à un interrogatoire n'est obligatoire pour les agents de la Couronne que lorsqu'elle est ordonnée par la juridiction elle-même, et pas simplement demandée par la partie opposée. De plus, cette procédure ne peut s'opposer à une obligation de secret, par exemple au gré d'un *Official Secret Act*, ou encore lorsque cela serait « *injurious to the public interest* ». Si la première de ces limites tient directement à la législation primaire, la portée de la seconde est laissée à la discrétion des juges.

En 1968, dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, la Chambre des Lords décide de considérer que l'affirmation par un ministre que la communication d'un document nuirait à l'intérêt public ne s'impose pas au juge. Celui-ci peut donc peser par lui-même l'intérêt public au secret et la bonne administration de la justice[273]. C'est néanmoins le plus loin que soit allé la *common law* : affirmer que l'intérêt à la bonne conduite des affaires publiques commande le secret, sauf dans des cas exceptionnels comme les actions en justice.

Certains domaines d'action publique échappent en outre traditionnellement aux juges, notamment la diplomatie, la guerre et les affaires militaires[274] ; il en va de même pour le droit de grâce, soumis à un contrôle minimal[275]. L'évolution de l'approche du test de l'intérêt public, spécialement avec la décision *Conway*, marque un changement d'approche, une plus grande acceptation par les juridictions d'un contrôle des pouvoirs exercés au titre de la prérogative royale. Néanmoins, les juges « savaient qu'il n'appartenait pas aux cours de créer un *Freedom of Information Act* »[276].

---

[272] Article 28, « discovery », tel qu'adopté (extrait) : « *(1) Subject to and in accordance with rules of court and county court rules : (a) in any civil proceedings in the High Court or a county court to which the Crown is a party, the Crown may be required by the court to make discovery of documents and produce documents for inspection ; and (b) in any such proceedings as aforesaid, the Crown may be required by the court to answer interrogatories : Provided that this section shall be without prejudice to any rule of law which authorises or requires the withholding of any document or the refusal to answer any question on the ground that the disclosure of the document or the answering of the question would be injurious to the public interest. [...](2) Without prejudice to the proviso to the preceding subsection, any rules made for the purposes of this section shall be such as to secure that the existence of a document will not be disclosed if, in the opinion of a Minister of the Crown, it would be injurious to the public interest to disclose the existence thereof.* »

[273] *Conway v. Rimmer and another*, [1968] UKHL 2, p. 10.

[274] Cour d'Appel, *R . v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett* [1989] 1 All. ER 655

[275] Haute Cour, *R v. Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley* [1993] 4 All ER 422.

[276] BIRKINSHAW (Patrick), « *they realized that it was not for the courts to create an FOI Act* », *in* « 14, Regulating Information » [14, Réguler l'information], *op. cit.*, p 370.

## Conclusion de la section

Lorsque le *Freedom of Information Act 2000* est voté, le droit de l'information administrative est déjà largement saisi par le droit statutaire. Les lois existantes en la matière sont pour l'essentiel opposées à la publication. La législation du secret est stricte et de portée très générale, alors que les droits d'accès et de publication restent sectoriels, tantôt limités à des droits des personnes concernées par les documents, tantôt relevant de procédures complexes et mal connues. En dehors du champ couvert par le droit statutaire, la place et la nature de la prérogative royale reste discutée.

## SECTION II. LA PREROGATIVE ROYALE, HABILITATION RESIDUELLE REDUITE A UNE EXISTENCE THEORIQUE

L'exercice de la prérogative royale, n'appartenant pas au droit formellement constitutionnel mais découlant de lui, peut en l'espèce être écarté de l'étude. Les rapports entre législation et prérogative royale ont été clairement organisés de cette façon depuis le XVIII^e^ siècle et mentionnés dès la Pétition des droits de 1689[277]. Soumise au droit statutaire, la prérogative royale est limitée à une existence toute théorique depuis que la législation primaire a été développée dans le domaine de l'information publique. Antérieurement à la mise en place d'un droit écrit relatif à l'accès aux informations détenues par les agents publics, le statut déontique de la communication par un agent public d'informations en sa possession, sur simple demande non motivée, était à chercher dans le droit non statutaire. Selon les auteurs, c'est sur le fondement soit de la prérogative royale, soit de la *common law*, que la Couronne est libre de décider elle-même du sort des informations qu'elle détient. La doctrine classique, appuyée sur les développements de Dicey et sur la jurisprudence de la Chambre des Lords du début du XX^e^ siècle, considère que le fondement en jeu est bien celui de prérogative. La présente étude adopte également cette position. Par ailleurs, certaines doctrines intermédiaires considèrent, en outre, que la Couronne s'appuie tantôt sur l'un, tantôt sur l'autre de ces fondements. La question alors posée pour établir cette distinction est celle de savoir si la Couronne se trouve dans la même situation, de fait ou de droit, qu'une personne de droit commun. Le rôle pratique joué par la prérogative royale pour le droit de l'administration britannique, notamment en matière d'information, doit être abordé, afin d'expliciter le sens et la portée du *Freedom of Information Act 2000*.

La prérogative royale est pleinement soumise au droit statutaire (§1). Elle fonde la liberté résiduelle des agents publics en matière de publication d'informations (§2). La portée pratique de la publication discrétionnaire est en tout cas presque inexistante à ce jour (§3).

[277] Ainsi, au chapitre de la levée de subsides (« *Levying Money* ») est affirmé « que lever des subsides pour la Couronne ou pour l'usage de la Couronne par pouvoir de prérogative sans l'autorisation du Parlement pour plus longtemps ou d'une autre manière sans l'autorisation du Parlement est ou sera qualifié d'illégal. » (« *That levying Money for or to the Use of the Crowne by pretence of Prerogative without Grant of Parlyament for longer time or in other manner then the same is or shall be granted as Illegall* ») ; *Bill of Rights* [1688], références : 1688 Chapter 2 1 WIll and Mar Sess 2. Datée en langage courant de 1689, la Pétition des droits est officiellement considérée comme datant de 1688 selon le calendrier parlementaire alors en vigueur.

## §1. Une prérogative royale pleinement soumise au droit statutaire

Dans l'absolu, la qualification des *Acts of Parliament* comme formellement constitutionnels devrait suffire à préparer l'étude d'un droit constitutionnellement garanti à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Les rapports entre législation primaire et prérogative royale ont pu être résumés par M. Leyland de la façon suivante :

> « Le caractère central, dans la constitution, du concept de souveraineté parlementaire signifie que, en principe, les pouvoirs statutaires priment la prérogative. Le Parlement a la capacité de contraindre les pouvoirs de prérogative. Dans les situations de conflit entre droit statutaire et prérogative, le premier l'emportera toujours. L'affaire illustrant classiquement le principe est *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd.* »[278]

En réalité, un tel préliminaire serait insuffisant. Dès lors que la prérogative royale est considérée comme une source résiduelle de droit, elle est susceptible d'une importance pratique très grande pour les justiciables, même sans être formellement constitutionnelle. Déterminer plus précisément sa valeur et sa portée semble donc pertinent, au moins pour clarifier les frontières de l'application du droit statutaire. Il en va de même pour la *common law*. A ce titre, les rapports entre prérogative royale et droit jurisprudentiel de *common law* doivent être clarifiés pour deux raisons. La première tient à ce que prérogative royale et *common law* sont des fondements alternatifs et exclusifs de l'action de la couronne britannique ; la seconde à ce que ces deux fondements de l'action administrative sont liés à deux régimes contentieux distincts.

La prérogative royale est supérieure à la *common law* dans l'ordre de production du droit (A). Paradoxalement, l'exercice de cette prérogative est soumis à des contrôles de *common law* (B). La prérogative royale est d'ailleurs parfois contestée comme fondement indépendant de l'activité de la Couronne (C).

[278] LEYLAND (Peter), *The Constitution of the United-Kingdom - A Contextual Analysis* [La Constitution du Royaume-Uni - une analyse contextuelle], *op. cit.*, p. 91 : « *The centrality of the concept of parliamentary sovereignty to the constitution means that, as a general rule, statutory powers prevail over the prerogative. Parliament has the capacity to curtail prerogative powers. In situations where there is a conflict between statute and the prerogative, the statute will always prevail. The leading case illustrating this principle is* Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd » ; sous la référence [1920] UKHL 1.

## A. La prérogative royale supérieure à la *common law* dans l'ordre de production du droit

La législation déléguée est créée sous l'autorité de la législation primaire : il en va de même pour les actes fondés sur la prérogative royale : la prérogative est considérée par Dicey (et Blackstone malgré leurs désaccords quant au régime de la prérogative) comme trouvant sa source dans la préhistoire juridique britannique, prédatant la suprématie du parlement et en théorie indépendante de celui-ci. C'est ainsi que le souverain britannique consent – en théorie librement – à chaque *Act of Parliament* ; c'est également ainsi que, en théorie, il plaît au souverain de nommer librement telle ou telle personne Premier ministre. La prérogative royale est exercée par le souverain ou en son nom, c'est-à-dire par les agents de la Couronne, au premier rang desquels les ministres. En réalité, la prérogative royale est pleinement soumise au Parlement depuis le *Bill of Rights 1688*, qui prévoit que l'usage par la couronne de la prérogative royale pour suspendre l'exécution des lois du Parlement ou pour légiférer est illégal. La prérogative royale est donc soumise à la législation parlementaire et, en même temps, nécessaire à la création de celle-ci. Très généralement, la prérogative royale est considérée comme la possibilité pour la couronne de faire toute chose qui ne lui soit pas interdite explicitement ou nécessairement par la législation du Parlement. La *common law*, pour sa part, est qualifiée de *judge-made law*, c'est-à-dire de droit créé par le juge. Une définition classique du *common law* est que « ce corps de droit comprend les règles et principes qui ont été déclarés comme étant du droit par les juridictions »[279]. Malgré certaines affirmations en sens contraire, elle est pleinement soumise à la législation primaire, à laquelle elle ne saurait déroger.

La supériorité de la prérogative royale sur le droit de *common law* dans l'ordre de production du droit tient à son caractère en principe non justiciable, de sorte que le droit jurisprudentiel ne saurait déroger au droit de la prérogative. Cette affirmation met déjà en exergue un paradoxe de l'ordre juridique britannique : si la prérogative royale ne saurait être écartée par la *common law* en principe, ce sont les juridictions qui déterminent elles-mêmes qui sont chargée de déterminer si un pouvoir de prérogative existe.

[279] PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p 250 : « *This body of law comprises the rules and principles that have been declared to be the law by the courts.* »

## B. L'exercice de la prérogative royale paradoxalement soumis à des contrôles de *common law*

S'agissant de leur régime, droit statutaire, prérogative royale et *common law* peuvent autoriser les agents de la couronne à agir, matériellement ou par l'énoncé d'actes administratifs. Leur action tient soit à la mise en œuvre de la législation du parlement et de la législation déléguée, soit à l'exercice de la prérogative royale, soit à l'exercice de droits tirés de la *common law* – c'est-à-dire avec les mêmes droits et devoirs que toute personne privée[280]. La doctrine et la jurisprudence débattent toujours du fondement des actions de la couronne lorsque celle-ci ne se borne pas à mettre en œuvre la législation primaire ou déléguée. Lorsqu'une action est légalement réalisable par une personne privée, sur le fondement de la *common law*, par exemple la vente d'un bien, il n'est pas de règle généralement admise pour fonder le pouvoir de vendre ce bien sur la prérogative royale ou sur la *common law*. Le conflit quant au fondement de l'action renvoie à un conflit quant au régime juridique applicable à cette action.

La question du contrôle des actions de la couronne qui ne sont pas fondées sur la loi écrite retient l'attention : ces actions peuvent être fondées sur la prérogative ou sur la *common law*. Cela donne lieu à un conflit doctrinal, puisque les actions fondées sur la prérogative ne sont, en principe, pas justiciables devant les cours. Il s'agit donc de savoir quel a été le fondement de l'action de la couronne pour déterminer quel est le régime de contrôle qui leur est applicable. S'agissant de ce fondement de l'action, les auteurs s'opposent. Une première doctrine considère que toute action de la couronne non fondée sur la *primary legislation* relève de la prérogative ; une seconde doctrine estime au contraire que la prérogative n'intervient que lorsque la couronne réalise des actions qu'une personne privée, soit une personne de *common law*, ne saurait réaliser[281]. C'est alors seulement que la Couronne serait placée dans une situation différente de celles des autres sujets de droit de *common law*. Des interrogations ponctuelles persistent, relativement à la question de savoir si les caractéristiques matérielles de la couronne (nombre d'agents, missions d'intérêt général *&c.*) la distinguent des personnes de *common law*. Dicey, partisan de la première doctrine, affirme que :

[280] Sur ce que la *common law* ne connaît pas de distinction entre personnes privées et publiques, voir Dicey ; sur la controverse en la matière et quant au degré de contrôle juridictionnel, voir *infra*.

[281] Dans la lignée de Blackstone, Wade et Laws, c'est la position soutenue par Lady Hale dans la décision *R* v. *Secretary of State for Health, ex p C* [2000] 1 FLR 627 (CA).

> « La prérogative semble, aussi bien historiquement que factuellement, n'être rien d'autre que l'autorité résiduelle discrétionnaire ou arbitraire, qui reste légalement dans les mains de la Couronne à un moment donné. Le Roi était en réalité originellement ce qu'il est toujours nominalement, le souverain, ou sinon exactement le souverain au sens où les juristes emploient ce terme, en tout cas de loin l'organe le plus puissant du pouvoir souverain. [...] Tout acte que le gouvernement exécutif peut légalement réaliser sans l'autorité d'une loi du Parlement est réalisé en vertu de cette prérogative. » [282]

Un contrôle des actions réalisées sur le fondement de la prérogative s'est pourtant développé dans la jurisprudence[283]. L'influence du *Human Rights Act 1998*, de plus, est notable en la matière, en ce qu'elle conduit à exercer des contrôles plus nombreux et plus intenses sur les actions de la Couronne. En conséquence, la part des actions des agents de la Couronne non soumise au *judicial review* se réduit. En pratique, l'injusticiabilité des actions de la couronne a largement disparu et l'hypothèse pourrait être faite que l'extension du contrôle cessera avec la délimitation d'un nombre de pouvoirs injusticiables restreint, à l'images de la catégorie des « actes de gouvernement » en droit administratif français, ou de la « sphère de responsabilité propre de l'exécutif » connue en droit constitutionnel allemand[284]. L'état du droit relativement à l'éventuelle soumission de la prérogative royale à la *common law* doit être étudié à ce point, au moins pour souligner que les arguments avancés en la matière ne sont pas convaincants ni susceptibles de remettre en cause l'intérêt pour l'étude de la prérogative royale.

---

[282] DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 424-425 : « *The prerogative appears to be both historically and as a matter of actual fact nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority, which is at any given time legally left in the hands of the Crown. The King was originally in truth what he still is in name, the sovereign, or, if not strictly the sovereign in the sense in which jurists use that word, at any rate by fat the most powerful part of the sovereign power.* [...] *Every Act which the executive government can lawfully do without the authority of the Act of Parliament is done in virtue of this prerogative.* »

[283] Voir les décisions de la Chambre des Pairs, *Conseil des syndicats de la fonction publique* et *Bancoult n° 2*, *infra*.

[284] La décision *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, [2019] UKSC 41 de la Cour suprême du 24 septembre 2019, contrôlant et estimant illégale la proposition faite à la Reine par le Premier Ministre britannique Boris Johnson de suspension du Parlement pour six semaines, laisse néanmoins présager que la catégorie des actes injusticiables sera purement résiduelle. L'intervention des juges dans le domaine de la vie politique britannique promet assurément des développements passionnants.

## C. La contestation de la prérogative royale comme fondement indépendant de l'activité de la Couronne.

Au gré de deux décisions récentes, la Chambre des Lords britannique a contesté le caractère non justiciable de la prérogative royale, et tenté de la soumettre pleinement à la *common law* britannique, c'est-à-dire au droit jurisprudentiel.

Ce choix jurisprudentiel est conscient (1) mais cette évolution jurisprudentielle est insuffisamment justifiée en droit (2).

### 1). Le choix jurisprudentiel conscient de soumettre la prérogative royale à la *common law*

Dans le cas de la mise en œuvre du droit statutaire, il est habituellement considéré que les juges ne soumettent les actions de la couronne qu'à un contrôle de la légalité externe de leurs actions. Les juges constatent que la couronne met la loi en œuvre ou non, sauf à ce que l'action de la couronne soit déraisonnable au sens de la décision dite « *Wednesbury* ». La théorie de ce contrôle tient à ce qu'en agissant d'une façon fautive, l'agent public s'est en réalité placé en dehors des pouvoirs que lui confié la loi. Lord Greene avait affirmé dans cette décision que :

> « La cour est compétente pour contrôler l'action de l'autorité locale dans l'objectif de constater si elle a pris en compte des éléments qu'elle n'aurait pas dû prendre en compte ou si, au contraire, elle a refusé ou négligé de prendre en compte des éléments qu'elle aurait dû prendre en compte. Une fois que cette question est résolue en faveur de l'autorité locale, il est encore possible d'établir que, même si l'autorité locale est demeurée dans le domaine des éléments qu'elle devait prendre en compte, elle a néanmoins pris une décision si déraisonnable qu'aucune autorité douée de raison ne l'aurait prise. Dans ce cas, une fois de plus, je considère que la cour peut intervenir. Le pouvoir d'intervention de la cour dans chaque cas n'est pas celui d'une autorité d'appel pour surpasser une décision de l'autorité locale, mais celui d'une autorité judiciaire intéressée par, et seulement par, la question de savoir si l'autorité locale a

violé la loi en agissant en excès des pouvoirs que le Parlement lui a confiés. »[285]

L'évolution jurisprudentielle marquée par la Chambre des Lords s'est déroulée en deux temps : un premier temps d'affirmation de principe de la soumission de la prérogative royale au droit de *common law* ; puis un second temps de confirmation et de censure d'un ordre en conseil sur ce fondement.

Ces étapes ont été celles, respectivement, de la décision *Conseil des syndicats de la fonction publique* (a) et *Bancoult (n° 2)* (b).

### a). La décision Conseil des syndicats de la fonction publique

Avec la décision *Conseil des syndicats de la fonction publique* (dite *CCSU*, ou encore « *GCHQ* ») la Chambre des Lords a discuté la question de savoir si les ordres en conseil, normes abstraites et générales parfois présentées comme la « principale forme de législation de prérogative »[286], pourraient être soumis à un contrôle juridictionnel[287]. Cette décision doit être lue en prenant une précaution : la prérogative y est considérée par principe comme ayant sa source dans le droit de *common law*, et donc comme étant pleinement soumise aux juridictions. Pour le dire simplement : avec ce biais, cette décision réalise un enterrement de première classe de la non-justiciabilité de la prérogative royale. Il est considéré par les juges que les juridictions peuvent non seulement trancher relativement à l'existence d'un pouvoir de prérogative (c'était la situation de droit antérieure), mais encore qu'elles peuvent contrôler la façon dont ce pouvoir est exercé.

---

[285] Cour d'appel, *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223. Unanimité avec Lord Greene lorsqu'il dit, dernier paragraphe : « *The court is entitled to investigate the action of the local authority with a view to seeing whether they have taken into account matters which they ought not to take into account, or, conversely, have refused to take into account or neglected to take into account matters which they ought to take into account. Once that question is answered in favour of the local authority, it may be still possible to say that, although the local authority have kept within the four corners of the matters which they ought to consider, they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it. In such a case, again, I think the court can interfere. The power of the court to interfere in each case is not as an appellate authority to override a decision of the local authority, but as a judicial authority which is concerned, and concerned only, to see whether the local authority have contravened the law by acting in excess of the powers which Parliament has confided in theM.* »

[286] POOLE (Thomas), « *United-Kingdom : The Royal Prerogative* » [Royaume-Uni : la prérogative royale], *International Journal of Constitutional Law* [Revue internationale de droit constitutionnel], volume 8-1 (1er janvier 2010), p. 146-155.

[287] Chambre des Lords, *Council of Civil Service Unions and others v. Minister for the Civil Service*, [1984], UKHL 9.

Lord Diplock résume l'essentiel de la motivation des juges de la façon suivante : « *my-lords*, je ne vois pas pourquoi, simplement parce qu'un pouvoir de décision est dérivé de la *common law* et non d'une source statutaire, il devrait *pour cette seule raison* être immunisé contre le recours juridictionnel »[288]. Il ouvre d'ailleurs la voie à un contrôle des actes de prérogative sur les trois fondements de l'illégalité, l'irraison (dite de *Wednesbury*) et de l'impropriété procédurale[289]. A un régime de contrôle dépendant de l'origine du pouvoir mis en œuvre par la couronne, les juges préfèrent désormais un contrôle fondé sur la matière en cause ; au passage, l'indépendance de la prérogative royale disparaît. En l'espèce, les juges rejettent l'appel qui leur est soumis, au motif qu'il ne leur revient pas d'interférer en matière de sécurité nationale – la décision contestée, fondée sur la prérogative, était celle d'interdire le syndicalisme au sein des services de renseignement britanniques.

Relativement à cette décision, deux précisions sont nécessaires. La première concerne les pouvoirs exercés *directement* sur le fondement de la prérogative, c'est-à-dire par les ministres de la couronne, *via* les ordres en conseil : leur soumission au *judicial review* est laissée suspens. La seconde remarque tient aux fondements de la décision : la Chambre des Lords s'évertue à passer outre deux cents ans de doctrine et de jurisprudence relative à l'injusticiabilité de la prérogative royale.

Lord Fraser de Tullybelton est le premier à préférer ne pas décider de la justiciabilité des ordres en conseil. Il ouvre sa réflexion en s'appuyant sur la doctrine classique de Blackstone, Dicey et Chitty, ainsi que sur les décisions *Attorney-general v. De Keyser's Royal Hotel Ltd. [1920] AC 508, 526*, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Lord Advocate, 1964 SC (HL) 117* et *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade [1977] QB 643*.

Lord Scarman, au contraire, est le premier à choisir de dépasser ces citations. Il s'efforce d'abord de rattacher et soumettre pleinement la prérogative royale à la *common law* en s'appuyant sur la doctrine du juge Coke. Il insiste ensuite sur l'évolution du temps, telle que la question essentielle commandant l'existence d'un recours juridictionnel à ce jour serait non plus la source du pouvoir mais bien la matière concernée :

> « Je remarquerais que la prérogative royale a toujours été regardée comme une part de la *common law*, et que sir Edward Coke n'avait pas de doute qu'elle soit soumise à la *common law* ; *Prohibition del Roy (1608) 12*

[288] *Idem*, Lord Diplock : « *My Lords, I see no reason why simply because a decision-making power is derived from a common law and not a statutory source, it should for that reason only be immune from judicial review*. »

[289] Ce dernier fondement est appelé par les juges tantôt l'irrespect des règles de la justice naturelle (*natural justice*), ou encore de respect de l'équité procédurale (*procedural fairness*).

*Co. Rep. 63* et *l'Affaire des Proclamations (1611) 12 Co Rep 74*. Dans le second cas, il affirma p. 76 que "le Roi n'a de prérogative que celle que la loi du pays lui autorise". C'est, bien sûr, au delà de tout doute, qu'au temps de Coke et par la suite le contrôle juridictionnel de l'exercice de la prérogative royale était limité à l'enquête relative à ce qu'un pouvoir particulier existait et, le cas échéant, dans quelle mesure : *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 58*. Mais cette limite est depuis disparue, submergée par le développement du droit moderne du *judicial review*.

« Aujourd'hui, donc, le facteur essentiel pour déterminer si l'exercice de la prérogative royale est sujet au *judicial review* n'est plus sa source mais la matière en cause »[290].

Lord Diplock adopte un raisonnement proche, en affirmant la soumission de la prérogative royale à la *common law* (première citation). Il continue en justifiant spécialement le fondement pratique de l'approche du contrôle juridictionnel non par la source du pouvoir mais par la matière considérée, en l'espèce la sécurité nationale (seconde citation) :

« En l'absence de toute loi réglementant la matière en cause dans la décision, la source du pouvoir fondant cette décision peut encore relever de la *common law* elle-même ; ainsi cette part de la *common law* à laquelle les juristes donnent le nom de "prérogative" » [291].

« *My Lords*, sans vouloir être discourtois envers le conseil quand je le dis : mis à part l'intérêt intellectuel de la chose, pour répondre à la question de droit soulevé par cet appel, je n'ai tiré que peu d'assistance pratique des analyses savantes et ésotériques de la nature précise, des frontières

---

[290] « *I would observe that the royal prerogative has always been regarded as part of the common law, and that Sir Edward Coke had no doubt that it was subject to the common law: Prohibitions del Roy(1608) 12 Co. Rep. 63 and the Proclamations Case(1611) 12 Co Rep 74. In the latter case he declared, at p. 76, that "the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him." It is, of course, beyond doubt that in Coke's time and thereafter judicial review of the exercise of prerogative power was limited to inquiring into whether a particular power existed and, if it did, into its extent : Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd. [1920] AC 508. But this limitation has now gone, overwhelmed by the developing modern law of judicial review* :

« "*Today, therefore, the controlling factor in determining whether the exercise of prerogative power is subject to judicial review is not its source but its subject matter*."

[291] « *In the absence of any statute regulating the subject matter of the decision the source of the decision-making power may still be the common law itself, i.e., that part of the common law that is given by lawyers the label of "the prerogative* ».

> et de l'origine historique de "la prérogative" ; il en va de même pour la question de savoir quels pouvoirs, appartenant aux agents de l'exécutif agissant au nom du gouvernement central et qui ne sont pas partagés par les citoyens privés, méritent cette qualification. [...] Néanmoins, quelle que soit la qualification attachée à ces pouvoirs, il a manifestement persisté jusqu'à aujourd'hui un résidu de champs de droit dans lesquels le gouvernement exécutif conserve des pouvoirs de décision qui ne sont pas dépendant d'une autorité statutaire, mais qui néanmoins ont des conséquences sur les droits privés ou les espérances légitimes d'autres personnes. Si le pouvoir de décision en cause avait une origine statutaire, cela conduirait à soumettre la décision au *judicial review* »[292].

Lord Roskill insiste également sur le passage du temps pour justifier l'évolution de la jurisprudence, concédant même un « activisme judiciaire » à ce sujet (première citation). Remarquablement, il considère acquise l'existence d'un « droit public ou administratif » au Royaume-Uni. Cette remarque est sans importance pour son propos : il se concentre sur ce que, certes, les autorités s'opposent traditionnellement au contrôle de la prérogative, et sur l'anachronisme de cette doctrine selon lui (deuxième citation). Il s'efforce ensuite de l'écarter plus directement, en affirmant la nécessité de faire évoluer le droit public au gré de l'écoulement de temps (troisième citation). Il se range ainsi à l'argument pragmatique des Lords Scarman et Diplock pour considérer que, du point de vue des justiciables, l'origine du pouvoir qui empiète sur leurs droits est un problème tout secondaire.

> « Avant de s'intéresser en détail aux écrits opposés par les parties, il sera utile de faire quelques observations générales relativement à la procédure désormais connue sous le nom de *judicial review*. Aujourd'hui, il est peut-être commun d'observer que, suite à une série de décisions judiciaires depuis environ 1950, dans cette Chambre comme dans la Cour d'Appel, il y a eu un changement considérable et effectivement radical

[292] « *My Lords, I intend no discourtesy to counsel when I say that, intellectual interest apart, in answering the question of law raised in this appeal, I have derived little practical assistance from learned and esoteric analyses of the precise legal nature, boundaries and historical origin of "the prerogative," or of what powers exercisable by executive officers acting on behalf of central government that are not shared by private citizens qualify for inclusion under this particular label. [...] Nevertheless, whatever label may be attached to them there have unquestionably survived into the present day a residue of miscellaneous fields of law in which the executive government retains decision-making powers that are not dependent upon any statutory authority but nevertheless have consequences on the private rights or legitimate expectations of other persons which would render the decision subject to judicial review if the power of the decision-maker to make them were statutory in origin.* ».

dans la portée du *judicial review*. Ce changement a été décrit – sans critique – comme une éruption d'activisme judiciaire »[293].

« Mais, utilement, [le demandeur] a pensé justifié de soumettre à vos seigneuries une sélection des écrits classiques de nombreux auteurs dans ce domaine, depuis Locke jusqu'à Dicey en passant par Blackstone et Chitty, mais encore les écrits d'autorités modernes estimables comme de Smith, Wade, Hood Philips et Heuston, dans l'idée de montrer d'abord la vision historique que les actes réalisés sur le fondement de la prérogative n'ont jamais été justiciables, et ensuite la mesure dans laquelle cette doctrine classique peut au moins en ce siècle être considérée comme ayant été diluée »[294].

« En bref, la vision orthodoxe était à l'époque que la réponse à un abus de la prérogative appartenait au domaine politique et non au domaine juridique.

« Mais aussi fascinant qu'il soit d'explorer ce grand courant de notre histoire juridique, le faire en connexion avec le présent recours semble surréaliste. Parler aujourd'hui des actes du souverain comme "irrésistibles et absolus" quand les conventions constitutionnelles modernes requièrent que tous ces actes soient réalisés par le souverain sur le conseil de et à l'exécution de ses ministres en poste à ce moment, tend sûrement à empêcher le développement continu de notre droit administratif en s'arc-boutant sur ce que Lord Atkin appela un jour, quoique dans un contexte différent, le son des chaînes médiévales des fantômes du passé : voyez *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd. [1941] A.C. 1, 29*. Ce n'est, je l'espère, pas déplacé dans ce contexte de citer une lettre écrite en 1896 par le grand historien du droit F. W. Maitland à Dicey lui-même : "la seule utilité directe de l'histoire du droit (je ne me prononce pas sur

[293] « *Before considering the rival submissions in more detail, it will be convenient to make some general observations about the process now known as judicial review. Today it is perhaps commonplace to observe that as a result of a series of judicial decisions since about 1950 both in this House and in the Court of Appeal there has been a dramatic and indeed a radical change in the scope of judicial review. That change has been described — by no means critically — as an upsurge of judicial activisM.* »

[294] « *But, helpfully, he thought it right to make available to your Lordships a selection from the classic pronouncements of many famous writers in this field from Locke through Blackstone and Chitty to Dicey and from the writings of distinguished modern authorities including de Smith, Wade, Hood Phillips and Heuston designed to show first the historic view that acts done under the prerogative were never reviewable and secondly the extent to which that classic doctrine may at least in this century be said to have been diluted.* » Le « *he* » en première ligne renvoie au demandeur.

son intérêt trépidant) tient à la leçon que chaque génération a un énorme pouvoir de création de son propre droit" : voyez Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law : Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* (1980), p. 177 »[295].

Lord Brightman, enfin, est plus réservé : bien que d'accord pour rejeter l'appel sur le fondement de ce que la matière considérée est la sécurité nationale, il préfère éviter de trancher la question de la soumission des ordres en conseil au recours juridictionnel :

> « Il n'y a rien que je puisse utilement ajouter aux recensions complètes que vos seigneuries ont faites des autorités relativement à la justiciabilité des décisions prises sur le fondement de la prérogative royale. Il n'y a pas de différence dans mon propos avec les réflexions de vos seigneuries, excepté sur un point isolé : le point de savoir si la justiciabilité de l'exercice d'un pouvoir de prérogative est limitée au cas dans lequel ce pouvoir a été délégué à l'autorité auteur de la décision par un ordre en Conseil. De cette façon, le processus de prise de décision qu'il est demandé de contrôler relève de, et doit être exercé en accord avec, les termes de cet ordre. Comme mon noble et savant ami Lord Fraser of Tullybelton, je préfèrerais laisser la résolution de cette question à une affaire dans laquelle elle doit nécessairement être déterminée »[296].

---

[295] *« In short the orthodox view was at that time that the remedy for abuse of the prerogative lay in the political and not in the judicial field.*

*« But fascinating as it is to explore this mainstream of our legal history, to do so in connection with the present appeal has an air of unreality. To speak today of the acts of the sovereign as "irresistible and absolute" when modern constitutional convention requires that all such acts are done by the sovereign on the advice of and will be carried out by the sovereign's ministers currently in power is surely to hamper the continual development of our administrative law by harking back to what Lord Atkin once called, albeit in a different context, the clanking of mediaeval chains of the ghosts of the past : see United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd. [1941] A.C. 1, 29. It is, I hope, not out of place in this connection to quote a letter written in 1896 by the great legal historian F. W. Maitland to Dicey himself : "The only direct utility of legal history (I say nothing of its thrilling interest) lies in the lesson that each generation has an enormous power of shaping its own law" : see Richard A. Cosgrove, The Rule of Law : Albert Venn Dicey, Victorian Jurist (1980), p. 177. »*

[296] *« There is nothing which I can usefully add to the comprehensive survey which your Lordships have already made of the authorities on the reviewability of decisions taken under the royal prerogative. There is no difference between the conclusions reached by your Lordships except on one isolated point : whether the reviewability of an exercise of a prerogative power is limited to the case where the power has been delegated to the decision-maker by Order in Council, so that the decision-making process which is sought to be reviewed arises under and must be exercised in accordance with the terms of that order; or whether reviewability may also extend, in an appropriate case, to a direct exercise of a prerogative power. Like my noble and learned friend, Lord Fraser of Tullybelton, I would prefer to leave the resolution of that question to a case where it must necessarily be determined. »*

### b). La décision Bancoult (n° 2)

La décision ultérieure *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaires, ex parte Bancoult (N° 2)*[297] poursuit l'évolution de la jurisprudence entamée avec la décision *CCSU*. La décision de la Chambre des Lords est ouverte par Lord Hoffman, qui prend acte de la spécificité de l'affaire (§ 31) : l'ordre en conseil contesté en l'espèce est pris en application d'une loi qui renvoie directement à la prérogative royale.

> « Dans une colonie conquise ou concédée, la Couronne, par la vertu de sa prérogative, a les pleins pouvoirs pour établir des arrangements exécutif, législatif et judiciaire, selon son bon plaisir, et généralement pour agir aussi bien comme exécutif que comme législateur, à la condition que les dispositions prises par la Couronne ne contreviennent pas à une seule loi applicable à la colonie ou à l'ensemble des possessions britanniques. »[298]

Selon la loi écrite applicable, la Couronne devrait donc être pleinement libre d'exercer son pouvoir de prérogative comme elle l'entend. Plus loin, Lord Hoffmann rappelle d'ailleurs que le *Human Rights Act 1998* considère les ordres en conseil comme une législation originaire qui, comme les lois votées à Westminster, ne peut être écartée par les cours mais suppose, en cas de violation de la CEDH, que la juridiction produise une déclaration d'incompatibilité (§ 34). Lord Hoffmann se borne à estimer que, depuis la décision *Council of Civil Service Unions*, il n'est plus à considérer que la prérogative royale est immunisée contre le recours juridictionnel. Fort politiquement, il ajoute que la spécificité de la suprématie du Parlement tient à son caractère représentatif (§ 35) :

> « Le fait que de tels ordres en conseil ressemblent par certains aspects à des lois du Parlement ne signifie pas qu'ils partagent toutes leurs

---

[297] Chambre des Lords, *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaires, ex parte Bancoult (N° 2)* [2008] UKHL 61.

[298] « *The law is stated in Halsbury's Laws of England (4th ed 2003 reissue) vol 6, para 823* :
« "*In a conquered or ceded colony the Crown, by virtue of its prerogative, has full power to establish such executive, legislative, and judicial arrangements as this Crown thinks fit, and generally to act both executively and legislatively, provided the provisions made by the Crown do not contravene any Act of Parliament extending to the colony or to all British possessions. The Crown's legislative and constituent powers are exercisable by Order in Council, Letters Patent or Proclamation…*" »

caractéristiques. Le principe de la souveraineté du Parlement, ainsi qu'il a été développé par les juridictions depuis les trois cent cinquante dernières années, est fondé sur ce que l'unique autorité que le Parlement possède dérive de son caractère représentatif. Une telle qualité manque à l'exercice de la prérogative, et quoiqu'un ordre en conseil puisse être de caractère législatif, c'est toujours un exercice de pouvoir par l'exécutif seul. Jusqu'à la décision de cette chambre dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374*, il a pu être estimé que l'exercice de pouvoirs de prérogative était, en tant que tel, immunisé contre la *judicial review*. Cette objection a été supprimée. Je ne vois pas de raison pour laquelle la législation de prérogative devrait ne pas être sujette au contrôle sur les fondements ordinaires de légalité, de rationalité et d'impropriété procédurale de la même façon que toute autre action de l'exécutif. » [299]

Lord Bingham de Cornhill, quoiqu'il ne soit pas convaincu de l'existence d'un pouvoir de prérogative à contrôler en l'espèce, est d'accord pour estimer que l'ordre en conseil peut être soumis à un recours juridictionnel.

Lord Rodger de Earlsferry laisse entendre une opinion différente. Selon lui, parce que les pouvoirs de la Couronne en la matière seraient confiés afin de créer « des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du territoire »[300], la sanction d'un tel pouvoir ne saurait être que politique et non juridictionnelle. C'est donc au parlement et non aux juges qu'il reviendrait d'intervenir contre un ordre en conseil insatisfaisant politiquement (§ 109). Lord Carswell est d'une opinion semblable à celle de Lord Rodger :

« Puisque la Couronne dispose d'une pleine autorité législative sur une colonie concédée, aucune raison impérieuse n'apparaît pour qu'un ordre en

[299] *« 35. But the fact that such Orders in Council in certain important respects resemble Acts of Parliament does not mean that they share all their characteristics. The principle of the sovereignty of Parliament, as it has been developed by the courts over the past 350 years, is founded upon the unique authority Parliament derives from its representative character. An exercise of the prerogative lacks this quality ; although it may be legislative in character, it is still an exercise of power by the executive alone. Until the decision of this House in Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, it may have been assumed that the exercise of prerogative powers was, as such, immune from judicial review. That objection being removed, I see no reason why prerogative legislation should not be subject to review on ordinary principles of legality, rationality and procedural impropriety in the same way as any other executive action.* »

[300] Cet argument qui touche au fond du droit et a retenu longuement l'attention des Lords, n'est pas étudié en détail ici, dès lors qu'il est accessoire à la question de savoir si la non justiciabilité de la prérogative royale subsiste.

> conseil n'ait pas validement le même effet, dans une colonie de la Couronne, qu'une loi au Royaume-Uni. »[301]

A son tour, il affirme que c'est au parlement et non aux juridictions de décider si l'ordre en conseil contesté doit être maintenu ou non (§ 130).

Le raisonnement de Lord Mance rejoint pour l'essentiel celui de lord Hoffmann, sans avoir la même rigueur. S'appuyant ouvertement sur Dicey, il ne retient de sa doctrine que le fait que la prérogative se rattache au pouvoir exécutif et que ce pouvoir, quoiqu'il soit exercé au nom du roi, l'est en réalité par les ministres. De ces seules considérations, il déduit que les ordres en conseils devraient être pleinement soumis au *judicial review* (§ 141). Afin d'enfoncer le clou, il ajoute d'abord que la prérogative relèverait simplement de la *common law* (en s'appuyant sur l'Affaire des Proclamations et sur le juge Coke), ensuite que la prérogative a toujours été considérée inférieure aux lois du parlement de Westminster et enfin que Lord Reid avait affirmé dans la décision *Burmah Oil* que la prérogative devait être approchée de façon toujours actualisée (§ 149). En l'espèce, si les juges le soumettent à leur contrôle, l'ordre en conseil n'est pas censuré.

La soumission des actes de prérogatives les plus politiques ne semblait pas consommé jusqu'à la récente décision *Cherry*[302]. M. Poole affirmait encore en 2010 que :

> « La prérogative pourrait désormais, en principe, être classée comme une source de droit infra-statutaire comme les autres en ce qui concerne le recours juridictionnel ; néanmoins, en pratique, les juridictions tendent toujours à approcher la prérogative avec une prudence confinant à la pleine déférence. »[303]

---

[301] « *124. [...] Since the Crown has plenary legislative authority over a ceded colony, there appears to be no compelling reason why an Order in Council should not validly have the same effect in a Crown colony as an Act of Parliament would have in the United KingdoM.* »

[302] Cour suprême, 24 septembre 2019, *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, [2019] UKSC 41

[303] POOLE (Thomas), « *United-Kingdom : The Royal Prerogative* » [Royaume-Uni : la prérogative royale], *International Journal of Constitutional Law* [Revue internationale de droit constitutionnel], *op. cit.*, p. 149 : « *The prerogative might now, in principle, be classified as a normal substatutory source of law for the purposes of judicial review ; however, in practice, the courts tend still to approach the prerogative with a caution bordering on outright deference*. »

## 2). Une évolution jurisprudentielle insuffisamment justifiée en droit

Les développements de la majorité des juges dans les décisions *CCSU* et *Bancoult (n° 2)* ne sont pas pleinement satisfaisants.

L'appui sur le bon sens évoqué par certains juges est fallacieux (a), le présupposé d'une appartenance de la prérogative à la *common law* n'est pas justifié (b), non plus qu'un quelconque changement du droit par l'écoulement du temps (c). L'éventuel pouvoir des cours de soumettre la validité des actes fondés sur la prérogative royale à la *common law* n'est pas justifié non plus (d).

### a). Le caractère fallacieux d'un appui sur le « bon sens »

En premier lieu, sont présentés des arguments de « bon sens » ou encore de « pragmatisme », résumés par la formule de Lord Roskill dans la décision *CCSU* : « je ne vois pas [...] de raison logique pour laquelle le fait qu'une source de pouvoir est la prérogative et non la loi statutaire devrait à ce jour priver les citoyens du droit de contester la manière dont il est exercé, droit qu'il possèderait si la source de ce pouvoir était statutaire »[304]. Il doit pourtant être rappelé que ni le « bon sens » ni le « pragmatisme », ni même la volonté d'ouvrir une voie de droit là où il n'en existe pas, ne sont des normes de droit susceptibles de permettre la dérogation à d'autres normes. Le droit n'est pas plus soumis, d'ailleurs, à la logique. Seule se pose la question de savoir si la Chambre des Lords avait le pouvoir de soumettre à son contrôle l'usage de la prérogative royale par la Couronne.

### b). L'absence de justification d'une appartenance de la prérogative royale à la *common law*

En deuxième lieu, il est affirmé que la prérogative royale appartiendrait à la *common law* et serait donc *tout naturellement* soumise à l'autorité des cours, quand bien même celles-ci auraient refusé jusqu'à présent de recourir à leur pouvoir de contrôle. C'est l'affirmation

[304] « *I am unable to see [...], that there is any logical reason why the fact that the source of the power is the prerogative and not statute should today deprive the citizen of that right of challenge to the manner of its exercise which he would possess were the source of the power statutory*. »

importante de lord Diplock, lorsqu'il semble énoncer la même chose que lord Roskill, en affirmant : « *mylords*, je ne vois pas pourquoi, simplement parce qu'un pouvoir de décision est dérivé de la *common law* et non d'une source statutaire, il devrait pour cette seule raison être immunisé contre le recours juridictionnel »[305]. Si la prémisse de lord Diplock devait être admise, cette fameuse « dérivation », la conséquence serait effectivement toute mécanique. Il est pourtant remarquable que lord Diplock tienne pour acquis que la prérogative royale serait un pouvoir de *common law*. C'est là une imprécision très commune dans la doctrine relative au droit britannique.

La *common law* apparaît fréquemment comme notion abstraite, indéfinissable et susceptible de recouvrir tout droit non statutaire, donc la prérogative. Bien plus simplement, la *common law* est un droit jurisprudentiel, issu des cours ; c'est la somme de la jurisprudence civile. La prérogative royale, pour sa part, est un pouvoir de la Couronne et reconnu comme tel dans diverses lois britanniques, aussi bien le *Bill of Rights* de 1689 que la loi reconnaissant le pouvoir de la Couronne pour légiférer dans les colonies, dans l'affaire Bancoult. La question est donc de savoir si les cours ont effectivement le pouvoir de déroger aux actes créés sur le fondement de la prérogative royale. D'après les « autorités » antérieures, doctrinales et jurisprudentielles, mentionnées par lord Fraser de Tullybelton dans la décision *CCSU* : non. La prérogative royale n'est justiciable en principe que lorsqu'elle porte atteinte aux droits garantis aux sujets par la loi votée à Westminster.

### c). L'absence d'évidence d'un changement du droit par l'écoulement du temps

En troisième lieu, certains juges avancent l'écoulement du temps et une nécessité de mutabilité du droit pour justifier la fin de la doctrine de l'injusticiabilité de la prérogative royale. Là encore, il peut être simplement affirmé que ces considérations sont a-juridiques. L'écoulement du temps n'a d'effet sur la validité d'une norme que si cela est explicitement prévu par l'ordre juridique ou si des circonstances de fait, à l'image d'une révolution, conduisent à renverser l'ordre juridique antérieur. Surtout, l'écoulement du temps est ici évoqué relativement à l'usage fait du pouvoir de prérogative ; il ne s'agit pas de l'effet du temps sur la compétence des juridictions pour en connaître. Ces affirmations des juges doivent donc également être mises de côté.

[305] « *My Lords, I see no reason why simply because a decision-making power is derived from a common law and not a statutory source, it should for that reason only be immune from judicial review.* »

### d). L'absence de justification du pouvoir des cours à soumettre la validité de la prérogative royale à la *common law*

En quatrième lieu, enfin, il n'est pas évident que la prérogative puisse être soumise aux cours du simple fait d'un revirement de jurisprudence. Si les cours ne disposaient pas originellement du pouvoir de déroger aux actes de la prérogative royale, et si ni le bon sens ni l'écoulement du temps ne peuvent justifier un changement en la matière, il aurait fallu que le nouveau pouvoir des cours de le faire maintenant leur soit spécialement attribué. Ce n'est pas le cas.

Il est à concéder que le revirement opéré avec les décisions *CCSU et Bancoult n° 2* ne pourrait à son tour être primé que par une loi de Westminster. C'est là le premier paradoxe, identifié plus haut, des rapports entre les sources du droit britannique : si la prérogative ne doit, en droit, être conforme qu'à la loi statutaire, l'opinion juridictionnelle dominante à ce jour est que l'exercice de la prérogative doit également être conforme aux règles de la *common law*.

En conséquence, il s'agit d'une situation comparable à celle dans laquelle, en France, le Conseil d'Etat déciderait d'annuler un acte dont il n'a pas compétence à connaître. La décision *CCSU* peut donc être comparée à *CE, 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot* pour la façon dont une décision apparemment malfondée en droit est susceptible de s'imposer. L'analyse de cette décision par les services du Conseil d'Etat est d'ailleurs douteuse, notamment lorsqu'elle affirme que

> « Si la création de la cour militaire de justice entrait dans le cadre de l'habilitation, la loi référendaire, faute de l'avoir fait expressément, ne pouvait être regardée comme ayant autorisé le Président de la République à déroger aux principes généraux du droit, en l'occurrence aux principes généraux du droit pénal. »

D'une certaine manière, au Royaume-Uni, il aurait fallu que le parlement de Westminster affirme directement que les pouvoirs de prérogatives n'appartenaient pas à la compétence des cours pour que la Chambre des Lords continue à se refuser à exercer un contrôle sur eux qui ne soit pas limité à l'identification des pouvoirs de prérogative et à leur soumission à la loi écrit. Et encore : dans l'affaire *Bancoult n° 2*, la pleine liberté de la Couronne pour faire usage de la

prérogative était-elle explicitement reconnue par la loi. Les lords Rodger et Carswell ne s'y sont pas trompés.

En grossissant le trait, cette décision donne lieu à une révolution juridique plus ou moins discrète, mais sans qu'il puisse être affirmé qu'elle est achevée, et ce malgré la décision *Cherry* déjà évoquée. Pour la présente étude, il est nécessaire de considérer que la prérogative est toujours indépendante du droit jurisprudentiel, quitte à reconnaître qu'une pratique juridictionnelle contraire existe.

## §2. Une liberté résiduelle des agents publics fondée sur la prérogative royale

En l'absence d'interdiction ou d'obligation de publication organisée par le droit jurisprudentiel ou par un *Act of Parliament*, la Couronne est libre de publier ou non tout document. Pour M. Coppel, la publication discrétionnaire subsiste même dans le cas où le *Freedom of Information Act 2000* prévoit une exemption, absolue ou relative, à la publication[306]. Cette présentation elle-même doit être nuancée : la publication discrétionnaire ne saurait s'opposer à une interdiction spécifique de publication, telle que la législation du secret en prévoit. Le pouvoir de publication discrétionnaire se maintient donc, mais dans des limites à expliciter.

Ce pouvoir de publication appartient au droit non statutaire britannique. Selon les auteurs, il relève soit de la prérogative royale, soit de la *common law*. Dans ce second cas, le principe est simple : toute personne détenant une information est libre en principe de la communiquer ou non et, la *common law* ne connaissant pas de personne publique, les services administratifs disposent des informations qu'ils détiennent, à l'image d'un droit de propriété[307]. M. Coppel présente les deux fondements potentiels de la publication discrétionnaire de la façon suivante :

> « En ce qui concerne les départements ministériels, il a été parfois suggéré qu'ils peuvent publier et disséminer des informations au gré d'un pouvoir de prérogative royale.

[306] COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit.*, p. 362 et 446 ; par renvoi aux articles 78 FOIA et 65 FOI(S)A.

[307] La *common law* ne connaît pas de personne publique ni de prérogative de puissance publique. Dicey insistait ainsi sur ce qu'en l'absence de *statute*, un policier anglais engage sa responsabilité civile et pénale par ses actions comme n'importe quelle personne privée. Pour ainsi dire, la faute de service connue par le droit administratif français n'existe pas en *common law*.

> « Alternativement, le pouvoir de publier et disséminer des informations peut être vu comme un pouvoir de *common law* possédé par la Couronne par la vertu de sa personnalité juridique de corporation »[308].

M. Coppel ne tranche pas clairement entre fondement de *common law* et fondement de prérogative ; il est donc nécessaire de le faire. L'appui sur la prérogative royale s'avère le fondement le plus pertinent pour traiter de cette publication discrétionnaire.

La liberté de publication discrétionnaire est fondée sur la prérogative royale (A) ; l'appui sur le fondement potentiel alternatif de cette liberté, la *common law*, est quant à lui erroné (B).

## A. Une liberté de publication discrétionnaire fondée sur la prérogative royale

En l'absence de droit statutaire contraire, la Couronne reste libre de l'usage qu'elle fait des informations qu'elle détient, au gré de la prérogative royale. Ses agents ne sont alors soumis qu'au principe hiérarchique.

Les sources d'informations en la matière sont deux décisions de 1971 et 1989, les décisions *Jenkins* (1) et *Greenwich London Borough Council* (2).

### 1). La décision *Jenkins*

La décision la plus fréquemment citée comme preuve de l'existence d'un pouvoir de publication discrétionnaire de prérogative royale, et la première des deux décisions auxquelles M. Coppel renvoie, est la décision *Jenkins* v. *Attorney-General*. Cette décision est – paradoxalement – perdue[309]. Le *Law Report* du *Times* du 14 août 1971, seule source d'information

---

[308] COPPEL (Philip) dir *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit.*, p. 446 « *In relation to central government, departments it has occasionally been suggested that they may disclose and disseminate information under a prerogative power of the Crown. » Renvoi à Jenkins et Greenwich London Borough Council. Alternatively, the power to disclose and disseminate information may be seen as a common law power possessed by the Crown by virtue of its legal personality as a corporation sole.* »

[309] Selon les auteurs, elle est rapportée comme :

– « *Jenkins v AG (1971)*, *The Times*, August 14 », *in* COPPEL (Philip), *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – la loi et la pratique], 3e éd., *op. cit.*.

– « *Jenkins v A-G (UK)* (Unreported, Vacation Court, Griffith J, 13 August 1971) ; « *However, this power was apparently treated as an aspect of the prerogative*. », *in* (Geoffrey), « The Changed Landscape of the Executive Power of the Commonwealth After the *Williams* Case » *Monash University Law Review, vol 39, n° 2,* p 348-387 ;

disponible la concernant, est néanmoins très complet en ce qui la concerne et tient lieu de référence pour les auteurs[310]. En l'espèce, était concernée la distribution du livret « *Britain and Europe* », tiré du *White Paper on the Common Market* mis en circulation par le Gouvernement, distribution à laquelle M. Clive Jenkins (représenté par M. Pain) s'était opposé, estimant que ce livret contenait des informations biaisées. Il est donc rapporté :

> « M. Pain affirma également que la brochure était si partisane que la publier était un abus du pouvoir de prérogative. Il était clairement établi que les cours ne mettraient pas en question la façon dont un pouvoir de la prérogative était employé. Le juge ne pouvait pas retenir que, par la publication de la brochure, la Couronne aurait tant abusé de la prérogative que cela entrerait dans la catégorie de cas auxquels Lord Delvin avait fait référence dans *Chandler* v *DPP* ([1964] AC 763.810) : "les cours ne vont pas contrôler le bon exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais elles vont intervenir pour corriger l'excès ou l'abus." Si M. Jenkins souhaitait persévérer en ce sens, il devait le faire par les canaux parlementaires. »[311]

D'après cette décision, la publication de ces informations relève de la prérogative royale. Si l'autorité de cette seule décision, peu et mal citée, est douteuse, la rareté de la jurisprudence est elle-même révélatrice de la marge de manœuvre laissée aux agents publics. Dans le quasi-silence de la *common law*, il est loisible à la Couronne d'organiser elle-même ce domaine, autorisant, permettant ou interdisant la publication.

– «Jenkins v. Att.-Gen., *The Times*, 13 August 1971 », *in* DE SMITH (Stanley) et BRAZIER (Rodney), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], *op. cit.*, p 137.

[310] *The Times*, 14 août 1971, page 14, « *Law Report August 13 1971 – Vacation Court – Injunction over Market pamphlet refused* ».

[311] « *Mr Pain also argued that the pamphlet was so partisans that to publish it was an abuse of the prerogative power. It was well established that the courts would not question the way in which a prerogative power was exercised. His Lordship could not hold that in publishing the pamphlet the Crown had so abused its prerogative that it came within the class of cases to which Lord Delvin referred in Chandler v DPP ([1964] AC 763.810) : "The courts will not review the proper exercise of discretionary power but they will intervene to correct excess of abuse." If Mr Jenkins wished to pursue that point he must do so through parliamentary channels*. »

## 2). La décision *Greenwich London Borough Council*

Une seconde décision, citée par M. Coppel seul et avec moins de précision encore, va dans le même sens : la décision *Greenwich London Borough Council* de 1989[312]. Le *Law Report* du *Times* est à nouveau riche d'informations. Le 17 mai 1989, sous le titre « *Omission does not make leaflet inaccurate* », le *Times* présente cette décision rendue la veille par la *Queen's Bench Divisional Court*[313], décision qui porte sur la distribution par le secrétaire d'Etat pour l'Environnement du livret « *The Community Charge (the so-called poll tax) : How it will work for you* » à 21 millions de foyers. Il était notamment reproché à cette brochure d'omettre de mentionner la responsabilité solidaire des époux et des concubins vivant sous le même toit l'un envers l'autre. Le *report* présente notamment que :

> « En l'absence de toute législation il n'appartenait pas aux cours d'agir comme critique ou censeur de l'information publiée par le Gouvernement ou quiconque. Les cours avaient seulement le pouvoir d'intervenir là où il pourrait être démontré que les directives ou le conseil donné par un département gouvernemental étaient inexacts en droit ou si une publication était manifestement inexacte ou trompeuse.
>
> « Il a dû être insisté sur ce que cela était un pouvoir exceptionnel qui ne saurait être mis en œuvre lorsqu'une publication tombe dans la zone grise entre ce qui est acceptable et ce qui n'est pas acceptable, au moment de déterminer la juste et nécessaire mesure de la diffusion d'information. Il était affirmé pour Greenwich que les cours pourraient intervenir sur le fondement de ce qu'il y aurait eu violation des standards de bonne administration comme énoncés dans les conventions publiées par le Gouvernement.
>
> « Cependant, les conventions étaient respectées au gré des désaccords politiques apparaissant, et non parce qu'elles avaient la force de loi.
>
> « Si les cours pouvaient intervenir, elles ne pourraient le faire que sur les fondements conventionnels de *Wednesbury* ([1948] KB 223), à regarder comme déduisant de ces principes la nécessité de reconnaître les attentes que le public pourrait légitimement avoir.

[312] Citée par Coppel comme « *R v Secretary of State for the Environment, ex p Greenwich London Borough Council* [1989] COD 530 (DC) », *in* COPPEL (Philip), *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – la loi et la pratique], 4e éd., 2014, Hart Publishing, Oxford, CXLI-1485 p., p. 478

[313] *The Times*, 17 mai 1989, page 44, « *Law Report May 17 1989 – Queen's Bench Divisional Court – Omission does not make leaflet inaccurate* », accessible de même.

> « Pour l'emporter selon les principes de *Wednesbury*, il devait être montré que la décision de publier le document dans la forme dans laquelle il l'avait été, était substantiellement erronée ; par exemple, parce que cela revenait à une telle distorsion de ce que devaient être les objectifs de publication du document, qu'il était clair qu'aucune réelle considération n'avait été donnée au fait de publier le document sous cette forme, qu'une considération malvenue avait été prise en compte, que le document avait été publié pour une raison distincte, ou encore que la discrétion administrative avait été exercée de mauvaise foi »[314].

Deux décisions de juridictions inférieures sont bien peu d'éléments pour attester de l'existence d'un droit mais, la prérogative royale étant un pouvoir résiduel de la couronne britannique, ces décisions ne sont pas même nécessaires. Seules des décisions contraires, c'est-à-dire excluant un fondement sur la prérogative royale s'agissant de la publication d'informations par les agents publics britanniques, ou un *statute* de même effet, attesteraient *a contrario* d'une obligation de publication ou de secret s'appliquant à ces agents.

La possibilité pour la Couronne d'organiser le flux de ses informations est également traduite dans le privilège de la Couronne, ou « le privilège de ne pas fournir des documents durant des procédures judiciaires »[315]. Le risque pour elle est alors de subir les conséquences contentieuses de ce refus vis-à-vis de l'issue d'un procès. La prérogative n'a cependant pas été le seul fondement invoqué pour souligner la liberté de publication des agents publics. Un fondement moins satisfaisant a été avancé : celui de la *common law*.

---

[314] « *In the absence of any legislation in was not the task of the courts to act as a critic or censor of information published by the Government or anyone else. The courts only had the power to intervene where it could be shown that guidance or advice given by a government department mistook the law or if a publication was manifestly inaccurate or misleading*.
« *It had to be emphasized that that was an exceptional power which should not be exercised where a publication fell into a grey area of between what was acceptable and what was not acceptable when determining the proper and necessary dissemination of information. It was argued on behalf of Greenwich the courts could intervene on the ground that there had been a departure from the standards of good administration as reflected in the conventions published by the Government*.
« *However, conventions were observed because of the political differences which arose, not because they had the force of law*.
« *If the courts could intervene it could only do so on the conventional Wednesbury grounds ([1948] KB 223) which were to be regarded as subsuming such principles as the need to recognize expectations which the public might legitimately have*.
« *To succeed on Wednesbury principles it had to be shown that the decision to issue the document in the form in which it was published was fatally flawed ; for example, because it amounted to such a distortion of what purported to be the objects of publishing the document that it was clear that no proper consideration was given to issuing the document in that form, or some irrelevant consideration was taken into account, or that it was issued for some collateral purpose, or that the discretion was being exercised perversely*. »

[315] MARSHALL (Geoffrey), *Constitutional Theory* [Théorie constitutionnelle], *op. cit.*, p 21 : « *the privilege of withholding documents in the course of judicial proceedings is described as Crown privilege.* »

## B. Un fondement alternatif et erroné de cette liberté : la *common law*

La *common law* ignorant la distinction entre personne privée et personne publique, pour ne connaître que des personnes de droit commun, la Couronne disposerait des informations qu'elle détient comme tout citoyen. Pour un même pouvoir de publier ou non des informations, un fondement alternatif à la prérogative royale est la *common law*, précisément un « pouvoir discrétionnaire de *common law* », correspondant à « toute chose que pourrait faire une personne naturelle »[316]. Dans le système de *common law*, la Couronne est une personne privée comme une autre, de telle sorte que Dicey peut rappeler que « tout homme, quel que soit son rang ou sa condition, est sujet à la loi ordinaire du royaume et soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires »[317]. La faute de service au sens du droit administratif français n'appartient pas à la *common law*.

Ce fondement de l'action des personnes publiques est discuté par Lady Hale dans la décision *R v. Secretary of State for Health* (1). Cette complexification proposée des sources du droit administratif britannique est dénuée d'effet pratique (2).

### 1). La justification du fondement de *common law* par Lady Hale dans *R. v. Secretary of State for Health*

La décision *R* v. *Secretary of State for Health* de 2000 donne lieu à des développements dans le sens d'un appui d'une partie au moins des actions de la Couronne sur la *common law*[318]. Avant l'entrée en vigueur du *Protection of Children Act 1999*, le ministère de la Santé britannique maintenait une liste de personnes dont l'aptitude à travailler avec des enfants était considérée douteuse, et ce depuis les années 1930. Cette liste permettait aux employeurs dans le domaine de l'éducation et du soin des enfants de réaliser des contrôles en amont d'une embauche. En dehors des condamnations pénales, aucune mention des comportements des

[316] CRAIG, « *discretionary power of common law* » *et* « *anything which could be done by a natural person* », *in* CRAIG (Paul), *Administrative Law* [Droit administratif], *op. cit.*, p. 446-447.

[317] « *Here every man whatever his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals* », in DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 193.

[318] Cour d'appel, *R* v. *Secretary of State for Health, ex p C* [2000] 1 FLR 627 (CA).

personnes n'y figurait ; il était seulement recommandé de contacter un ancien employeur pour obtenir des informations. La légalité de cette liste avait été contestée.

Lady Hale, rédactrice du jugement, résume la mise en balance à réaliser entre la protection de la réputation et de l'employabilité des personnes d'une part, et la protection de membres vulnérables de la société d'autre part. Lady Hale prend une position remarquablement claire vis-à-vis des pouvoirs de *common law* et de prérogative : citant le manuel de droit administratif de William Wade et le juge Laws[319], elle s'inscrit avec lui dans la continuité de Blackstone, estimant que la Couronne est une personne privée de *common law* comme une autre, à ceci près qu'elle dispose de pouvoirs particuliers tirés de la prérogative – malgré le caractère paradoxal de cette affirmation[320]. Citant toujours Wade, Lady Hale critique en conséquence l'habitude pour les juridictions de décrire comme relevant de la prérogative tout pouvoir non issu des *statutes* émanés de Westminster (c'est-à-dire la position de Dicey[321]). Pour Lady Hale, en l'absence de signe indiquant qu'un pouvoir propre à la prérogative royale serait en cause, il convient de se demander si n'importe quel citoyen aurait pu légalement mettre en place un tel fichier.

## 2). Une complexification des sources du droit administratif britannique dénuée d'effet pratique

Lady Hale affirme ensuite que, si l'affaire se trouve en dehors du domaine de la prérogative, la Couronne n'est pas libre d'agir comme n'importe quel citoyen, dès lors qu'elle ne se trouve pas dans la même situation que le citoyen lambda. Le statut d'autorité publique du ministère de la Santé « implique des conséquences qui ne s'appliqueraient pas à un citoyen privé », celui-ci n'ayant pas les moyens matériels de mettre en place une telle liste ni la possibilité d'influer sur l'emploi de tiers comme le fait le ministère. Citant à nouveau Wade et Laws, Lady Hale affirme qu' « une autorité publique ne peut faire aucune de ces choses à moins d'agir raisonnablement, de bonne foi et sur la base de considérations légales et pertinentes d'intérêt

[319] Celui-là même de la décision *Bancoult (n° 2)*, mentionnée plus haut.

[320] Remarquablement, Lady Hale aurait pu rendre son affirmation plus cohérente en plaçant la prérogative royale dans le champ de la *common law*, comme le fait une partie des juges de la chambre des Lords dans les décisions *CCSU* et *Bancoult n° 2*, étudiées plus haut.

[321] Pour Dicey, toutes les actions de la Couronne qui ne sont pas réalisées sur le fondement d'une loi relèvent de la prérogative, comme « l'ensemble des pouvoirs discrétionnaire de la Couronne subsistant » (« *the whole of the remaining discretionary powers of the Crown* », *in* DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], *op. cit.*, p. 426.

public », soit l'essence du *judicial review*, et des sujétions ne s'imposant pas aux simples personnes privées.

Dans cette approche de *common law* excluant en principe la prérogative, si les personnes publiques ne disposent pas de plus de droits que les personnes privées, elles sont néanmoins sujettes à des obligations que ne connaissent pas lesdites personnes privées. Lady Hale n'évoque pas quelle serait alors la situation d'une personne privée disposant de moyens financiers et humains massifs, à l'image d'une très grande entreprise multinationale. En l'espèce, estimant les conditions réunies, Lady Hale effectue un plein contrôle de la légalité de la liste et conclut à ce que le fonctionnement de la liste, jusqu'à l'entrée en vigueur du *Protection of Children Act 1999*, n'était pas illégal.

Pour cette étude de l'accès aux informations détenues par les agents publics, afin d'expliquer la nature des pouvoirs détenus par la Couronne britannique en cette matière et en tout cas soumis au contrôle du juge par le biais du *judicial*, il semble raisonnable de s'appuyer exclusivement sur l'hypothèse selon laquelle ces pouvoirs, en l'absence d'*Act of Parliament*, relèvent de la prérogative royale. L'approche retenue par Blackstone, William Wade, le juge Laws et Lady Hale, distinguant des actions réalisées en l'absence de droit écrit soit sur un fondement de prérogative soumise au *judicial review*, soit sur un fondement de capacité privée de *common law* mais néanmoins soumise au même *judicial review*, apparaît insatisfaisante. Elle crée des distinctions de régime peu pertinentes car dénuées de conséquences pratiques pour le contentieux en cause. Leur effet est avant tout d'affirmer la soumission de la Couronne aux juridictions, afin de pouvoir, le cas échéant, la soumettre à de nouvelles exigences jurisprudentielles.

Ainsi, il convient d'abord de retenir qu'en l'absence de droit écrit, le pouvoir des agents publics de diffuser ou non des informations dont ils disposent relève de la prérogative royale. Au moment où les décisions *Jenkins* et *Greenwich London Borough Council* en sont les seules marques claires, le paysage juridique de droit écrit reste, quant à lui, hostile à la diffusion de l'information publique.

## §3. Une portée pratique de la publication discrétionnaire presque inexistante à ce jour

La portée du pouvoir de publication discrétionnaire doit être considérée comme toute théorique à ce jour. En premier lieu, le *Freedom of Information Act 2000*, quoique ses annexes,

ne soient pas exhaustives, s'applique à la grande majorité des agents publics britanniques, les soumettant à une réelle obligation de publication[322]. Les agents non soumis à ce texte, quant à eux, ne relèvent pas de la seule prérogative royale.

Pour les agents soumis à la loi britannique de 2000, l'éventualité d'une publication discrétionnaire est désamorcée par les dispositions du texte (A). Quant aux agents non soumis à cette loi, ils demeurent soumis à la législation du secret (B).

## A. L'éventualité d'une publication discrétionnaire désamorcée pour les agents soumis à la loi de 2000

Au risque d'entamer l'étude du fond de la loi sur la liberté de l'information de 2000, présenter deux mécanismes limitant drastiquement le champ des publications discrétionnaires s'impose.

Les exemptions absolues de publication du texte de 2000 renvoient en principe à la législation du secret (1), tandis que l'opportunité d'une publication discrétionnaire est écartée par le test de l'intérêt public propre aux exemptions relatives (2).

### 1). Des exemptions absolues de publication renvoyant en principe à la législation du secret

A ce point de l'étude, le présupposé suivant doit être admis : si la publication d'une information relevant d'une exemption absolue à la publication est impossible sur le fondement de la loi de 2000, il y a de fortes chances qu'une publication discrétionnaire en la matière soit interdite par la législation du secret. Sur ce point, il suffit de rappeler que, selon l'article 44 du *Freedom of Information Act 2000*, ce texte n'abroge aucun des secrets garantis par le droit statutaire qui lui préexistent[323].

---

[322] Le champ exact de la loi britannique de 2000 sur la liberté de l'information est étudié au titre Ier de la partie II de la présente étude.

[323] Article 44, « interdictions de publication (*prohibitions of disclosure*) : « *(1) Information is exempt information if its disclosure (otherwise than under this Act) by the public authority holding it— (a) is prohibited by or under any enactment, (b) is incompatible with any EU obligation, or (c) would constitute or be punishable as a contempt of court. (2) The duty to confirm or deny does not arise if the confirmation or denial that would have to be given to comply with section 1(1)(a) would (apart from this Act) fall within any of paragraphs (a) to (c) of subsection (1).* »

## 2). L'opportunité d'une publication discrétionnaire écartée par le test de l'intérêt public propre aux exemptions relatives

Ainsi que M. Coppel le résume, l'existence même d'un test de l'intérêt public pour la détermination de la légalité de la publication d'une information soumise à une exemption relative exclut largement la publication discrétionnaire :

> « Il est néanmoins difficile de voir un large champ pour la publication discrétionnaire sous l'empire de la loi sur la liberté de l'information de 2000. Il est certain que, relativement à l'information qu'il n'est pas nécessaire de publier sur la base d'une exemption qualifiée, l'autorité publique aura nécessairement déjà conclu que l'intérêt public au maintien du secret prime l'intérêt public à la publication de l'information. »[324]

En conséquence, l'autorité ayant à répondre à une demande de publication discrétionnaire a peu de chances de trancher dans un sens différent de sa réponse dans le cadre de la loi de 2000. Si la publication n'est pas apparue souhaitable dans le cadre de la loi, elle n'a pas de raison de sembler plus souhaitable en dehors.

En outre, pour le pétitionnaire, un contrôle juridictionnel du refus de publication discrétionnaire semble tout aussi peu réaliste[325]. Le contrôle juridictionnel mené serait également celui de la bonne réalisation du test de l'intérêt public sur le fondement de la loi.

---

[324] COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit.*, p. 448 : « *It is nevertheless difficult to see much scope for discretionary disclosure under the Freedom of Information Act 2000, certainly in relation to information that is not required to be disclosed on the basis of a qualified exemption : the public authority will necessarily already have concluded that the public interest in maintaining the exemption outweighs the public interest in disclosing the information*. »

[325] *Idem* p. 450.

### B. La soumission persistante à la législation du secret pour les agents non soumis à la loi de 2000

Les agents non soumis à la loi de 2000, pour leur part, sont encore soumis aux obligations sectorielles de publication et de secret. En cas de litige, ils pourront être confrontés à l'exercice de l'outil de *discovery*, mais celui-ci ne saurait s'opposer à un secret de droit statutaire ni conduire à la publication d'une information qui serait nuisible à l'intérêt public.

## Conclusion de la section

Le pouvoir discrétionnaire de publication par les agents publics britanniques des informations qu'ils détiennent trouve bien sa source dans la prérogative royale, entendue comme une source de droit indépendante du droit jurisprudentiel en principe. Cet état du droit est néanmoins remis en cause par la jurisprudence récente de la Chambre des Lords, de sorte que, selon l'inscription ou non dans le temps des décisions *CCSU* et *Bancoult n° 2*, il pourrait devenir nécessaire de considérer que la prérogative royale relève bien du droit commun jurisprudentiel. Ce n'est pas encore le cas à ce jour. Le droit résiduel de publication discrétionnaire désormais clairement appuyé sur la prérogative royale, n'est pas remis en cause dans son existence théorique. Il est pourtant bien limité de plus en plus dans son existence pratique. La pertinence de le mentionner, encore réelle, s'estompe avec la diminution de la liberté des agents.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

La prérogative royale, qui, en l'absence de lois du parlement de Westminster, permettrait à l'administration de fixer elle-même le statut des informations qu'elle détient et les conditions de leur divulgation, est réduite à une existence toute théorique. La législation sur les secrets officiels, à ce jour l'*Official Secrets Act 1989*, impose une interdiction de divulgation très étendue[326], à laquelle répondent plusieurs obligations de divulgation. La plus étendue est celle établie par le *Freedom of Information Act 2000*, complétée non seulement par diverses obligations sectorielles de même valeur, mais encore par les règlementations propres à l'information environnementale. Seule subsiste une liberté relativement aux cas ne relevant d'aucune obligation de secret ou de publication : en pratique, le droit commun derrière ces *discretionary disclosures* ne s'applique que dans des cas exceptionnels[327]. Malgré la subsistance d'une incertitude quant à son statut, à ce jour le droit non écrit britannique peut être écarté des sources de droit pertinentes. Dès lors, la seule source pertinente pour l'étude d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, au sein du droit constitutionnel formel britannique, est le *Freedom of Information Act 2000*.

[326] Notamment relativement aux informations confidentielles.

[327] Une partie de la doctrine critique tout de même la pratique de diverses administrations, qui useraient trop précautionneusement de cette prérogative dès lors qu'elles sont soumises au *Freedom of Information Act 2000*.

## CONCLUSION DU TITRE

Les sources de droit potentielles étant identifiées, limiter l'étude s'impose. Seuls certains énoncés sont raisonnablement susceptibles d'être porteurs d'un régime général quant à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Ces textes sont les suivants :

Le *Freedom of Information Act 2000* britannique, pris dans son ensemble, et dont l'article 1er énonce que : « (1) Toute personne soumettant une demande d'information à une autorité publique a le droit (a) d'être informée par écrit par l'autorité publique de ce qu'elle détient ou non des informations relevant de la description faite par la demande et (b) si c'est le cas, de se voir communiquer ces informations. »[328]

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française : « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. »

L'article 5 I de la Loi fondamentale fédérale allemande : « chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. »[329]

L'article 20 I du même texte : « la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social. »[330]

[328] Texte original : « *Section 1. General right of access to information held by public authorities. (1) Any person making a request for information to a public authority is entitled (a) to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request and (b) if that is the case, to have that information communicated to hiM.* »

[329] « *Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.* »

[330] « *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.* »

# TITRE II. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS

Pour déterminer si les énoncés pertinents contiennent une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics, il est nécessaire de les interpréter. Cette « obligation de communication » peut également être exprimée sous la forme d'une autorisation donnée aux particuliers d'accéder à ces informations, soit sous la forme un « droit d'accès ». Au contraire, l'inexistence d'un tel droit d'accès peut être caractérisée par une obligation des agents publics d'opposer un refus à la demande d'accès ou par la simple habilitation des organes créateurs de droit subordonnés à déterminer le statut public ou secret des informations. Dans ce dernier cas, l'habilitation d'un organe inférieur à décider du statut exclut l'existence d'un droit formellement constitutionnel[331].

Le *Freedom of Information Act 2000* se distingue des autres textes identifiés au titre précédent. La loi britannique de 2000 est une loi dont le sens est manifeste : elle est toute entière consacrée à la garantie d'un droit d'accès aux informations détenues par certains agents publics, ce qu'affirme explicitement son articler 1er. Ce texte sera donc directement étudié relativement au champ du droit conféré, en partie II de la présente étude. *A contrario*, un effort d'interprétation doit être réalisé relativement aux textes français et allemands, qui ne mentionnent pas explicitement les informations détenues par les agents publics. Le droit allemand présente une autre difficulté spécifique : celle du droit ouvert par le constituant à toute personne mais uniquement dans les limites prévues par le législateur. C'est le cas du « droit fondamental activé par le législateur », observable à l'article 5 de la Loi fondamentale[332]. A cette formule de M. Rossi, il convient néanmoins de préférer celle de « droit soumis à une réserve législative de détermination ». En ce cas, la portée du droit accordé est minimale.

En France comme en Allemagne, un droit d'accès peut être garanti de façon indéterminée (chapitre I). Par contraste, la portée d'un droit d'accès à l'information soumis à la détermination législative est nécessairement minimale (chapitre II).

[331] Que le législateur ordinaire fasse le choix de garantir un tel droit d'accès, comme c'est le cas en France et en Allemagne, n'influence pas la présente recherche, dès lors que le droit ainsi accordé est formellement législatif.

[332] Matthias Rossi, spécialement, s'intéresse à la faible portée pratique d'un tel droit ; ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.*

# CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UN DROIT D'ACCES GARANTI IMPLICITEMENT

L'identification d'un mode normatif au sein d'un énoncé est un exercice sémantique. Il n'existe pas de critère matériel décisif qui permette d'identifier du premier coup d'œil la signification d'un énoncé prescriptif qui soit un ordre (un *Sollen* – destiné à entraîner une modification de la réalité), ou bien une simple affirmation factuelle (un *Sein* – une affirmation vraie ou fausse relative à l'état du monde)[333]. Quoique parfois présenté comme critère, l'usage ou l'absence d'un « verbe d'obligation » ne caractérise (ni n'exclut en son absence) l'existence d'une obligation juridique[334]. La phrase « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende », dénuée de toute trace apparente d'obligation, peut aussi bien exprimer un *Sein*, lorsqu'un avocat présente cet état de fait à son client, qu'un *Sollen*, lorsque cette phrase est officiellement publiée comme contenu de l'article 311-3 du code pénal. Derrière cette apparente affirmation factuelle se tiennent d'une part l'interdiction du vol pour toute personne, et d'autre part l'obligation pour le juge pénal de condamner pour vol la personne dont les actes rempliraient les conditions des articles 311-1 ou 311-2 du même code[335]. L'écriture constitutionnelle relevant des mêmes règles sémantiques que l'écriture législative, le problème ne se pose pas différemment lorsqu'il s'agit d'interpréter un article de la Constitution, par exemple son article 13 I, qui énonce que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres »[336]. Spécifiquement, la normativité d'un énoncé ne dépend pas non plus de sa longueur : seul importe qu'un mode normatif puisse être identifié. Rien ne s'oppose donc à l'étude des énoncés indéterminés que sont l'article 15 de la Déclaration française de 1789 et l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande.

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce une obligation de rendre des comptes (section I). Au contraire, l'article 20 I de la Loi fondamentale est dénué de normativité propre (section II).

---

[333] La terminologie ici adoptée est celle de Hans Kelsen, dans sa *Théorie générale des normes* ; KELSEN (Hans), *Allgemeine Theorie der Normen*, [Théorie générale des normes], *op. cit.*

[334] Un critère évoqué notamment par CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007.

[335] Respectivement : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » et « La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol ».

[336] A la différence, ceci étant, qu'aucune sanction obligatoire n'est attachée à l'article 38 de la Constitution.

## SECTION I. L'OBLIGATION DE RENDRE DES COMPTES ENONCEE PAR L'ARTICLE 15 DE LA DECLARATION DE 1789

Le 26 août 1789, le député de Boisgelin résume l'opinion qui préside à l'examen des articles 22 et 23 du projet de déclaration des droits par l'Assemblée constituante. Il affirme que : « certes la responsabilité des agents du pouvoir exécutif est un droit acquis au citoyen. Chaque citoyen a le droit de leur demander compte ; il faut donc encore énoncer ce droit dans la déclaration »[337]. Il n'est pas douteux qu'un tel droit ait été énoncé dans la Déclaration : son article 15 affirme bien que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » Deux questions sont dès lors soulevées : celle de savoir si cet énoncé est bien une prescription qui puisse être interprétée comme relative aux informations détenues par les agents publics, d'une part ; celle de savoir si cet énoncé est bien normatif à ce jour en tant que droit garanti par le droit constitutionnel formel et invocable par toute personne d'autre part. De fait, il est possible qu'un texte prescrive un comportement (ou l'autorise, ou l'interdise), sans faire partie d'un système (ensemble organisé) juridique. Si cette deuxième condition est remplie, alors seulement il est normatif.

Le droit de demander compte a longtemps échappé à l'étude (§1). L'article 15 de la Déclaration de 1789 énonce pourtant une obligation juridique. (§2).

### § 1. Un droit de demander compte ayant échappé longtemps à l'étude

En France jusqu'à aujourd'hui, y compris depuis la loi du 17 juillet 1978, la question d'une garantie constitutionnelle du droit d'accès aux informations détenues par les agents publics a échappé à la sagacité doctrinale. Le lien est pourtant bien connu entre les droits législatifs d'accès aux documents administratif (y compris aux archives), l'obligation de motivation des actes administratifs défavorables et, plus largement, l'obligation d'information des fonctionnaires vis-à-vis du public. Tous relèvent du renouveau des relations entre le public et les administrations, entamé au milieu des années 1970. Par contre, peu d'auteurs ont admis un lien entre ces droits et le texte de 1789 qui dispose que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

[337] CLAVEL (Emile), LAURENT (Jérôme), MAVIDAL (Emile), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 488.

Ce silence doctrinal majoritaire et continué s'agissant de l'énoncé d'une norme relative au contrôle des agents publics – jusqu'à la décision 2015-471 QPC (A) – n'exclut en rien que la relation entre information et contrôle ait été abordée par le législateur (B).

## A. Un silence doctrinal majoritaire et continu jusqu'à la décision n° 2015-471 QPC du Conseil constitutionnel

Le silence doctrinal relativement à l'article 15 de la Déclaration de 1789 a été majoritaire (1) mais pas complet : un lien entre rendu de compte et accès aux documents administratifs a parfois été évoqué, quoique jamais approfondi (2).

### 1). Un silence doctrinal majoritaire relativement à l'article 15 de la Déclaration de 1789

A la veille de la décision n° 471 QPC, du 29 mai 2015, l'évocation par la doctrine de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour mettre en avant la nécessité constitutionnelle du contrôle des agents publics en général ou de l'accès aux documents administratifs, en particulier, est très rare. Le plus souvent, cet article est resté ignoré.

Le commissaire du gouvernement Piveteau, dans ses conclusions sur la décision Ullmann du Conseil d'Etat, le 29 avril 2002, n'évoque que de façon anecdotique cet article, quoiqu'il tranche pour la reconnaissance de la liberté d'accès aux documents de l'administration comme une liberté publique. Cette liberté, la loi du 17 juillet 1978 « l'invente. Ce droit d'accès est né des mains du législateur. [...] On aurait du mal à en trouver des traces lointaines, même si l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui prévoit que "la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration", peut servir de référence indirecte »[338]. En 2003, lorsque M. Piveteau écrit à nouveau sur le sujet, son opinion n'a pas changé[339].

Les commentateurs de la Constitution sont encore moins diserts sur la question, malgré la reconnaissance quasi-unanime de la pleine normativité de l'ensemble des textes du bloc de

[338] Conclusions sous Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *Ullmann*, n° 228830, Denis Piveteau, *op. cit.*, p. 138.
[339] PIVETEAU (Denis), « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour "l'exercice des libertés publiques" au sens de l'article 34 de la Constitution ? », *op. cit.*

constitutionnalité. Ainsi le commentaire Formery, *La Constitution commentée article par article* respecte pleinement son titre[340]. La Déclaration n'est pas abordée.

Dans son commentaire de la Constitution, Guy Carcassonne consacre un paragraphe – fort peu juridique – à l'article 15 DDHC. Il y lie à raison les juridictions administratives à l'exercice du droit de demander compte mais se retranche ensuite derrière une vision budgétaire de l'article, craignant la menace d'une « conception abusive » du contrôle de bonne administration. Il conclut en faisant des articles 13 à 15 DDHC un corpus unique et réduit au droit budgétaire. Ce recul nuit à la distinction entre ces articles 13 et 15 et l'article 14 DDHC, à propos duquel l'auteur évoquait les révolutions américaine et française, ainsi que le droit de décision et de contrôle accordé au Parlement et sa mise en œuvre par la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001. S'agissant de l'article 15, M. Carcassonne écrit :

> « Point de responsabilités exercées sans responsabilité assumée. Le principe est sain, qu'ont mis en œuvre à titre principal, chacun dans son domaine, les juridictions administratives et financières. En amont de leur intervention, c'est aussi une exigence de bonne administration que celle qui impose inspections et contrôles sur les détenteurs de l'autorité, le tout étant couronné, en bonne logique démocratique, par la possibilité politique du gouvernement, qui "dispose de l'administration et de la force armée" [...]. Il reste que peut être menaçante une conception abusive de ce droit de demander des comptes [...], mais que son exercice plus méthodique et déterminé contribuerait à remédier au constat affolant qui fait que tout Français qui naît aujourd'hui le fait avec près de 20 000 euros de dettes que nous avons accumulées sur sa tête !
>
> « Notons, enfin, que tout le droit des finances publiques trouve sa source dans les articles XIII, XIV et XV. Si complexes qu'en soient les règles, toutes découlent des principes énoncés ici et leur donnent à la fois leur légitimité et leur intérêt [sic]. »[341]

*La constitution de la République française*, par MM. Luchaire et Conac, évoque, sous le titre « Les droits et libertés garantis par la déclaration de 1789 », les seuls droits issus des

[340] FORMERY (Simon-Louis), *La Constitution commentée article par article*, 15e édition, Paris, 2012, Hachette supérieur.

[341] CARCASSONNE (Guy), *La Constitution*, 11e édition, Paris, Editions du Seuil, 2013, Paris, §§ 558-559, p. 426-427 ; citation § 559, p. 427.

articles 1 et 2 de la Déclaration[342]. M. Rials ne consacre à l'article 15 qu'un paragraphe lors du récit de la rédaction de la déclaration dans *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, soulignant simplement que l'esprit de cet article se retrouvait dans d'autres projets de déclaration[343].

Le précis de droit des libertés fondamentales de M. Favoreu souffre d'une faiblesse semblable[344] : l'effort de classification des droits fondamentaux permet d'aborder une typologie variée de droits mais sans en assurer l'exhaustivité[345]. L'article 15 de la Déclaration n'y est pas traité, y compris au titre des droits à la participation, étudiés au prisme du droit au vote et à l'éligibilité. Ne pas se contraindre à aborder dans l'ordre l'ensemble des énoncés du bloc de constitutionnalité, article par article, peut conduire à la facilité de ne rien dire de ceux relativement auxquels la jurisprudence est inexistante ou rare, ou dont les auteurs ne savent que dire.

M. Braibant écrit en mars 1979, dans les *Mélanges Charlier*, « on n'invente pas tous les jours des droits de l'homme », avant de relier l'accès aux documents de l'administration à « ce qu'on a appelé "la troisième génération des droits de l'homme" », propre à la seconde moitié du XX^e^ siècle. Quoique M. Braibant considère le caractère fondamental du droit d'accès à l'information administrative, il adhère pleinement à la nouveauté de ce droit, pour lui sans racine antérieure à 1978[346].

En 2002, lorsqu'ils s'intéressent aux *Libertés et droits fondamentaux*, Mme Delmas-Marty et M. Leyssac ne s'inquiètent pas non plus d'une normativité de l'article 15 de la Déclaration de 1789. Les droits fondamentaux, constituent alors déjà une catégorie connue et dont la normativité ne fait pas de doute[347].

---

[342] LUCHAIRE (François), CONAC (Gérard), *La constitution de la République française*, 2e éd., Paris, Economica, 1987 ; pages 89-93.

[343] RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 ; page 252.

[344] FAVOREU (Louis) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit*.

[345] Sont ainsi distingués « droits libertés », « droits-participation », « droit-créances », « droits-garanties » et le « droit à l'égalité ».

[346] BRAIBANT (Guy), « Droit d'accès et droit à l'information », *in Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, éditions de l'Université, 1981, page 703.

[347] DELMAS-MARTY (Mireille) et LEYSSAC (Claude Lucas) dir., *Libertés et droits fondamentaux*, 2e éd., Paris, Edition du Seuil, 2002, 468 p. (1) p 295. Aller prendre la citation.

## 2). Un lien quelques fois évoqué mais jamais approfondi entre rendu de compte et accès aux documents administratifs

La seule mention d'un fondement constitutionnel au droit d'accès aux documents administratifs vient du professeur Maisl, qui affirme – lui aussi dans les *Mélanges Charlier* – que « le législateur élargit au profit du citoyen ce qu'il avait déjà accordé à l'habitant de la commune et organise "le droit de citoyenneté" posé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui affirme que "La Société a droit de demander compte à tout agent public de son administration" (Art 15) ». Ce « droit de citoyenneté » préexistait donc à la loi de 1978 qui l'organise. En évoquant simplement ce fait, l'auteur retient cependant l'idée d'un droit qui ne peut être mis en œuvre en dehors d'une loi[348].

Mme Lemasurier, évoquant le « droit d'être informé », introduit son propos en citant Condorcet : « le droit naturel exige que tout homme qui emploie contre les membres de la Société les forces qu'elle lui a confiées lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé »[349]. Cette phrase, est extraite d'un texte antérieur à la rédaction de la Déclaration de 1789, à la rédaction de laquelle Condorcet n'a pas pris part directement, n'étant pas membre de la Constituante. Condorcet exprime néanmoins l'idée de responsabilité face à la société de tout homme à qui celle-ci confierait des moyens quelconques. Si « rendre compte des causes » fait plus spécifiquement penser à l'obligation de motivation des actes administratifs, à laquelle Mme Lemasurier s'intéresse, cette obligation est inséparable du fait de rendre compte d'une action administrative.

M. Costa, en 1986, s'intéresse également à l'article 15 de la Déclaration de 1789 relativement aux *Libertés publiques en France et dans le monde*. Il est représentatif dans son propos de l'esprit de l'époque : un lien peut être fait entre l'article 15 et les nouveaux droits des personnes face aux administrations mais ce lien demeure purement philosophique. Il écrit :

> « Déjà l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen indiquait que "la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration". Ce principe – en anglais l'"*accountability*" – est resté longtemps lettre morte, sauf à mettre en jeu la responsabilité

[348] MAISL (Herbert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, éditions de l'Université, 1981, page 832.

[349] Condorcet, « Réflexions d'un citoyen non gradué, sur un procès bien connu », *Œuvres complètes*, 1804, tome XI p. 214, cité par LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *op. cit.*

> politique d'un ministre, chef de son administration, c'est-à-dire souvent, du fait de la solidarité gouvernementale, du gouvernement tout entier. Une telle disproportion rendait le principe inapplicable.
>
> « Depuis une quinzaine d'années, un courant d'opinion s'est au contraire dessiné, dans lequel s'inscrit d'ailleurs la loi précitée sur l'informatique. Suivant ce mouvement, l'administration ne peut pas être une bureaucratie anonyme. Elle doit être *transparente*, c'est-à-dire fournir aux citoyens les informations qui sont en sa possession au lieu d'en faire la rétention, et aussi expliquer les raisons de son comportement et des décisions qu'elle prend. Plusieurs lois récentes, en France, ont permis des avancées sur la voie de la transparence administrative. »[350]

M. Mie évoque lui aussi l'article 15 à la même époque et avec la même portée : celle d'un lien d'inspiration. Quoiqu'il aille jusqu'à parler de « mise en œuvre » de l'article 15 de la Déclaration, il ne mentionne pas la loi du 17 juillet 1978 ni la loi de 1979 imposant la motivation des actes administratifs défavorables[351].

Le rendu de compte, entendu comme action de rendre des comptes, est pourtant bien connu des auteurs se penchant sur le fonctionnement des personnes morales : il permet la description de mécanismes de contrôle propre, typiquement, au droit des sociétés.

## B. Une relation entre information et contrôle déjà abordée par le législateur

Le droit privé, notamment le droit des sociétés et, plus largement, celui des personnes morales, connaît très bien la problématique du contrôle de l'action des organes chargés de représenter un groupe. L'approche patrimoniale domine ce droit depuis ses origines. Les actionnaires sont propriétaires d'une entreprise et les travailleurs, depuis le manœuvre jusqu'au président-directeur-général, sont leurs employés. Les copropriétaires connaissent les mêmes rapports avec leur syndic. En s'éloignant de l'activité purement économique, les associations connaissent un modèle semblable, les salariés et membres du bureau sont soumis à l'assemblée générale.

---

[350] COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, *op. cit.*, p 147.
[351] MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, *op. cit.*, p. 236.

Le droit des archives est également traversé par le rapport entre documentation et contrôle. Dès la Révolution, le législateur est soucieux de la conservation des documents administratifs, quoique l'accès à ceux-ci par le public soit alors une question toute secondaire. Il s'agit avant tout que le gouvernement du temps ait accès au savoir de ses prédécesseurs pour pouvoir agir le plus efficacement. La loi est intervenue ponctuellement également avec le souci du contrôle, spécialement pour l'accès aux documents détenus par les autorités communales. L'accès aux documents favorise le contrôle par la juridiction administrative des activités des collectivités locales, en permettant aux habitants des communes et plus largement à toute personne intéressée de s'informer et, par là même, de pouvoir détecter un comportement illégal.

Les années 1970 voient en France la systématisation des mécanismes du contrôle de l'administration désormais ouverts par la loi à toute personne. L'accès aux fichiers personnels est systématisé avec la loi du 6 janvier 1978[352] ; il est alors accompagné d'un droit de rectification et de suppression. Quelques mois plus tard, c'est toute l'administration ou presque qui est soumise au régime déjà connu des communes[353], par la loi du 17 juillet 1978[354]. L'année suivante, en 1979, la motivation obligatoire des décisions administratives défavorables vient en faciliter la compréhension et, partant, la critique et le contrôle juridictionnel[355]. Les réformes du statut des fonctionnaires, incluant l'obligation de renseignement, et du droit des archives, qui suivent, complètent cette floraison législative[356].

Les droits propres au contrôle des activités administratives sont connus et inscrits dans la loi, pourtant le lien avec l'article 15 de la Déclaration de 1789 n'est pas évident. En 2015 encore, le représentant du Premier Ministre devant le Conseil constitutionnel estime que cette disposition se limite, au plus, à un objectif à valeur constitutionnel[357]. Au contraire, comme lui répond le Conseil, quand la Déclaration énonce que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », elle énonce un droit que la Constitution de 1958

[352] Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

[353] La loi du 5 avril 1884, article 58, assure la communicabilité des procès-verbaux, arrêtés, comptes et budget de la commune. Cette loi élargit en cela les dispositions de la loi du 5 mai 1855, dont l'article 22 prévoyait certes le secret des séances des conseils municipaux, mais également la communicabilité des délibérations de ces conseils aux habitants de leurs communes.

[354] Loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; JORF du 18 juillet 1978, p. 2851.

[355] Loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; JORF du 12 juillet 1979, p. 1711.

[356] Respectivement loi n° 83-634, du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires (JORF du 14 juillet 1983, p. 2174), spécialement son article 27 (et malgré l'obligation de secret et de discrétion professionnels rappelés article 26) et loi n° 79-18, du 3 janvier 1979, sur les archives (JORF du 5 janvier 1979, p. 43).

[357] Conseil constitutionnel, 29 mai 2011, *Mme Nathalie K.-M. [Délibérations à scrutin secret du conseil municipal]*, n° 2015-471 QPC, enregistrement vidéo de l'audience disponible sur le site du Conseil.

garantit[358]. Il s'agit donc bien, selon la juridiction, d'un droit formellement constitutionnel et invocable par toute personne.

## § 2. Un article 15 énonçant une obligation juridique

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est le seul énoncé normatif du bloc de constitutionnalité français qui soit susceptible de mettre en place un droit général d'accès aux documents administratifs, base de cette étude. Jusqu'à 2015, la normativité et l'influence de ce texte n'étaient pas étudiées.

Cet article 15 est pourtant part d'une Déclaration pleinement normative (A) et rien n'indique qu'il doive être traité différemment des autres articles de ce texte (B).

### A. Un énoncé part d'une Déclaration pleinement normative en droit

La Déclaration de 1789 n'est pas accompagnée par la Constituante d'un quelconque mécanisme juridique de sanction des droits et obligations qu'elle énonce. Aujourd'hui, cette absence ne saurait entraver l'étude, puisque la Déclaration est sujette au contentieux constitutionnel de la Constitution de 1958.

La rédaction de la Déclaration vise bien à l'énoncé d'une prescription (1). La Déclaration est d'ailleurs pleinement normative en droit aujourd'hui (2).

#### 1). Une rédaction d'origine visant à l'énoncé d'une prescription

Les auteurs de la Déclaration de 1789 veulent énoncer des prescriptions, quand bien même les modalités de sanction ne seraient alors pas mentionnées.

Les mécanismes du contrôle institutionnel sont alors bien connus (a) et la rédaction du texte lui-même est pétrie de volonté prescriptive (b).

[358] *IdeM.*

### a). Des mécanismes du contrôle institutionnel bien connus des auteurs de la Déclaration

La Constituante ne rédige pas sa déclaration à partir de rien. L'état et la culture de certains de ses membres imposent un ensemble de références à leur réflexion. De la culture grecque classique aux organisations ecclésiastiques millénaires, les rédacteurs sont imbibés d'un idéal de contrôle de l'action publique. L'exemple ecclésial est spécialement enrichissant pour ceux qui sont amenés à créer les nouvelles structures politiques françaises.

Avec le conciliarisme, certains penseurs de l'Eglise ont théorisé une structure dans laquelle une forme de contrôle des organes est assurée depuis le curé de campagne jusqu'au pape. Derrière la « lutte pour l'interprétation authentique et ultime de la parole de l'Absent » est posée la question de la compétence de juger le pape, dont l'infaillibilité est remise en cause : « l'assemblée, qui juge les normes émises par le pape, apprécie également, en dernier ressort, son attitude et sa manière de gouverner les affaires de l'Eglise. Dans la lignée marsilienne, l'Eglise, représentée par le concile, peut juger de l'administration pontificale »[359]. A ce jour, le conciliarisme est considéré comme hérétique, clairement exclu par le premier concile œcuménique du Vatican. Le professeur Fonbaustier, dans sa thèse de doctorat, s'intéresse néanmoins à « la richesse de l'analogie proposée par l'expérience conciliaire », marquant une « dynamique constitutionnelle »[360]. Cette expérience est nourrie aussi bien d'idées aristotéliciennes de la responsabilité du magistrat face à l'assemblée, appuyées sur la formation classique des auteurs, tout à fait à jour pourtant des avancées lockiennes de la pensée politique[361].

Au sein de l'Eglise et jusqu'au pape, les causes pouvant justifier la mise en jugement sont bien connues : hérésie, maladie mentale, incapacité, mais encore incurie financière ou, plus généralement, maladministration[362]. Les articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 donnent un écho tout particulier aux notions d'incurie financière et de maladministration. Néanmoins, si les mécanismes semblent proches, la distinction entre responsabilité et incapacité du pape, entendue largement, subsiste. La pure responsabilité est davantage à rechercher au sein des

---

[359] FONBAUSTIER (Laurent), *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel – L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse en histoire du droit constitutionnel, Université Paris II Panthéon-Assas, dir. Stéphane Rials, 1998, 1 vol., 1050 p., respectivement p. 320 et p. 321.

[360] *Idem*, p. 321.

[361] *Idem*, p. 749 relativement à l'influence aristotélicienne en faveur, selon les auteurs, du pape ou du concile ; p. 107-108 et p. 872 et suivantes, relativement à l'influence de la maxime romaine *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* et de l'héritage antique dans les luttes politiques du XVI^e^ siècle.

[362] *Idem*, p. 674-693, voir « les comportements répréhensibles », au sein du paragraphe « les modalités de la responsabilité du pape ».

assemblées religieuses inférieures, notamment lorsqu'est organisée la responsabilité des curés et des abbés.

Politiquement, la souveraineté d'un organe collégial susceptible de contrôler jusqu'au sommet des organes politiques est déjà envisagée[363]. Les parlementaires anglais se sont tout autant que les auteurs français inspirés, pour leur pratique, de la philosophie classique. Quant aux mécanismes de responsabilité mis en place par l'Eglise catholique avant la Révolution, ils sont considérés par le professeur Fonbaustier comme une forme de « proto-constitutionnalisme »[364], l'Eglise ayant « récapitulé par avance » les problèmes d'organisation institutionnelle auxquels les Etats modernes, spécialement en période révolutionnaire, sont confrontés[365]. La question de l'interprétation authentique de la « parole de l'Absent », soit les Ecritures, ne dépareille d'ailleurs pas la question de l'interprétation des textes dont l'auteur est fictionnel, qu'il soit législateur ou constituant. Plus tard, avec la Contre-Réforme, l'irresponsabilité de l'autorité suprême temporelle ou spirituelle est exclue par les théologiens aussi bien catholiques que protestants[366].

### b). Un contexte de rédaction plein de volonté prescriptive

Le contexte historique de la rédaction de l'article 15 de la Déclaration de 1789 est instructif : c'est celui du triomphe du libéralisme, du contractualisme et de la physiocratie. Les idées politiques dominantes sont alors que l'homme, faisant société, n'a pas renoncé à l'exercice des droits que l'état de nature lui conférait[367]. Pour aborder la rédaction de la Déclaration, la source la plus exhaustive relative est l'édition des *Archives parlementaires de 1787 à 1860* de MM. Mavidal, Laurent et Clavel[368]. Les éléments relatifs au futur article 15 sont cependant extrêmement rares.

---

[363] *Idem*, p. 878 et suivantes, relativement aux révolutions anglaises.

[364] *Idem*, p. 892, « la pensée conciliaire, portant à son apogée l'ensemble des solutions corporatives imaginées au plan microcosmique, a inauguré un proto-constitutionnalisme de forme juridique ».

[365] *Idem*, p. I, « l'Eglise, en tant que société politique, a comme récapitulé par avance certaines difficultés constitutionnelles auxquelles furent confrontées ultérieurement les structures séculières ».

[366] Sur ce résultat, *idem*, notamment p. 279.

[367] Voir notamment IMBERT (Jean), « L'origine idéologique des "principes de 1789" », *in Les principes de 1789*, collectif, direction Michel Ganzin, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1989, 178 p., p. 11-34, mais également MARCAGGI (Vincent), *Les origines de la déclaration des droits de l'homme de 1789*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1904, VIII-191 p.

[368] CLAVEL (Emile), LAURENT (Jérôme), MAVIDAL (Emile), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), *op. cit.*, références de dates : – Projet du Sixième bureau annexé à la séance du 12 août, page 398 (431) ; – 19 août 1789, matin, vote tel que la déclaration sera construite sur

Le projet du Sixième bureau de l'Assemblée nationale constituante est annexé avec d'autres à la suite du procès-verbal de la séance du 12 août 1789. Ses articles 21 à 24 sont les suivants :

> « Art. 21. Pour l'entretien de la force publique, et les autres frais du gouvernement, une contribution commune est indispensable ; et sa répartition doit être rigoureusement proportionnelle entre tous les citoyens.
> « Art. 22. La contribution publique étant une portion retranchée de la propriété de chaque citoyen, il a le droit d'en constater la nécessité, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.
> « Art. 23. La société a le droit de demander Compte à tout agent public de son administration.
> « Art. 24. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas une véritable constitution »[369].

Le 19 août, lors de la séance du matin, il est adopté que la déclaration sera construite sur la base de ce « projet du Sixième bureau ». L'article 23 ne diffère de l'article 15 adopté qu'en ce que, tel que retranscrit, il n'y a ni majuscule à « société » ni à « agent », mais qu'il y en a une à « Compte ». Les articles 21, 22 et 24 du projet sont d'ailleurs très similaires aux articles 13, 14 et 16 finalement adoptés pour la déclaration. L'article 22 du projet est cependant rédigé de façon plus explicite que la version adoptée pour la mise en place d'un contrôle spécialement budgétaire.

Lors de la séance du mercredi 26 août, la discussion révèle le rattachement réel de l'article 23 du projet : il est inséparable de la question de la division des pouvoirs et de leur contrôle. Ce n'est pas un énoncé de droit ou de morale budgétaire. Dès le début de la discussion de cet article, M. Périsse-du-Luc propose de le lier au suivant sous la formulation :

> « La société a le droit de faire contraindre tout citoyen au payement de sa contribution et de demander à tout agent public compte de son administration ».

---

la base du projet du Sixième bureau (459) ; – 26 août 1789, discussion et adoption de l'article 23 du projet (486-489) ; – 27 août 1789, l'Assemblée décide de reporter les ajouts à après le vote de la Constitution (492).

[369] *Idem*, p. 432.

Cette formulation ne doit pas être lue comme liant « compte » et « contribution ». Ainsi l'orateur suivant, le chevalier de Lameth, propose la substitution suivante :

> « Aucun peuple ne peut jouir de la liberté, si les pouvoirs publics ne sont distincts et séparés, et si les agents du pouvoir exécutif ne sont responsables de leur administration ».

Cette responsabilité n'est plus seulement financière, mais concerne l'ensemble des actions de l'agent, notamment en vue d'assurer l'application de la loi et la protection contre l'arbitraire. La proposition de M. Duport le précise :

> « Tout agent du pouvoir exécutif est responsable de son administration, et la nation a le droit de lui en demander compte ».

La responsabilité est toujours générale, et l'expression « demander compte » prend manifestement le sens du langage courant. Dans le projet comme dans la discussion des membres de l'Assemblée, la distinction entre un bloc « budgétaire » et un bloc de « droits de société » apparaît. Les droits de ce second bloc, relatifs à la responsabilité des agents publics et à la garantie des droits sont manifestement distincts de la question budgétaire. A propos de cette discussion, le comte de Montmorency affirme

> « Il ne s'agit pas ici des droits de l'homme, mais aussi de ceux du citoyen, de l'homme en société. Or, de tous les articles que nous avons consentis, jamais il n'y en eut de plus relatif aux droits des citoyens. Tout citoyen a le droit d'exiger la responsabilité ; tout citoyen a le droit d'exiger la garantie de sa propriété, de sa liberté, de sa vie. »

L'aspect financier semble d'ailleurs exclu lorsque M. Rhédon affirme : « Sans doute, lorsque l'on vous parle de la séparation des pouvoirs, l'on n'entend pas déterminer par là quelle sera l'influence du pouvoir exécutif sur la caisse nationale ». M. de Boisgelin affirme plus loin dans le même sens que : « certes la responsabilité des agents du pouvoir exécutif est un droit acquis au citoyen. Chaque citoyen a le droit de leur demander compte ; il faut donc encore énoncer ce droit dans la déclaration ». Trois autres propositions sont encore présentées par des

membres de l'Assemblée. Elles vont toutes dans le sens d'une responsabilité qui ne soit pas que budgétaire :

> « Les droits de l'homme en société ne seront assurés qu'autant que les pouvoirs seront divisés, et les agents publics responsables de leur administration ».

> « Tout citoyen est en droit d'exiger de la société la garantie de ses droits, et il est impossible qu'elle soit assurée sans la division des pouvoirs et la responsabilité ».

> « La liberté publique exige que la séparation des pouvoirs soit déterminée, et que les agents du pouvoir exécutif soient responsables de leur administration ».

Finalement, le 26 août 1789 :

> « On revient à l'article 23, qui est adopté unanimement. Il est conçu en ces termes : "Art. 15. La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration" ».

Le 27 août au matin, « l'Assemblée décrète que la discussion des articles à ajouter à la déclaration des droits sera renvoyée après la Constitution ».

## 2). Une Déclaration de 1789 normative en droit à ce jour

La décision n° 71-44 DC, dite « liberté d'association », est généralement considérée comme ayant répondu à la question de la normativité du préambule de la Constitution de 1958 et de ses renvois. Ces derniers sont la Déclaration de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et désormais la Charte de l'environnement de 2004[370]. Le Conseil d'Etat avait néanmoins déjà abordé la question de la normativité du préambule au regard des principes fondamentaux

[370] Plus exactement, de ce que ces textes contenaient des énoncés pouvant signifier des normes juridiques.

reconnus par les lois de la République[371]. A ce jour, il n'est plus majoritairement affirmé que le bloc de constitutionnalité serait une pure construction de l'esprit sans validité normative.

Pourtant, jusqu'à 2015, il semble considéré que l'énoncé « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » serait moins normatif que ceux selon lesquels « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée » (article 12 de la Déclaration), ou encore « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » (article 16)[372]. Pourtant, du point de vue sémantique, seul le premier de ces trois énoncés porte manifestement les marques de la normativité, soit l'énoncé du droit d'un organe – la société – de demander compte, opposable à une personne – l'agent public. Plus largement, rien n'indique que l'article 15 de la Déclaration doive être soumis à un traitement spécifique.

## B. L'absence d'élément textuel impliquant un traitement spécifique de l'article 15 de la Déclaration

La Déclaration de 1789 ne prévoit pas de traitement différencié de ses articles (1) ; néanmoins, le juge amené à concrétiser ce texte conserve une large marge d'interprétation (2).

### 1). Une Déclaration ne prévoyant pas de traitement différencié de ses articles

Toutes les doctrines n'ont pas exclu la normativité de l'article 15 de la Déclaration de 1789. Giuseppe Cogliandro, en 2010, mentionne le plus naturellement du monde cet article comme norme de référence en matière de transparence administrative[373]. Effectivement, aucun

[371] Respectivement Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC, et Conseil d'Etat, Assemblée, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638.

[372] Leur valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil dans les décisions, respectivement, Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, n° 89-248 DC, considérant nos 70-71 (indirectement) ; Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC, considérants n° 24.

[373] COGLIANDRO (Giuseppe), « Responsabilité et transparence dans la fonction publique », *REDP* 2010-2, p. 331-345.

élément du texte de 1789 ne laisse envisager un traitement différencié entre les articles. Le préambule de la Déclaration de 1789, limité à deux phrases, mérite d'être rappelé *in extenso* :

> « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.
> « En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Etre suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen. »

Le principe posé est clair : celui de l'énoncé de droits « naturels, inaliénables et sacrés », permettant de mesurer la conformité des actes des gouvernants avec ces droits et les réclamations correspondantes des citoyens. Aucun élément dans ce préambule ne permet de hiérarchiser ces droits entre eux, pas plus que les articles de la Déclaration eux-mêmes ne prévoient de les distinguer. Les rédacteurs du texte, comme les débats cités plus haut l'ont montré, n'envisageaient en aucun cas une valeur différente pour l'article 15.

### 2). Une possibilité toujours existante de différenciation entre les articles lors de la concrétisation

L'absence d'élément textuel propre à une distinction des articles n'empêche en aucun cas les juridictions, à tort ou à raison, de distinguer les droits énoncés entre eux. Ainsi, en matière de question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a été amené à reconnaître la qualité de « droits et libertés que la constitution garantit » à certains articles de la Déclaration

et pas à d'autres. Cette distinction se surajoute à la distinction bien connue du Conseil entre droits invocables et simples objectifs à valeur constitutionnelle.

Au 30 septembre 2017, seuls trois articles ne sont pas encore considérés comme créant un droit invocable par un particulier : les articles 3, 5 et 14[374]. L'article 3 de la Déclaration énonce que : « le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Cet article n'a été mentionné que deux fois par le Conseil, dans ses décisions 89-265 DC et 92-308 DC[375] ; il n'a jamais été amené à refuser son invocabilité à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il en va de même pour l'article 5 de la Déclaration, qui énonce que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » Quoiqu'il soit mentionné par la décision 2000-426 DC[376], cet article n'a pas été invoqué devant le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil a exclu explicitement l'article 14 de la Déclaration du champ des droits et libertés que la Constitution garantit, dès lors que ses dispositions sont mises en œuvre par celles de l'article 34 de la Constitution. Selon la décision 2010-5 QPC, le fait que « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée », n'implique pas un droit invocable directement par ces mêmes citoyens[377]. Cette décision peut être critiquée, d'abord en ce qu'elle contredit l'interprétation systématique de la Déclaration[378], ensuite parce qu'elle contredit la lettre de l'article, enfin en ce qu'il ne coûterait que quelques mots au Conseil pour réaliser sur le fondement de cet article le contrôle qu'il accepte déjà de réaliser sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. Cette décision est néanmoins confirmée par la décision n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010.

---

[374] Conseil constitutionnel, tables analytiques à jour au 30 septembre 2017.

[375] Conseil constitutionnel, 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie*, n° 89-265 DC, considérant n$^{os}$ 7 et suivants ; Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, n° 92-308 DC, considérant n° 10.

[376] Conseil constitutionnel, 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice*, n° 2000-426 DC, considérant n° 5.

[377] Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*, n° 2010-5 QPC, considérant n° 4.

[378] Dans la mesure où le préambule appartient à la Déclaration, le mentionner relève davantage de l'interprétation systématique que de l'interprétation téléologique.

L'article 15 de la Déclaration est admissible au titre de la question prioritaire de constitutionnalité depuis et par la décision n° 2015-471 QPC, confirmée par la décision n° 2016-599 QPC. Il reste donc à déterminer l'étendue du droit au rendu de compte accordé à la société.

## Conclusion de la section

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce bien une obligation juridique pour les agents publics de rendre compte de leur administration. Quoiqu'indéterminé, comme l'ensemble des énoncés de ce texte, cet article est rédigé sur un mode normatif, au sein d'un texte qui, désormais, est pleinement reconnu comme source de droit. Un droit est donc énoncé au profit d'un corps, la société, et opposable à un autre ensemble de personnes, les agents publics. Il reste encore à déterminer le champ concret du droit accordé. L'interprétation devra concrétiser le champ des interprétations possibles des termes « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »[379]. Elle permettra donc de savoir si l'obligation de rendre des comptes doit être concrétisée, notamment, par un droit d'accès de toute personne aux informations détenues par les agents publics. Par contraste, l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, lui aussi indéterminé, est dénué de caractère normatif pour ce qui concerne l'accès aux informations détenues par les agents publics.

[379] L'interprétation de l'article 15 de la Déclaration de 1789 et des autres énoncés normatifs pertinents est l'objet du titre I de la partie II de la présente thèse.

## SECTION II. L'ARTICLE 20 I DE LA LOI FONDAMENTALE, DENUE DE NORMATIVITE PROPRE RELATIVEMENT AUX INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS

La République fédérale d'Allemagne étant, selon l'article 20 I de la Loi fondamentale, une république et une démocratie, tous ses citoyens devraient donc nécessairement avoir le droit d'accéder aux informations détenues par ses agents publics. C'est la thèse de la publicité de la république démocratique, défendue par de nombreux auteurs allemands, ces auteurs défendant tantôt la thèse de la publicité de la république, tantôt la thèse de la publicité de la démocratie[380]. Il n'est d'ailleurs pas totalement absurde de tirer un droit d'accès aux documents administratifs du principe démocratique ou du principe républicain, la Cour constitutionnelle fédérale affirmant elle-même que :

> « Le droit fondamental à la liberté de l'information est, comme le droit fondamental à la libre expression des opinions, une des conditions les plus importantes de l'existence de la démocratie libérale (voir BVerfGE 7, 198 [208]). C'est d'abord avec son aide que le citoyen est mis en situation de remplir ses devoirs personnels et politiques, pour agir de façon responsable au sens démocratique du terme »[381].

La Cour constitutionnelle fédérale ne déduit pourtant pas de l'article 20 I un quelconque droit d'accès aux documents administratifs ; elle ne déduit pas non plus de droit fondamental opposable au législateur à l'ouverture d'une source d'information comme les documents administratifs en général de l'article 5 de la Loi fondamentale[382]. S'il est estimé que la publicité des processus étatiques découle de la démocratie[383], une publicité obligatoire n'est mentionnée par

---

[380] Pour la présente étude juridique, il n'est en réalité nécessaire de définir ni la démocratie ni la république : la réfutation des thèses de la publicité de la république et de la démocratie ne le nécessite pas. Les auteurs concernés ne s'aventurent d'ailleurs pas à définir ces termes sur lesquels ils fondent leurs développements.

[381] BVerfGE, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (81-82) – § 28 (extrait) : « *Das Grundrecht der Informationsfreiheit ist wie das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]). Erst mit seiner Hilfe wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um im demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können*. »

[382] BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (59-60) – § 58.

[383] BVerfG, 14 janvier 1986, *Contrôle budgétaire des services de renseignement* (*Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*), n° 70, 324 (358) – § 143, relatif à au principe général de publicité de la démocratie.

la Cour que s'agissant des débats du Bundestag[384], du travail de publicité du Gouvernement[385] et des débats juridictionnels[386]. Dans tous ces cas, il n'est pas de droit invocable appuyé sur le seul article 20 I du texte.

Certains auteurs allemands ont développé une doctrine spécifique : la doctrine de la publicité de la démocratie et de la république (§1). Pourtant, il est impossible d'identifier avec certitude un mode normatif au sein de l'article 20 I : l'article 20 I LF n'est pas normatif (§2). La jurisprudence constitutionnelle en la matière est pourtant en demi-teinte, favorable essentiellement à la compétence discrétionnaire de la Cour constitutionnelle (§3).

## §1. La spécificité allemande de la doctrine de la publicité de la démocratie et de la république

De nombreux écrits allemands insistent sur l'importance des principes démocratique et républicain comme décisions fondamentales du constituant pour l'Allemagne qui se construit après la Seconde Guerre mondiale. L'intérêt pour ces *Grundentscheidungen* s'exprime en particulier au sein des commentaires de la Loi fondamentale. De nombreux auteurs se sont positionnés pour affirmer que démocratie et république ne désignaient pas seulement des formes de gouvernement plus ou moins définies, mais encore des formes d'administration qui leur seraient liées *par nature*. Selon eux, une administration républicaine ou démocratique devrait donc présenter nécessairement certains caractères. Là-dessus, ces auteurs mettent en avant des conséquences de droit pour ces affirmations de philosophie politique, en se fondant sur l'article 20 I de la Loi fondamentale, qui fait référence à ces concepts de démocratie et de république. La première d'entre ces conséquences serait un droit d'accès aux documents administratifs.

Plusieurs auteurs se sont fait les tenants de la publicité de la démocratie et de la république (A). Remarquablement, ces deux doctrines sont parfois présentées comme incompatibles entre-elles (B). Leurs tenants ont néanmoins en commun d'affirmer que ces doctrines seraient porteuses d'effets juridiques (C).

[384] *Idem*, exigence concrète liée à l'article 40 de la Loi fondamentale.

[385] BVerfG, 2 mars 1977, Travail de publicité (*Öffentlichkeitsarbeit*), n° 44, 125 (147 s.) – §§ 63 et suivants, sans qu'apparaisse d'obligation concrète en la matière. De façon très générale, ce travail de publicité englobe les actions entreprises obligatoirement par les autorités pour informer les citoyens quant à l'état de l'Allemagne et à ses politiques.

[386] Cette publicité est alors abordée par le contentieux de l'article 5 de la Loi fondamentale.

## A. Les tenants de la publicité de la démocratie et de la république

L'affirmation d'un caractère normatif des principes de démocratie et de république n'est pas tirée de nulle-part. La Cour constitutionnelle fédérale a ainsi présenté la publicité des commissions communales et étatiques comme découlant du principe démocratique, complété par le principe de l'Etat de droit. Ces principes feraient naître des fonctions de transparence, de contrôle et de prise de décision, découlant par exemple du principe de publicité des sessions des conseils municipaux[387]. La Cour a ainsi affirmé que :

> « [S'agissant de la détermination par le Bundestag du traitement de ses membres], le principe démocratique et d'Etat de droit (article 20 LF) exige que l'ensemble du processus de décision soit observable pour le citoyen, que son aboutissement soit décidé sous les yeux du public ; ceci car c'est le seul contrôle effectif de ces processus. La démocratie parlementaire se base sur la confiance du peuple ; la confiance n'est pas possible sans la transparence, qui permet de suivre ce qui se produit politiquement. »[388]

Le domaine dans lequel la Cour constitutionnelle fédérale semble la plus encline à ouvrir des droits à l'information est celui des droits des membres du Bundestag. Leur mandat supposerait pour être utilement rempli un certain niveau d'information. Pour les citoyens, en revanche, l'exigence se limiterait à ce que le processus décisionnel étatique soit observable et compréhensible par le public[389]. Sur le fondement de ces observations, M. Bröhmer considère qu'un principe de transparence découlant du principe démocratique et, dans une moindre mesure, de celui d'Etat de droit est impliqué par l'article 20 I de la Loi fondamentale[390]. La

---

[387] Relativement aux conseils municipaux, avec l'expression « conséquence du principe démocratique » (« *Ausfluss des Demokratieprinzips*) : BURGI (Martin), « Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen ? » » [Une publicité des séances du conseil municipal relatives aux affaires des sociétés communales ?], *op. cit.*

[388] BVerfG, 5 novembre 1975, *Indemnité des députés* (*Abgeordnetendiäten*), n° 40, 296 (327) – § 60 : « *Gerade in einem solchen Fall verlangt aber das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip (Art. 20 GG), daß der gesamte Willensbildungsprozeß für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies ist die einzige wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes ; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich.* »

[389] Voir BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, n° 89, 155 (185) – § 98, et BVerfG, 31 mars 1998, *Euro*, n° 97, 350 (369) – § 78.

[390] BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [La Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit.*, p. 373 : « *im Bereich des Demokratieprinzips geht es bei der Schaffung von Transparenz um*

qualification de ce principe est particulièrement obscure, tout comme ses conséquences, puisqu'il s'agirait selon lui d'un « principe constitutionnel non écrit accessoire »[391].

La Loi fondamentale est à comprendre comme un ensemble de décisions structurelles pour l'Allemagne de l'après Seconde Guerre mondiale (1). La thèse de la publicité de la république démocratique s'appuie sur la nature des choix faits en 1949 relativement au mode de gouvernement (2).

## 1). La Loi fondamentale comme ensemble de décisions structurelles pour l'Allemagne d'après-guerre

Le vocabulaire utilisé pour évoquer l'article 20 I de la Loi fondamentale est révélateur de l'importance qu'il revêt pour la doctrine allemande. Il est question de décisions fondamentales (*Grundentscheidungen*[392]), de principes fondamentaux, de principes d'Etat (*Staatsgrundsätze und -prinzipien*[393]), de fondements de l'ordre étatique. L'expression « principes constitutionnels » (*Verfassungsgrundsätze*) est employée par le Bundestag lui-même dans l'intitulé officieux de l'article 20. Quant à la doctrine, elle emploie de nombreuses formules pour évoquer les grandes valeurs mentionnées par cet article : Karl-Peter Sommermann évoque ainsi alternativement le « cœur de l'étatisme allemand », des « principes constitutionnels », des « directives de l'organisation étatique »[394], ou encore le « noyau de la constitution »[395]. Bodo Pieroth, quant à lui, mentionne des « décisions structurelles »[396]. Plus mesuré, MM. Huster et Rux estiment simplement que l'article 20 de la Loi fondamentale contient « les directives fondamentales

*Partizipation, Kontrolle und Akzeptanz. Aus der Relevanz der Schaffung informatorischer Transparenz für das Demokratieprinzip folgt, dass der Staat die relevanten Informationen jedenfalls dann zur Verfügung stellen muss, wenn er über sie verfügt.* »

[391] *Idem*, p. 374 : « *es ist daher gerechtfertigt, Transparenz als zusätzliches ungeschriebenes Verfassungsprinzip zu betrachten* ».

[392] BIELER (Dirk) (dir.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz* [Commentaire berlinois de la Loi fondamentale], Erich Schmidt Verlag, Berlin 1997, 136 p., p. 45.

[393] *IdeM.*

[394] SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 2, Artikel 20 bis 82* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 2, articles 20 à 82], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXXII-2459 p., p 1-166., p. 4 : « *Kern deutscher Staatlichkeit* », « *verbindliche Verfassungsprinzipien* », « *staatsorganisatorische Leitlinien* ».

[395] *Idem*, relativement aux articles 20 et 79 de la Loi fondamentale, « *Verfassungskern* ».

[396] PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 502-508, p. 502 : « *Strukturentscheidung* ».

relatives à l'art et à la manière dont l'Etat doit mener les missions qui lui sont confiées »[397]. La grandiloquence des formules employées alimente un certain manque de rigueur quant à l'interprétation de ce texte, manque de rigueur à replacer néanmoins dans le contexte spécifique de la rédaction de la Loi fondamentale allemande de 1949.

En 1948, les constituants puis les juges sont conscients de faire le choix décisif de se soumettre au principe d'une république démocratique fédérale. Le rejet de l'organisation étatique nazie étant acquis, le constituant rejette encore explicitement le modèle institutionnel de la république de Weimar, discréditée comme ayant permis l'épanouissement du nazisme. Un troisième rejet volontaire est celui de la démocratie populaire proposée par certains députés communistes. C'est donc très consciemment que les constituants allemands font un choix pour les droits de l'homme, pour le fédéralisme et pour la préservation de l'indépendance de la partie occidentale de l'Allemagne en y instituant une démocratie nouvelle. En France, par contraste, le rejet du modèle communiste n'a pas été accompagné d'une telle doctrine de prise de « décisions fondamentales ». Relativement au vocabulaire employé, et notamment le terme choisi de « décision », il a pu être avancé que les auteurs allemands seraient influencés par la doctrine de Karl Schmitt[398].

Pour une partie de la doctrine, ces choix politiques de 1949 ne sauraient être épuisés par les mécanismes de droit inscrits dans la Loi fondamentale comme les modalités d'élection au Bundestag ou la répartition des compétences législatives. Le simple fait que l'article 20 I du texte rappelle ces choix devrait avoir des conséquences de droit et non limiter celui-ci à un exposé descriptif des principes ayant guidé la rédaction de la Loi fondamentale.

## 2). L'influence du choix du mode de gouvernement en 1949 sur la publicité de la république démocratique

Un *topos* de la philosophie de la démocratie est que les agents publics, quels qu'ils soient, seraient les agents et les serviteurs du peuple. Les agents publics et, plus largement, toute la mécanique étatique seraient au service du public. En France, les propos tenus par les révolutionnaires relativement au futur article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

[397] HUSTER (Stefan) et RUX (Johannes), « Artikel 20 » [Article 20], *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 611-663, p. 611 : « *enthält Art 20 GG die grundlegenden Vorgaben darüber, auf welche Art und Weise der Staat die ihm zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen soll*. »

[398] Otto Pfersmann, entretien, 2019.

l'exprimaient déjà. Néanmoins, des barrières existent entre discours philosophique et discours juridique : le discours philosophique évoque généralement un système politique existant, pour le comparer avec un système politique idéal, tandis que le discours juridique est un ensemble d'affirmations sur l'existence d'obligations juridiques. Dans ce cadre théorique, la validité du droit est parfaitement indépendante de sa pertinence ou de son intérêt philosophique. C'est pourtant cette indépendance entre philosophie et droit qu'une partie de la doctrine allemande remet en cause. Selon les auteurs la composant, parce que la Loi fondamentale évoque de grandes notions de philosophie politique, alors elle exigerait nécessairement leur réalisation.

Diverses justifications ont été mises en avant pour préciser le lien philosophique de commission entre agents publics et peuple en démocratie (a), tandis que la *res publica* serait un régime politique appartenant au peuple (b).

### a). Les justifications du lien philosophique de commission entre agents publics et peuple en démocratie

Le système politique démocratique apparaît lié au contrôle de ses organes par les citoyens, qui participent à la production normative ; ce rôle exige une connaissance éclairée de la situation des affaires de l'Etat et au moins la possibilité indirecte de son contrôle[399]. Les argumentations en ce sens sont nombreuses, en parlant par exemple du gouvernement démocratique comme d'une forme d'autodétermination[400], et tendent à la réalisation la plus complète possible de la transparence administrative. L'argument le plus évident pour que la démocratie implique l'accès aux documents administratifs est celui du consentement éclairé[401] ; cet argument est également avancé s'agissant de l'Etat dit « de droit »[402]. Pour orienter utilement les politiques

[399] Sur ce point, un renvoi général est nécessaire à KELSEN (Hans), *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [La Démocratie, sa nature, sa valeur], édition conforme à la 2e éd. (1929), Ditzingen, Reclam, 2018, 163 p.

[400] EGGER (Edeltraud), *Datenschutz versus Informationsfreiheit* [Protection des données contre liberté de l'information], *op. cit.*, p. 34-35, avec Horkheimer : « *eine demokratische Gesellschaft muß kollektive und autonome Selbstbestimmung realisieren. Dazu müssen die betroffenen BürgerInnen über die Entscheidungsmechanismen in den öffentlichen Institutionen informiert werden bzw. informieren können.* »

[401] BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [La Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit.*, p. 4 : « *Beteiligung im Sinne einer kritischen Begleitung der Staatsaktivitäten durch die Bürger setzt nach dieser Konzeption voraus, dass der Bürger Zugang zu denselben Infromationsbeständen wie die staatlichen Stellen hat.* ».

[402] « L'Etat de droit constitue la transposition juridique de l'idée que la production normative soit clairement intelligible dans toutes ses étapes », PFERSMANN (Otto), « Contre la confusion logonomique », *in* DEROSIER (Jean-Philippe) et SACRISTE (Guillaume) dir., *L'Etat, le Droit, le Politique, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris, Dalloz, 2014, XVII-546 p., p. 41 ; voir également à ce propos, notamment pour le rapport de cet argument avec la théorie droit naturel, PFERSMANN (Otto), « Norme de secret, normes secrètes et Etat moderne », *Cités*, 2006-26, p. 115-126.

publiques par le vote, un citoyen devrait être en mesure de connaître quelle a été la réalité de la mise en œuvre des politiques promises aux dernières élections, et avec quels résultats. Les fondements de la responsabilité ici seraient les mêmes que devant un juge, l'information pré-électorale prenant la place de l'instruction, et le vote celle du jugement. Dans cette optique, le refus d'informer serait assimilable à un refus de participer à la manifestation de la vérité. Le refus d'information pourrait encore être rapproché de la réticence dolosive du droit civil, soit un refus d'information visant à la prise d'une mauvaise décision par l'autre partie. Plus généralement, dans une approche contractualiste, l'idée d'un contrat social passé par les hommes entre eux pour fonder un Etat et de ce fait devenir citoyens, impliquerait la soumission des organes ainsi créés à leurs créateurs. Les citoyens sont alors souverains et les agents publics, quels qu'ils soient, de simples délégués[403]. Le contrat conclu pour créer l'Etat n'aurait pas à être abordé de façon fondamentalement différente des contrats fondant d'autres organisations, qu'il s'agisse d'associations ou de sociétés commerciales.

Pour MM. Huster et Rux, le principe démocratique aurait une influence directe sur l'information des citoyens mais également, toujours par la logique démocratique à laquelle ils s'intéressent, sur un niveau d'éducation minimale à garantir aux citoyens, afin d'assurer un exercice utile de leurs droits. Le principe démocratique impliquerait ainsi la publicité des actions étatiques et l'accès à l'information[404]. MM. Huster et Rux interprètent au passage très largement la formule de la Cour constitutionnelle fédérale, à laquelle ils renvoient, selon laquelle les processus étatiques de décision doivent être observables et compréhensibles par tous[405]. Au risque de la contradiction, ces auteurs considèrent néanmoins que ce « principe de publicité ne peut pas découler directement de l'article 20 de la Loi fondamentale »[406].

---

[403] En ce sens : ROUSSEAU (Dominique), « Constitutionnalisme et démocratie », *la Vie des idées*, article publié sur www.laviedesidees.fr le 19 septembre 2008, p. 10 pour une approche par les rôles souverain-délégués.

[404] HUSTER (Stefan) et RUX (Johannes), « Artikel 20 » [Article 20], *op. cit.*, p. 634 : « *Damit der demokratische Prozess funktionieren kann, müssen die Bürger zunächst über ein hinreichendes Bildungsniveau verfügen, das die in die Lage versetzt, politische Sachverhalte angemessen zu bewerten. Diese Bewertung ist wiederum nur dann möglich, wenn die Bürger die erforderlichen Informationen erhalten : Grundsätzlich setzt eine demokratische Organisation des Staates daher die Öffentlichkeit des Staatshandelns voraus (BVerfGE 89, 155, 185 = NJW 1993, 3047 ; BVerfGE 97, 350, 369 = NJW 1998, 1934) – was nicht ausschließt, dass bestimmte Bereiche der Geheimhaltung unterliegen*. » ; plus loin : « *eine demokratische Staatsorganisation setzt aber nicht nur den Zugang zu Informationen voraus, sondern auch die (öffentliche) Diskussion über die Regierungspolitik und eventuelle Alternativkonzepte*. »

[405] Les décisions citées sont respectivement BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, n° 89, 155 (185) – § 98, et BVerfG, 31 mars 1998, *Euro*, n° 97, 350 (369) – § 78 ; la Cour emploie la formule « *allgemein sichtbar und verstehbar* », traduisible par « observable et compréhensible par tous ».

[406] HUSTER (Stefan) et RUX (Johannes), *idem* : « *Richtig ist sicherlich, dass sich der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht unmittelbar aus Art 20 GG herleiten lässt*. »

Pour M. Masing, qui rejoint sur ce point Huster et Rux, la loi fédérale sur la liberté de l'information n'est « rien de moins qu'un nouvel équilibrage du principe démocratique »[407]. Pour M. Pieroth, c'est tout le travail de publicité du Gouvernement qui trouverait sa source et son caractère obligatoire dans le principe démocratique, là où l'article 5 de la Loi fondamentale ne permettait pas d'établir une obligation concrète en la matière[408].

### b). Une *res publica*, régime politique appartenant au peuple

Pour une partie de la doctrine allemande, le terme « république » doit être pris à sa valeur faciale, de *res publica*. Le fait qu'un mode de gouvernement soit appelé « chose publique » nécessiterait que le public soit pleinement informé des choses du gouvernement. Pour une partie de la doctrine allemande, tout l'enjeu de l'interprétation de l'article 20 de la Loi fondamentale est la transposition de cette affirmation de philosophie politique dans le domaine du droit. Il s'agit de donner à un énoncé juridique un sens qui serait dicté par des considérations extérieures au droit. Le principe républicain, dans le cadre de cette doctrine, a pu être résumé de la façon suivante :

> « République ne signifie pas seulement l'absence de monarchie, mais une compréhension de la communauté comme "*res publica*". [...] L'engagement du citoyen dans la sphère publique pour la "chose publique" présuppose une connaissance correspondante de l'activité administrative. »[409]

---

[407] MASING (Johannes), « Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information] (second rapport), *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, iii-564 p., p. 377-441, p. 394 : « Das ist nicht weniger als eine neue Ausbalancierung des Demokratieprinzips. » Bien pour notre affaire que sont militant. »

[408] PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *op. cit.*, p. 507.

[409] ROßNAGEL (Alexander), « Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz ? » [Des conflits entre la liberté de l'information et la protection des données ?], *MMR* 2007-1, p. 16-21, p. 17 : « *Republik meint nicht nur die Abwesenheit von Monarchie, sondern das Verständnis des Gemeinwesens als "res publica". [...] Das Engagement des Bürgers in der Öffentlichkeit für die "öffentliche Sache" setzt entsprechende Kenntnisse der Verwaltungstätigkeit voraus* ».

Pour M. Gröschner, représentant principal de la thèse de la publicité de la république : « de même qu'une justice secrète n'est pas une justice d'Etat de droit ni un parlement secret un parlement démocratique, une administration secrète n'est pas une administration républicaine »[410]. Selon lui, la cohérence philosophique implique la cohérence juridique :

> « (20) Le refus d'un droit d'accès aux actes administratifs par la jurisprudence suprême est en contradiction de valeurs avec la signification généralement admise de la liberté de l'information dans l'ordre libéral de la Loi fondamentale. L'évolution des fonctions de la publicité dans la société de l'information impose au législateur d'adopter au plus vite une loi sur la liberté de l'information.
>
> « (21) Aussi longtemps que le législateur reste inactif et que l'interprétation dominante de l'article 5 I de la Loi fondamentale reste celle d'un droit de protection, la liberté de l'information devrait au moins être valable comme principe de droit objectif, qui exige une interprétation favorable à la liberté de l'information des obligations légales d'information par l'administration et un service étatique général de l'information. »[411]

M. Gröschner estime ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale allemande pourrait s'appuyer sur le principe républicain pour, de façon « créative » fonder un droit d'accès aux documents administratifs[412]. Il est notable que, pour une partie de ces auteurs, république et

---

[410] GRÖSCHNER (Rolf), « *Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts* » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information], *op. cit.*, p. 344-376, p. 357 : « *Wie eine Geheimjustiz keine rechtsstaatliche Justiz ist und ein Geheimparlament kein demokratisches Parlament, ist eine Geheimverwaltung keine republikanische Verwaltung*. »

[411] *Idem*, p. 375 : « (20) *Die Ablehnung eines Zugangsanspruchs zu Behördenakten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung steht in offenem Wertungswiderspruch zur allgemein anerkannten Bedeutung der Informationsfreiheit in der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes. Der Funktionswandel der Öffentlichkeit in der Informationsgesellschaft fordert den Gesetzgeber zur alsbaldigen Verabschiedung eines Informationsfreheitsgesetzes heraus.* « (21) *Solange der Gesetzgeber untätig und die abwehrrechtliche Interpretation des Art. 5 Abs. 1 GG herrschend bleibt, sollte die Informationsfreiheit wenigstens als objektiver Rechtsgrundsatz gelten, der eine informationsfreundliche Auslegung gesetzlicher Auskunftspflichten der Verwaltung und eine generelle staatliche Informationsvorsorge gebietet*. »

[412] GRÖSCHNER (Rolf), *in* Coll., « 3. Aussprache und Schlussworte » [3. Discussion et conclusion], *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, iii-564 p., p. 442-468, p. 466 : « je suis confiant en ce qu'un jour, une décision aussi créative en matière d'autodétermination informative qu'en matière d'autodétermination informationnelle est possible » (« *ich bin zuversichtlich, dass eines Tages eine ebenso kreative Entscheidung wie in Fragen der informationellen Selbstbestimmung auch in Fragen der informatorischen Selbstbestimmung möglich ist* »).

démocratie ne sauraient être deux causes indépendantes d'un même effet, le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics.

## B. Des doctrines présentées comme incompatibles entre-elles

Il arrive que les doctrines de la publicité de la république et de la publicité de la démocratie s'opposent entre-elles. M. Sommermann affirme ainsi que le principe démocratique, lié à l'article 38 de la Loi fondamentale, relatif à l'élection au Bundestag, est tel que « ne restent comme contenu normatif au principe républicain que l'interdiction de la monarchie et l'orientation fondamentale de la communauté vers l'intérêt général »[413]. M. Pieroth abonde dans un sens assez proche relativement à la république, affirmant que « la signification de cette expression est assez limitée [...]. La décision pour la république interdit seulement que le chef de l'Etat ne soit appelé sur un fondement dynastique (monarchie héréditaire) ni à vie (monarchie élective) »[414]. M. Windthorst est d'une opinion semblable[415]. L'éventualité d'une normativité d'un principe républicain est d'ailleurs remarquablement laissée de côté par M. Bröhmer dans son étude sur la transparence comme principe constitutionnel[416].

Cette incompatibilité semble fondée sur l'idée que deux dispositions ne pourraient avoir le même effet normatif, ainsi que l'écriture constitutionnelle ne saurait être redondante. Pour la présente étude, cette incompatibilité est considérée comme non pertinente pour réfuter les affirmations des tenants de ces deux doctrines.

---

[413] SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *op. cit.*, p. 10 : « *somit bleiben nur das Monarchieverbot und die Grundausrichtung des Gemeinwesens am Gemeinwohl aktuelle Regelungsgehalte des republikanischen Prinzips* ».

[414] PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *op. cit.*, p. 503 : « *die Entscheidung für die Republik besagt daher nur, dass das Staatsoberhaupt nicht auf dynastischer Grundlage (Erbmonarchie) und nicht auf Lebenszeit (Wahlmonarchie) berufen wird.* »

[415] WINDTHORST (Kay), « Artikel 20 » [Article 20], *in* GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], Munich, C.H. Beck, 2013, XXV-802 p., p 285-328, p. 290-291 : « *Angesichts des demokratischen Strukturelements in Art. 20 II 1, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, beschränkt sich die eigenständige Bedeutung des republikanischen Strukturprinzips auf die strikte Absage and eine Erb- oder Wahlmonarchie*. »

[416] BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [la Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit*.

## C. L'effet juridique de ces doctrines selon leurs défenseurs

Le raisonnement mis en œuvre par les tenants de la publicité de la démocratie est le suivant : considérant comme acquis qu'une démocratie devrait, par nature, présenter certains attributs, par exemple des élections régulières, ils estiment que la mention par la Loi fondamentale de la « démocratie » exige la réalisation de ses attributs évoqués par la philosophie politique. Pour les tenants de la publicité de la république ou de la démocratie, un droit qui ne serait pas démocratique ou pas républicain serait nécessairement contraire à la Loi fondamentale allemande. Ce droit serait en violation de l'article 20 I LF, qui énonce que « la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social ». Resterait donc à déterminer à quelles conditions une loi pourrait être considérée comme non démocratique ou non républicaine.

Pour M. Sommermann, qui s'appuie sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, le principe républicain est un « principe constitutionnel liant », même s'il reconnaît l'absence d'unanimité en la matière[417]. La Cour constitutionnelle se borne d'ailleurs à affirmer que « de ce principe résulte une forme d'Etat dans laquelle le chef de l'Etat doit être légitimé et choisi par des élections ayant lieu périodiquement »[418]. Malgré cette apparente clarification jurisprudentielle relative au principe républicain, la jurisprudence constitutionnelle fédérale allemande reste très imprécise, en particulier à propos du principe démocratique, de sorte que les théories de la publicité de la république et de la démocratie se développent.

Selon les définitions qui lui sont données, la démocratie peut inclure ou non des droits fondamentaux[419]. Dans l'affirmative, le droit à la liberté d'expression, par exemple, a pu en être déduit[420]. L'argumentation développée dans ce cadre est appuyée sur une déduction : la protection générale de la démocratie (le tout) impliquerait la protection spécifique de chacune de ses composantes (les parties), donc de droits pouvant être qualifiés de nécessaires à la démocratie.

---

[417] SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 2, Artikel 20 bis 82* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 2, articles 20 à 82], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXXII-2459 p., p 1-166, p. 7 ; la « *Republik* » comme « *verbindliches Verfassungsprinzip* », mais ne conduisant qu'à l'interdiction de la monarchie (« *das Verbot der Monarchie* »), entendue comme selon la distinction monarchie-république de Machiavel, cité.

[418] BVerfG, 3 mars 2009, Ordinateur de vote (*Wahlcomputer*), n° 123, 39 (69) – §§ 109 : « *In der Republik ist die Wahl Sache des ganzen Volkes und gemeinschaftliche Angelegenheit aller Bürger. Dem entspricht es, dass auch die Kontrolle des Wahlverfahrens eine Angelegenheit und Aufgabe der Bürger sein muss. Jeder Bürger muss die zentralen Schritte der Wahl ohne besondere technische Vorkenntnisse zuverlässig nachvollziehen und verstehen können.* »

[419] Relativement à ce que l'expression « démocratie » peut s'appliquer à des régimes très différents, protégeant ou écartant les droits fondamentaux, ROUSSEAU (Dominique), « Constitutionnalisme et démocratie », *op. cit.*

[420] PFERSMANN (Otto), « Normes juridiques et relativisme politique en démocratie », *Cités*, 2011-47/48, p. 275-281 ; dans le même sens, HABERMAS (Jürgen), « Jürgen Habermas et le Droit » (entretien), *op. cit*.

Dans le même ordre d'idées, pour M. Bodo, le contenu essentiel des droits fondamentaux de communication (articles 5, 8 et 9 LF) serait « couvert » par le principe démocratique, solution qu'il croit observer dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale[421]. La Cour n'emploie pourtant pas ces termes[422]. La liberté de l'information, opposable aux agents publics, serait également incluse dans les attributs de la démocratie, de telle sorte qu'elle serait protégée avec elle[423].

Enfin, l'un des effets de droit identifiés par M. Sommermann pour le principe démocratique est celui de l'interdiction de l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome en Allemagne, de sorte que la Constitution française, contreviendrait au principe démocratique, au moins tel qu'il est énoncé dans la Loi fondamentale allemande[424]. Sur ce point, les mécanismes prévus par la Constitution française à ses articles 37 (règlements autonomes) et 38 (ordonnances sur le fondement d'une loi d'habilitation) laissent voir la différence de portée donnée par la doctrine à un même concept.

Qu'elle soit fondée sur la démocratie ou sur la république, cette argumentation semble néanmoins difficilement tenable : il est impossible de déduire une conséquence juridique d'une argumentation philosophique seule.

## §2. L'absence de normativité de l'article 20 I LF

Les doctrines de la publicité de la démocratie et de la république peuvent, à première vue, sembler conformes à la réalité du droit. Ainsi, il n'est pas manifestement absurde qu'une obligation de comportement démocratique ou républicain pèse sur les pouvoirs publics, quand bien même cette obligation serait extrêmement imprécise. Néanmoins, une telle obligation se heurte à plusieurs obstacles. Le premier, propre à la théorie du droit, tient à la nécessité d'une

[421] PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *op. cit.*, p. 504 : « *die Kerngehalte der Kommunikationsgrundrechte (Art. 5, 8 und 9) sind daher vom Demokratieprinzip umfasst (BVerfGE 7, 198/208 ; 27, 71/81 ; 69, 315/345 ff).* »

[422] La Cour parle tantôt « d'importance fondamentale » (« *grundlegende Bedeutung* ») pour l'Etat démocratique-libéral, tantôt de « condition parmi les plus importantes de la démocratie libérale » (« *eine der wichtigsten Voraussetzungen* »), enfin tantôt « d'importance principielle » (« *grundsätzliche Bedeutung* ») de ces droits ; respectivement décisions : BVerfG, 15 janvier 1958, *Lüth*, n° 7, 198 (208-209) – § 34 ; BVerfG, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (81-82) – § 28 ; BVerfG, 14 mai 1985, *Brokdorf*, n° 69, 315 (345-346) – § 65.

[423] Coll., « 3. Aussprache und Schlussworte » [3. Discussion et conclusion], *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], *op. cit.*, p. 453.»

[424] SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *op. cit.*, p. 93.

transcription en droit de ce qui serait même une évidence philosophique. Un deuxième obstacle, insurmontable, est celui de la concrétisation : l'accès aux documents administratifs n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une démocratie ou d'une république.

Avant tout, il est nécessaire de constater la possibilité de l'absence de normativité (A), tout comme la possibilité qu'un énoncé normatif soit exprimé à l'indicatif (B), tout comme il est apparemment possible de déterminer si un comportement est démocratique ou républicain (C). Ce raisonnement se révèle néanmoins erroné, dès lors qu'il est impossible de lier argumentation philosophique et normativité juridique (D). De plus, l'accès de toute personne aux documents administratifs n'est pas une concrétisation nécessaire d'une démocratie ou d'une république (E).

## A. L'hypothèse nécessaire de l'absence de normativité.

Un point essentiel doit être gardé à l'esprit : le pouvoir constituant étant souverain, aucune norme ne peut l'obliger à produire des énoncés normatifs ou même intelligibles. Le pouvoir constituant est absolument libre des énoncés qu'il crée et introduit dans le document nommé « constitution ». L'interprète d'un article d'une constitution ne saurait donc s'appuyer *que* sur les outils linguistiques pour déterminer si un énoncé est ou non normatif.

Le pouvoir constituant, néanmoins, peut tout à fait introduire dans un texte constitutionnel un énoncé manifestement normatif prévoyant que l'interprétation du texte doit supposer que l'ensemble des articles du texte a un caractère normatif. Cette option peut faire courir le risque d'une absurdité : si le constituant a introduit l'extrait d'un poème dans le document constitutionnel, le juge sera bien en peine de lui attacher des effets de droit. Y compris dans cette hypothèse, la normativité serait limitée à la possibilité linguistique d'identifier un contenu normatif dans le texte.

Concrètement, pour l'interprétation de l'article 20 I de la Loi fondamentale, les théories jurisprudentielles dites de « l'effet utile » doivent être écartées. D'une part, leur application nécessite qu'un contenu normatif soit déjà identifiable au sein d'un texte, pour pouvoir lui donner une portée maximaliste. D'autre part, la Loi fondamentale allemande ne prévoit pas une telle directive d'interprétation.

## B. La possibilité d'une normativité exprimée à l'indicatif

L'usage de l'indicatif dans la proposition « la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral, démocratique et social » n'est pas une difficulté réelle pour l'interprétation de l'article 20 de la Loi fondamentale. Rédigé à l'impératif ou à l'indicatif, le sens de l'énoncé, qui porte potentiellement la norme juridique, est l'objet d'un travail linguistique visant pour le rédacteur à faire passer un signifié au lecteur du texte[425]. Si la doctrine française a pu s'écharper longuement sur l'usage de l'indicatif lorsque « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres »[426], cette querelle n'est pas pertinente. La question n'est pas tant celle du sens de l'indicatif que du sens de l'énoncé. Ainsi, aucune incertitude ne naît lorsque les articles 311-1 et 311-3 du Code pénal énoncent respectivement que « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » et que « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Si le sens de l'article 38 de la Constitution française est douteux, c'est par son caractère flou dans le contexte, notamment, de l'absence de mécanisme de sanction obligatoire de l'absence du refus de signature.

Le piège pour le juriste tient bien davantage à ce que le sens de l'énoncé soit une affirmation purement factuelle. En cela, l'affirmation que « l'Allemagne est un Etat fédéral, démocratique et social » se rapproche de celle, émanée du législateur français, selon laquelle :

> « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. »[427]

---

[425] CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, *op. cit*, p. 280-281 : « Une règle est une règle en ce qu'elle détermine. Son objet est de rendre applicable la solution qu'elle pose au problème qu'elle suppose. Toute règle est, en soi, la réponse à une question. Toute règle de droit répond à la question « *quid juris in casu* ? ». Toute règle énonce le droit dans une hypothèse. Cette double détermination correspond à la distinction de la « présupposition » (*Voraussetzung*) et de l' « effet juridique » (*Rechtsfolge*) » ; p. 285 : « lorsque la détermination du cas n'est pas déterminée, elle est implicite ».

[426] Constitution de 1958, article 13, alinéa 1er ; CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 268 : « Cette valeur, qui est ici évidente, est cependant insolite dans la grammaire française. Normalement l'indicatif présent exprime ce qui est, non ce qui doit être. Il exprime un fait (qui se produit, se poursuit ou est hors du temps), non un ordre de la loi. Ici, l'indicatif remplace l'impératif grammatical. L'indicatif vaut l'impératif. C'est une particularité de l'énoncé législatif. »

[427] Conseil constitutionnel, 2005-512 DC, considérants 16 et 17 : « 16. Considérant qu'aux termes du II de l'article 7 de la loi déférée : "l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel" ; « 17. Considérant que ces dispositions sont manifestement dépourvues de toute portée normative ; que, dès lors, le II de l'article 7 de la loi déférée est contraire à la Constitution ».

En 2005, le Conseil constitutionnel s'est limité à considérer, s'agissant du II de l'article 7 de la loi sur l'avenir de l'école, « que ces dispositions [étaient] manifestement dépourvues de toute portée normative » et donc contraires à la Constitution[428]. Le Conseil s'est d'ailleurs prononcé en ce sens alors que la deuxième phrase de ce II portait toutes les marques de la normativité, soit une obligation sous la forme d'un devoir, un corps de destinataires déterminable derrière l'expression « l'école » et des comportements de reconnaissance et de promotion presque imaginables[429]. Quant au premier bras de la phrase, « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves », il n'apparaît pas normatif, comme l'article 20 I LF, pour la raison qu'il porte un énoncé de fait. Un énoncé de fait est conforme ou non à la réalité, tandis que l'énoncé d'une norme de droit est porteur d'un devoir ; ainsi il peut être vrai ou faux que l'Allemagne soit une république démocratique, sans pour autant qu'elle ait à l'être. Encore faudrait-il que des comportements humains concrets soient déterminables derrière une telle obligation, surtout si d'autres articles plus concrets du texte constitutionnel semblent s'y opposer. L'interprétation d'un texte constitutionnel permet bien de d'établir si un texte énonce un *être* ou un *devoir* ; et c'est la linguistique seule qui permet cette identification. L'usage d'un mode indicatif ou impératif n'apparaît à ce titre que comme l'un des éléments pouvant être pertinent pour l'interprétation, comme peut l'être l'usage de verbe d'obligation, d'autorisation ou d'interdiction. De tels verbes sont d'ailleurs également absents des articles cités du code pénal, sans que le sens de ces textes en soit plus douteux.

## C. La possibilité apparente de dire si un comportement est démocratique ou républicain

La démocratie comme forme de gouvernement occupe les littératures politique, juridique et philosophique depuis l'Antiquité. Elle a été décriée d'abord, encensée ensuite. La définition du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu (11e édition) peut être considérée comme généralement admise. Cette définition de « démocratie » est :

---

Décision étudiée par CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

[428] *Idem*, considérant n° 17.

[429] Sur ce que cette censure pourrait, paradoxalement, être un mauvais exemple d'absence de normativité, voir CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

« Régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple qui l'exerce lui-même ou par l'intermédiaire des représentants qu'il élit. Ant. *aristocratie, oligarchie, autocratie, monarchie*.

« — ***directe.** Régime dans lequel le peuple adopte lui-même les lois et décisions importantes et choisit lui-même les agents d'exécution. [...]

« — **indirecte.** Régime dans lequel le rôle du peuple se borne à élire des représentants.

« — **semi-directe.** Variété de la démocratie indirecte dans laquelle le peuple est cependant appelé à statuer lui-même sur certaines lois. Comp. *référendum, veto populaire, initiative populaire*. »

S'en suit la définition de « démocratique » :

« • **1** Qui se rapporte à la *démocratie ; qui est fondé sur la démocratie ou conforme à ses exigences. Ex. Constitution démocratique, consultation démocratique. [...]

« • **2** Dans les démocraties libérales, favorable au peuple, par ext. *libéral, tolérant. [...] »

La spécificité du *Vocabulaire* Cornu tient à ce qu'il mentionne comme « démocratique » ce qui serait « fondé sur la démocratie ou conforme à ses exigences ». Il s'agit d'un jugement de valeur rapporté à la « démocratie » et à une norme de comportement conforme à ses exigences. Ce jugement, fondé sur l'observation que des comportements humains ou une organisation politique sont conformes ou non à un concept de démocratie, est parfaitement possible dans le domaine politique. Néanmoins, un tel jugement de valeur politique ne saurait suffire à confirmer ou infirmer la validité d'une norme juridique.

## D. L'impossibilité de lier argumentation philosophique et normativité juridique

Le raisonnement des tenants de la publicité de la république ou de la démocratie est erroné en deux principaux points : d'une part, il n'existe pas en philosophie politique de définition

exhaustive et généralement admise de la démocratie et, d'autre part, une telle définition devrait encore être transposée en droit pour servir de référence à un contrôle juridictionnel.

Premièrement, le raisonnement des tenants de la publicité des administrations républicaine ou démocratique suppose qu'existe une définition philosophique consensuelle. Cette définition devrait en outre permette de déterminer quels marqueurs institutionnels sont nécessaires à une démocratie ou à une république (par exemple des élections législatives tous les cinq ans), mais encore lesquels sont exclus (ainsi l'interdiction de la monarchie) et enfin lesquels sont admissibles mais pas nécessaires (l'entrée en vigueur des lois un, deux ou trois jours après leur publication). Cette définition serait soit concrète et très longue, soit brève mais néanmoins concrétisable sans laisser de place au doute. Elle devrait ainsi permettre de savoir si la nature d'une administration républicaine ou démocratique lui impose que l'ensemble de ses documents soit accessible au public en principe. En pratique, la seule définition généralement admise de la démocratie est abstraite, puisqu'il s'agirait du gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. Quant à sa concrétisation, il n'est à ce jour pas même possible de qualifier clairement le régime politique britannique.

Deuxièmement, pour affirmer qu'une administration républicaine ou démocratique devrait permettre l'accès à ses documents, encore faudrait-il que cette définition serve de référence à un contrôle juridictionnel de l'action des pouvoirs publics. Cela impliquerait qu'une telle définition de la république et de la démocratie soit transcrite en droit par une norme juridique explicite, ou qu'existe un consensus au sein de la doctrine juridique pour considérer qu'une mention de la république ou de la démocratie renvoie nécessairement à cette définition philosophique. Bien au contraire, si le droit constitutionnel allemand connaissait une définition de la démocratie différente, alors c'est sur la définition juridique que les juges devraient s'appuyer. Par exemple, si l'article 54 de la Loi fondamentale, qui organise l'élection du président fédéral allemand, lui accordait un mandat à vie et non plus de cinq ans, ce n'est pas tant cet article 54 qui serait en violation de l'article 20, mais bien la définition juridique de la république à l'allemande qui se révèlerait différente de ce que la majorité des auteurs de philosophie politique laisse supposer. La démocratie à l'allemande inclurait bien, de fait, un chef d'Etat élu à vie.

Dans le cadre de cette brève étude, il est nécessaire de présupposer qu'une définition de la république ou de la démocratie tout à la fois consensuelle et concrète n'existe pas[430]. De la sorte, si l'usage de l'indicatif n'est pas un obstacle en lui-même à l'énoncé d'une norme, il est impossible de considérer que l'article 20 I de la Loi fondamentale donne un ordre identifiable

[430] Sur ce point, la remarque préliminaire de Hans Kelsen à *La Démocratie, sa nature, sa valeur* (*op. cit.*) relative à la perte de sens du terme « démocratie » est toujours d'une grande pertinence.

de comportement démocratique ou républicain. Néanmoins, de façon plus satisfaisante, il est possible de démontrer qu'un régime démocratique peut exister avec ou sans droit d'accès aux documents administratifs pour les administrés. Dès lors, un effet normatif relativement à l'accès aux documents administratifs devrait être écarté dans tous les cas, y compris si un consensus doctrinal et jurisprudentiel devait apparaître quant à une normativité de l'article 20 I.

## E. L'accès aux documents administratifs n'est pas une concrétisation nécessaire d'une démocratie ou d'une république

Pour que puisse être invoquée un droit constitutionnellement garanti à l'accès aux informations détenues par les agents publics, sur le fondement de l'article 20 I de la Loi fondamentale, il faudrait pouvoir démontrer qu'un Etat, dans lequel ce droit ne serait pas garanti, ne serait ni démocratique ni républicain. C'est ce que pensent faire à tort les auteurs mentionnés ci-dessus. L'accès aux documents administratifs n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une démocratie ni d'une république.

Une démocratie peut exister avec ou sans droit d'accès aux documents administratifs (1). Dès lors, l'imprécision de l'article 20 I peut avoir pour conséquence une habilitation sans borne de la Cour constitutionnelle fédérale pour trancher ce point de droit (2).

### 1). La possibilité d'une démocratie avec ou sans droit d'accès aux documents administratifs

L'accès des administrés aux documents administratifs est un droit sans influence sur la nature d'un régime politique (a). Quand bien même la solution opposée devrait être retenue, une administration secrète n'est pas radicalement incompatible avec un régime démocratique (b).

### a). L'accès des administrés aux documents administratifs, droit sans influence sur la nature d'un régime politique

Pour déterminer si le droit d'accès aux documents administratifs est un élément nécessaire à un régime politique démocratique ou républicain, il faudrait au moins déterminer si ce droit appartient au droit constitutionnel matériel. Cette nécessité se rattache à ce qu'un régime politique est un mode de production du droit, sans rapport avec le contenu du droit produit. A ce point de l'étude, la définition opératoire de la forme de gouvernement comme mode de production du droit est la seule permettant une distinction objective entre normes de droit se rattachant à l'exercice du gouvernement et normes de droit ne s'y rattachant pas. Pour ainsi dire, dans une démocratie directe, l'important est que la loi soit débattue et votée par le peuple directement, sans considération pour le contenu de cette loi. Sur la base de cette définition d'un régime politique, un premier désaccord avec une partie de la doctrine allemande doit être mis en avant. Certains auteurs affirment que le principe démocratique de la Loi fondamentale allemande couvrirait certains droits fondamentaux, au premier rang desquels l'accès aux documents administratifs ; cette confusion entre mode de production du droit et substance du droit doit être écartée. A défaut, toute affirmation pourrait être faite et justifiée sur le fondement d'un principe démocratique entendu largement.

L'accès des administrés aux documents administratifs ne relève pas de la production du droit. L'erreur d'une partie de la doctrine allemande, s'appuyant sur la philosophie du lien de commission ou sur la philosophie contractualiste, tient à la confusion entre « pouvoir de création du droit » et « bon exercice du pouvoir de création du droit ». S'il semble effectivement de bon sens que le droit de vote soit exercé de façon éclairée par un niveau d'information suffisant, cela n'implique pas que cette information doive venir au moins pour partie des documents administratifs plutôt que de la lecture de la presse, ni même que l'information tirée des documents administratifs soit utile à cette fin[431]. Cette argumentation pourrait être tirée sans fin : des éléments comme les règles d'écriture des documents administratifs, leur jargon, les règles de mise par écrit ou non de tout le savoir des agents publics pourraient subitement devenir les éléments constitutifs d'un régime politique, jusqu'à vider de son sens la notion de régime politique. En

[431] En l'absence d'obligation de motivation des demandes d'accès aux informations, il est difficile d'établir si les pétitionnaires sont de simples particuliers ou une forme de tiers intéressés (professionnels du droit, étudiants, associations ou entreprises visant à fonder une argumentation contentieuse). A titre d'illustration, si quelqu'un demande copie de la dernière fiche de paie du secrétaire de mairie de Nogent-le-Rotrou, ce quelqu'un peut aussi bien être un contribuable local inquiet de la bonne gestion des deniers de la commune en vue des prochaines élections, que l'avocat de son ex-épouse, cherchant à justifier une demande de prestation compensatoire dans le cadre de leur divorce.

droit, cela signifierait une habilitation du juge constitutionnel allemand à pouvoir trancher toute question sur le fondement de l'article 20 I de la Loi fondamentale, au prix d'une argumentation suffisamment tortueuse.

### b). La compatibilité d'une administration secrète avec certaines formes de démocratie

L'appui sur un « principe démocratique » permet de justifier de nombreuses choses ainsi que leur contraire. Par exemple, la présentation des démocraties directe, indirecte et semi-directe par le *Vocabulaire* Cornu permet de montrer qu'il n'existe pas d'absolu démocratique et que des formes de gouvernement apparemment incompatibles entre-elles peuvent être revêtues de l'appellation démocratie. Quant à la Loi fondamentale allemande, elle combine des outils relevant de plusieurs formes de démocratie puisque son organisation est généralement celle d'une démocratie représentative mais qu'elle connaît aussi des formes de consultation populaire. Celles-ci sont prévues aux articles 29 (restructuration du territoire fédéral), 118 (restructuration des Länder du Sud-Ouest) et 118a (restructuration des Länder de Berlin et Brandebourg) de la Loi fondamentale. La question de savoir si des consultations populaires peuvent être pratiquées au delà de ces cas n'est pas tranchée. Pour M. Windthorst, la question relève du législateur, en prenant garde à ce que la structure fondamentale de démocratie représentative de la Loi fondamentale allemande ne soit pas renversée[432].

En protégeant la démocratie, il est possible de protéger aussi bien la démocratie directe que la démocratie représentative. La Cour constitutionnelle fédérale s'appuie ainsi sur le principe démocratique pour justifier le contrôle de l'action administrative par le Parlement[433]. Il serait ni plus ni moins démocratique d'aborder le problème du contrôle du gouvernement par le biais de l'information des citoyens. En se focalisant seulement sur la démocratie en général, il n'est pas possible de dire qu'un droit d'accès de toute personne aux documents administratifs est une condition *sine qua non* de la démocratie.

L'immense indétermination de la notion de démocratie permet d'ailleurs une analogie avec la protection constitutionnelle de la dignité humaine, possible par des moyens

[432] WINDTHORST (Kay), « Artikel 20 » [Article 20], *op. cit.*, p 285-328, p. 295.

[433] BVerfG, 21 octobre 2014, *Exportation d'armes* (*Rüstungsexport*), n° 137, 185 ; commentaire STEMMLER (Maria), « Rüstungsexportkontrolle light – Das Bundesverfassungsgericht zieht dem parlamentarischen Fragerecht (zu) enge Grenzen » [Contrôle *light* des exportations d'armes – la Cour constitutionnelle fixe des limites (trop) strictes au droit de question du Parlement], *DÖV* 2015-4, p 139-143.

radicalement incompatibles entre eux. L'évidence de la nécessité de protection de la dignité humaine dans la Loi fondamentale, souvent servie elle aussi par des formules grandiloquentes, permet de justifier aussi bien l'interdiction du lancer de nain, du port du voile intégral ou de la prostitution (protection d'une dignité humaine d'ordre public) que son autorisation (protection d'une dignité humaine fondée sur la liberté individuelle). Relativement au voile intégral, la variété des solutions a été mise en avant par le Conseil d'Etat :

> « Outre que la jurisprudence des juges nationaux et européens est assez peu abondante sur ce point, le principe de dignité implique par nature le respect de la liberté individuelle. Il en résulte deux conceptions de la dignité qui peuvent potentiellement s'opposer ou se limiter mutuellement : celle de l'exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre arbitre de la personne (qui trouve une traduction jurisprudentielle dans la décision commune de Morsang-sur-Orge) et celle de la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. »[434]

En l'absence de définition généralement admise de la démocratie, mais encore de lien évident entre démocratie et accès aux documents administratifs, la seule conséquence d'un contentieux de l'accès aux documents administratifs, fondé sur l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, serait une habilitation sans borne de la Cour constitutionnelle fédérale.

## 2). La conséquence d'une éventuelle habilitation sans borne de la Cour constitutionnelle fédérale

Le régime démocratique n'implique pas que les administrés aient le droit d'accéder aux documents administratifs. La cohérence, en philosophie de la démocratie, de l'accès aux documents administratifs avec le système démocratique peut être défendue mais un tel raisonnement n'est pas transposable en droit. A l'échelle du citoyen, il peut sembler nécessaire en démocratie d'avoir accès aux informations les plus larges afin d'exercer son droit de vote utilement. Néanmoins, ce besoin ressenti n'implique pas la modalité juridique de l'accès de tous à la masse des

[434] Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, p. 19.

documents administratifs. Une obligation de publication régulière de rapports sincères sur la conduite des affaires de l'Etat pourrait suffire. Quant à l'Etat démocratique, pour sa survie face aux menaces extérieures, et donc *in fine* la protection de ses citoyens, il est cohérent à son échelle de dissimuler toute information qui pourrait le révéler vulnérable militairement ou économiquement, ou susceptible de créer des troubles à l'ordre public. Déterminer, par l'interprétation, le sens d'un énoncé garantissant qu'un Etat soit une démocratie, ou garantisse des élections démocratiques, n'implique donc pas nécessairement l'accès aux documents administratifs.

Les développements de Trevor Allan relativement à la *rule of law* peuvent servir de repoussoir en la matière. M. Allan, indépendamment des interrogations de la doctrine allemande, pousse au plus loin la déduction de conséquences normatives depuis l'énoncé de concepts. Il déduit ainsi de la soumission générale de l'Etat au *rule of law* le droit pour un détenu de communiquer avec un journaliste. Poussée à son paroxysme, son approche permettrait une grande économie de la parole constitutionnelle : un article unique garantissant le respect par l'Etat de la dignité humaine assurerait aussi bien le droit de vote que le secret des correspondances et la responsabilité des gouvernants[435]. Une abondante jurisprudence constitutionnelle tiendrait alors lieu de corps de la constitution.

L'abstraction des notions de démocratie et de république implique des difficultés d'interprétation allant dans le sens d'une obligation des agents publics ou du législateur, parfois reconnus par la doctrine allemande[436]. Matthias Rossi résume la situation en affirmant que l'immense généralité des termes, même dotée de force normative, impliquerait des conséquences de droit tellement vastes qu'elles seraient difficilement concrétisables[437]. En réalité, la Cour constitutionnelle n'est pas libre d'interpréter à sa guise l'article 20 I de la Loi fondamentale, au risque des errements propres à Trevor Allan et à une partie de la doctrine allemande. Pour sa mise en œuvre, cet article est inséparable du reste de la Loi fondamentale, qui lui ôte tout effet pratique.

---

[435] ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale], *op. cit.*

[436] CLASSEN (Claus Dieter), *in* Coll., « 3. Aussprache und Schlussworte » [3. Discussion et conclusion], *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], *op. cit.*, p. 446 : « La question qui se pose à moi est la suivante : comment arrive-t-on à une interprétation si différente, soit du principe démocratique, que Johannes Masing a mis en avant, soit du principe républicain, qui est essentiel pour monsieur Gröschner ? » *(« Die Frage, die sich mir daher stellt, lautet : wie kommt man zu einer solchen veränderten Interpretation sei es des Demokratieprinzips, das Johannes Masing stärker in den Vordergrund gestellt hat, sei es der Republik, die bei Herrn Gröschner im Vordergrund stand ?* »).

[437] ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.*, p. 287.

## §3. Une jurisprudence en demi-teinte, favorable essentiellement à la compétence discrétionnaire de la Cour constitutionnelle

La jurisprudence constitutionnelle fondée sur l'article 20 I de la Loi fondamentale pertinente pour la présente étude n'est favorable qu'à l'extension du pouvoir discrétionnaire de la Cour. D'une part, la Cour refuse traditionnellement de donner des conséquences de droit directes à cet article, ce qui prendrait en l'espèce la forme d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics. D'autre part, la Cour tire de cet article un principe démocratique dont elle déduit une obligation générale de légitimité des actions des autorités publiques allemandes. Sur ce fondement, elle pourrait conditionner la légitimité de l'activité de l'administration allemande à la publicité de ses documents, en suivant le même type de raisonnement que celui des tenants de la publicité de la démocratie et de la république. Quoiqu'elle refuse de céder à des raisonnements doctrinaux peu rigoureux, la Cour se ménage donc une marge de pouvoir discrétionnaire qui pourrait aboutir au même résultat.

La jurisprudence constitutionnelle exclut à bon droit de tirer des conséquences concrètes de l'article 20 I de la Loi fondamentale (A). Pourtant, elle se considère libre de déterminer discrétionnairement le niveau de légitimité minimale des actions publiques (B).

### A. Une jurisprudence excluant à bon droit de tirer des conséquences concrètes de l'article 20 I de la Loi fondamentale

Quand bien même un mode normatif peut être identifié au sein de l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, soit une prescription de comportement démocratique et républicain dans l'absolu, tout effet pratique de cette obligation doit être écarté. De façon générale, il est impossible de fixer une limite objective aux attributs de la démocratie ou de la république raisonnablement invocables sur le fondement d'une formule aussi vague que : « la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social. » Rien n'indique jusqu'où pourrait être développée l'argumentation de l'exigence d'un comportement démocratique ou républicain de la part du législateur allemand. Plus encore, des conséquences de droit radicalement incompatibles entre elles seraient invocables sur ces fondements. De tels développements resteraient de plus totalement théoriques, car faisant déraisonnablement abstraction du reste de

la Loi fondamentale. Le degré d'indétermination de l'article 20 I le rend indéterminable par lui-même, et c'est ainsi à bon droit que la jurisprudence constitutionnelle fédérale allemande refuse de lui attacher des conséquences de droit. L'exigence, toute aussi indéterminée mais pleinement invocable, de légitimité de l'action publique pourrait néanmoins conduire la cour, à tort, à revoir sa jurisprudence.

L'article 20 I est inséparable du reste de la Loi fondamentale (1). La jurisprudence est toujours appuyée sur un article concret du texte constitutionnel (2).

## 1). Un article 20 I inséparable du reste de la Loi fondamentale

La réalité du régime mis en place est caractérisée par les normes matériellement constitutionnelles (a). S'agissant de la Loi fondamentale allemande, ses caractères sont exprimés par ses articles les plus déterminés (b). L'article 20 I en est ainsi réduit à l'énoncé d'une obligation générale résiduelle non concrétisable (c).

### a). La réalité du régime mis en place, caractérisée par les normes matériellement constitutionnelles

L'usage par une constitution, du terme « démocratie » n'implique pas que le reste du texte caractérise une démocratie selon la définition qu'en donne tel ou tel auteur. Une opposition entre un régime politique effectivement mis en place et les intentions affichées en tête d'une constitution est possible et n'est pas nécessairement due à la mauvaise foi de ses rédacteurs. Rien n'interdit au pouvoir constituant d'un Etat d'énoncer à l'article 1er d'une nouvelle constitution que cet Etat est une république, une démocratie ou encore une république démocratique, puis de mettre en place aux articles suivants un régime que tout ou partie de la doctrine politiste qualifierait de totalitaire ou pour le moins d'autoritaire. Le peuple français a ainsi supporté l'usage de pièces de monnaies portant la mention « République française Napoléon Ier Empereur ». Une forme de consensus quant au sens et aux conséquences à donner à l'emploi des termes prime *in fine* : *a minima* l'accord entre la majorité des juges de la juridiction constitutionnelle et le peuple qui ne se révolte pas suite à la décision prise en la matière.

### b). Les caractères de la Loi fondamentale exprimés par ses articles les plus déterminés

Les caractères de la République fédérale d'Allemagne sont exprimés par son droit à la fois formellement et matériellement constitutionnel. C'est ainsi que les titres VII et VIII du texte, intitulés « la législation de la Fédération » et « l'exécution des lois fédérales et l'administration fédérale », expriment la façon dont doit être compris le fédéralisme allemand, en complément de l'article 28, qui établit la « garantie fédérale relative aux constitutions des Länder et l'autonomie communale ». Le cas de la répartition des compétences législatives, entre compétence exclusive de la Fédération, compétence partagée avec les Länder et compétence résiduelle des Länder est particulièrement révélateur. L'article 73 I n° 7 de la Loi fondamentale prévoit la compétence exclusive de la Fédération en matière de postes et de télécommunications. Concrètement, une telle attribution de compétence ne saurait s'inventer sur le fondement de la mention du caractère fédéral de l'Allemagne à l'article 20 I de la Loi fondamentale. Il en va de même pour l'inscription de la chasse (article 72 III n° 1) et de l'admission aux établissements d'enseignement supérieur (article 72 III n° 6) comme compétence partagée entre la Fédération et les Länder. La construction d'une répartition des compétences sur le fondement d'une disposition aussi générale que l'article 20 I de la Loi fondamentale n'est pas impossible, mais impliquerait une habilitation extrêmement large de la Cour constitutionnelle fédérale afin de créer cette répartition par voie de jurisprudence.

En matière de démocratie et de république, le corps du texte constitutionnel doit seul tenir lieu de référence. Les titres II à VI de la Loi fondamentale, qui organisent les pouvoirs législatif et exécutif fédéraux déterminent aussi bien l'égalité civique des Allemands et la fonction publique fédérale (article 33), que les modalités d'élection au Bundestag (article 38). Ici encore, la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale peut intervenir, à tout le moins pour l'interprétation des dispositions. Cette interprétation, qu'elle soit appuyée sur des énoncés déterminés ou non, est en toute rigueur soumise aux seules règles de la sémantique.

### c). Une obligation générale résiduelle non concrétisable

La simple référence à des concepts de philosophie politique n'est pas susceptible d'impliquer un régime juridique, sauf à ce que ce régime soit un attribut essentiel du concept et généralement compris comme tel par tous[438]. A défaut, il est tout à fait possible que des énoncés d'un texte formellement constitutionnel soient dénués de portée normative[439]. Quoiqu'aucune autorité ne soit susceptible de censurer des dispositions constitutionnelles pour défaut de normativité, les juridictions constitutionnelles peuvent refuser de censurer la loi sur un fondement trop vague. La question de l'accès aux documents administratifs mise à part, la discussion relative à la normativité de l'article 20 I de la Loi fondamentale n'est pas sans objet : l'article 79 III de ce texte prévoit ainsi que le constituant dérivé ne saurait valablement porter atteinte aux principes énoncés à cet article. Pour peu que soit admise l'hypothèse d'un polymorphisme constitutionnel[440], c'est-à-dire celle d'un droit plus formellement constitutionnel que le reste du droit formellement constitutionnel, alors la question de la normativité de l'article 20 I de la Loi fondamentale serait proprement celle de la garantie de tout l'étatisme allemand.

## 2). Une jurisprudence toujours appuyée sur un article concret du texte constitutionnel

La Cour constitutionnelle fédérale reconnaît la libre autodétermination des citoyens comme pouvoir constituant pour unique contenu normatif propre du principe démocratique[441]. Elle en déduit que l'essence des droits fondamentaux de la communication est contenue par le principe démocratique :

---

[438] PFERSMANN (Otto), *in* FAVOREU (Louis) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 75 : « un certain minimum déterminé par la compréhension habituelle du concept »

[439] Hans Kelsen, dans son commentaire de la constitution autrichienne de 1920, estimait, relativement à son article 1 (« *Deutschösterreich ist eine demokratische Republik. Alle öffentlichen Gewalten werden vom Volke eingesetz* » – L'Autriche allemande est une république démocratique. Tous les pouvoirs publics procèdent du peuple) que celui-ci avait un caractère déclaratoire et se limitait à réaffirmer ce que la décision constitutionnelle du 30 octobre 1918 avait déjà créé juridiquement ; *in*, KELSEN (Hans), *Œuvres* (*Werke*), volume 5, Tubingue, Mohr Siebeck, 2011, XII-765 p., p. 54 et 56.

[440] PFERSMANN (Otto), « Unconstitutional constitutional amendments : a normativist approach » [Amendements constitutionnels inconstitutionnels : une approche normativiste], *ZöR* 2012-67, p. 81-113.

[441] BVerfG, 5 décembre 2002, *Lippeverband*, n° 107, 59 (91-92) – § 167.

> « Du fait de la signification fondamentale de la liberté d'expression des opinions pour l'Etat démocratique-libéral, se déduit que, du point de vue de ce système constitutionnel, il ne serait pas logique d'abandonner l'étendue pratique de ce droit fondamental à toute relativisation par une loi simple (et ainsi nécessairement par la jurisprudence des tribunaux interprétant les lois). » [442]

Aucune conséquence de droit concrète ne ressort de cette motivation de sa décision : cette affirmation de pseudo-normativité ne passe pas la frontière entre motifs et dispositif. L'énoncé n'est d'ailleurs pas normatif dès lors qu'il n'exprime pas une volonté relative à l'état du droit ; il tient de la description (exacte ou inexacte) et non de la prescription. La Cour constitutionnelle fédérale s'intéresse au sens et au rapport entre éléments de droit – la publicité des travaux du Bundestag– et de philosophie politique – l'importance de cette publicité pour l'information des citoyens et donc le vote[443] – mais ses déductions s'arrêtent à la frontière de la création d'une obligation sur cette base seule.

La Cour poursuit sa réflexion sur la base d'obligations particulières issues d'autres articles du texte constitutionnel, à l'image des articles 42 I, 44 I et 52 III de la Loi fondamentale[444] :

> « L'échange public d'arguments et de contre-arguments, les débats publics et la discussion publique sont des éléments essentiels du parlementarisme démocratique. C'est précisément le niveau de publicité de la polémique politique et de la recherche de décision, garanti par la procédure parlementaire, qui ouvre les possibilités d'une comparaison des intérêts en

[442] BVerfG, 15 janvier 1958, *Lüth*, n° 7, 198 (208-209) – § 34 (extrait) : « *Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich- demokratischen Staat ergibt sich, daß es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen*. » Confirmations par : BVerfG, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (81-82) – § 28 ; BVerfG, 2 mars 1977, *Travail de publicité* (*Öffentlichkeitsarbeit*), n° 44, 125 (141-142) – § 52 ; BVerfG, 14 mai 1985, *Brokdorf*, n° 69, 315 (345-346) – § 65.

[443] Bodo Pieroth le résume ainsi : « la publicité des processus étatiques de réflexion et de décision est également part du principe démocratique » (« *Auch die Öffentlichkeit der staatlichen Beratungs- und Entscheidungsprozesse ist Bestandteil des demokratischen Prinzips* »), PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *op. cit.*, p. 506. L'auteur renvoie à : BVerfG, 14 janvier 1986, *Contrôle financier des services de renseignement* (*Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*), n° 70, 324 ; BVerfGE, 24 janvier 2001, *Enregistrement télévisé en salle d'audience II* (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 ; BVerfGE, 4 juillet 2007, *Statut constitutionnel des membres du Bundestag* (*Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten*), n° 118, 277.

[444] Respectivement relatifs à la publicité des débats au Bundestag, les commissions d'enquête statuant en public et la publicité des débats au Bundesrat.

opposition, intérêts qui dans une procédure moins transparente n'apparaîtraient pas ainsi » [445].

« L'acte de vote aux élections ne nécessite pas seulement la liberté de toute contrainte ou pression illégale, mais encore que les électeurs aient accès aux informations qui peuvent être importantes pour leur décision. De nombreuses dispositions de la Loi fondamentale (spécialement l'article 5 I, l'article 21 I phrase 4, l'article 42 I, l'article 44 I phrase 1 de la Loi fondamentale) sont des incarnations du principe de publicité du pouvoir politique. La démocratie parlementaire se base sur la confiance du peuple ; la confiance n'est pas possible sans la transparence, qui permet de suivre ce qui se produit politiquement [...]. Selon les termes des requérants n° 7 et 9 : l'électeur doit savoir qui il élit »[446].

Une illustration récente concrète en la matière est la décision relative au contrôle par le Parlement des exportations de matériel militaire décidées par le Gouvernement du 21 octobre 2014. Dans cette décision, la Cour déduit des articles 20 et 38 de la Loi fondamentale l'existence d'un droit de question des membres du Bundestag, auquel répond une obligation de réponse des membres du Gouvernement[447]. Pour ce faire, la Cour s'intéresse longuement à la place du Bundestag et du peuple vis-à-vis du Gouvernement[448] ; néanmoins, les conséquences de droit

[445] BVerfG, 14 janvier 1986, *Contrôle financier des services de renseignement* (*Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*), n° 70, 324 (355) – §§ 131-132 (extrait) : « *Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. Gerade das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffnet Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, die bei einem weniger transparenten Vorgehen sich nicht so ergäben [...].* » Par renvoi à BVerfG, 28 octobre 1975, *Acte d'administration de la justice* (*Justizverwaltungsakt*), n° 40, 237. Dans des termes presqu'identiques : BVerfG, 28 février 2012, *Loi relative au mécanisme de stabilité* (*Stabilisierungsmechanismusgesetz*), n° 130, 318 (344) – § 108.

[446] BVerfGE, 4 juillet 2007, *Statut constitutionnel des membres du Bundestag* (*Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten*), n° 118, 277 (353) – § 271 : « *Der Status des Abgeordneten wird zuvörderst durch die im Wahlakt liegende Willensbetätigung jedes einzelnen Bürgers als Ursprung der Staatsgewalt in der Demokratie bestimmt (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Art. 38 Abs. 1 GG). Der Akt der Stimmabgabe bei Wahlen erfordert nicht nur Freiheit von Zwang und unzulässigem Druck, sondern auch, dass die Wähler Zugang zu den Informationen haben, die für ihre Entscheidung von Bedeutung sein können. Vielfältige Regelungen des Grundgesetzes (vgl. insbesondere Art. 5 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 Satz 4, Art. 42 Abs. 1, Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG) sind Ausprägungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit politischer Herrschaft. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes ; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt, zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich [...]. In der Formulierung der Antragsteller zu 7) und 9) : Der Wähler muss wissen, wen er wählt.* »

[447] BVerfG, 21 octobre 2014, *Exportation d'armes* (*Rüstungsexport*), n° 137, 185 (230-231) – § 130.

[448] *Idem*, (232-233) – § 132.

concrètes pour le recours qu'elle a à trancher ne sont jamais inférées de l'article 20 de la Loi fondamentale :

> « La comparaison nécessaire immédiatement entre le droit de question des membres du Bundestag de l'article 38 I phrase 2 et l'article 20 II phrase 2 de la Loi fondamentale d'un côté, et de l'autre côté la protection garantie du secret de l'entreprise et des affaires de la société envisageant l'exportation de l'article 12 I, implique que la décision d'autorisation du Conseil fédéral de sécurité, indépendamment de l'entreprise concernée concrètement par la demande des membres du Bundestag, présente la motivation entraînant la décision » [449].

L'article 38 I de la Loi fondamentale, s'il est plus concret que l'article 20, ne prévoit pour autant pas un droit de question des membres du Bundestag. L'argumentation de la Cour permet néanmoins un regard nouveau sur l'invocation conjointe des articles 5 I et 20 I du texte : du droit de question des membres du Bundestag déduit de leur légitimité démocratique et limité par les intérêts contraires protégés par la Loi fondamentale, l'évolution vers un droit semblable pour le peuple, source de la légitimité des représentants, ne serait pas impensable. Cette évolution impliquerait néanmoins une décision « créative » de la Cour, selon les termes de Gröschner. A l'heure actuelle, pour les citoyens, aucun droit de ce type ne peut être observé.

## B. Un niveau suffisant de légitimité à déterminer discrétionnairement par la Cour constitutionnelle fédérale

En rattachant au principe démocratique de l'article 20 I de la Loi fondamentale une exigence de légitimité de l'action publique, la Cour constitutionnelle prend le risque de céder au même manque de rigueur que les auteurs dont elle refuse de suivre les raisonnements. Son

[449] *Idem,* (259-260) – § 188 : « *Die somit erforderliche Abwägung unmittelbar zwischen dem Fragerecht der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG einerseits und dem durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des jeweiligen die Ausfuhr beabsichtigenden Unternehmens andererseits ergibt, dass die Genehmigungsentscheidung des Bundessicherheitsrates unabhängig von dem jeweils konkret durch Abgeordnete des Bundestages angefragten Kriegswaffenausfuhrgeschäft die entscheidende Zäsur darstellt.* ».

raisonnement présente néanmoins le mérite, pour elle, de lui ménager une large marge discrétionnaire quant au caractère légitime ou non des actions des pouvoirs publics.

L'exigence jurisprudentielle de légitimité de l'action publique est rattachée au principe démocratique (1). La Cour constitutionnelle est compétente pour déterminer discrétionnairement le caractère légitime des actions publiques (2).

## 1). L'exigence jurisprudentielle de légitimité rattachée au principe démocratique

Selon la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle allemande, une « chaîne de légitimité »[450] rattache chaque action de la puissance publique et chaque usage qui en est fait au peuple. Toutes les actions de la puissance publique doivent être légitimes et leur légitimité est caractérisée par la responsabilité devant, *in fine*, le peuple ou ses représentants. Le secrétaire de mairie doit ainsi être responsable comme le ministre devant les parlementaires au moins, comme ceux-ci sont responsables devant leurs électeurs. Cette légitimité est une nécessité constitutionnelle énoncée à l'article 20 II de la Loi fondamentale :

> « Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire. »

Cet article est compris par la Cour constitutionnelle fédérale de la façon suivante :

> « L'élection de la représentation du peuple est l'acte de légitimation fondamental dans la démocratie représentative. Le vote lors de l'élection au Bundestag allemand est l'élément essentiel du processus de prise de décision du peuple vers les organes d'Etat et dans le même temps la base de l'intégration politique. Le respect des principes électoraux et la confiance dans leur respect sont ainsi des conditions d'une démocratie fonctionnelle. Seule la possibilité d'un contrôle de la conformité de l'élection aux principes électoraux constitutionnels peut assurer que la délégation du pouvoir d'Etat à la représentation du peuple, qui forme la première et plus importante part de la chaîne de légitimation continue

[450] La *Legitimationskette*.

reliant le peuple et les organes et agents chargés des missions de l'Etat, ne souffre pas d'un déficit » [451].

« L'article 20 alinéa 2 phrase 2 de la Loi fondamentale donne corps au principe de la souveraineté populaire. Il institue que le peuple exerce le pouvoir d'Etat, dont il est porteur, en dehors des élections et des consultations, au travers des organes législatifs, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Cela implique que le peuple ait une influence réelle sur l'exercice du pouvoir d'Etat par ces organes. Leurs actes doivent donc pouvoir se rattacher à la volonté du peuple et être soumis à la responsabilité devant lui. Cette relation entre le peuple et la direction de l'Etat est avant tout assurée par l'élection au Parlement, par les lois qu'il adopte comme mesure de référence pour l'action du pouvoir exécutif, par l'influence parlementaire sur la politique du Gouvernement, comme par la soumission fondamentale de l'administration aux instructions du Gouvernement » [452].

A l'échelle de cet article 20, la légitimité est au moins partiellement définie : aucun pouvoir ne doit exister s'il n'est soumis à la loi ou à l'élection, et plus généralement à l'ordre constitutionnel. Cette nécessité de légitimité, dont la sanction est peu claire, est parfois critiquée et, à travers elle, dans une certaine mesure, les principes démocratique et républicain. M Sommermann soulève ainsi que :

---

[451] BVerfG, 3 mars 2009, Ordinateur de vote (*Wahlcomputer*), n° 123, 39 (68-69) – § 108 (extrait) : « *Die Wahl der Volksvertretung stellt in der repräsentativen Demokratie den grundlegenden Legitimationsakt dar. Die Stimmabgabe bei der Wahl zum Deutschen Bundestag bildet das wesentliche Element des Prozesses der Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und damit zugleich die Grundlage der politischen Integration. Die Beachtung der hierfür geltenden Wahlgrundsätze und das Vertrauen in ihre Beachtung sind daher Voraussetzungenfunktionsfähiger Demokratie. Nur durch die Möglichkeit einer Kontrolle, ob die Wahl den verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen entspricht, kann sichergestellt werden, dass die Delegation der Staatsgewalt an die Volksvertretung, die den ersten und wichtigsten Teil der ununterbrochenen Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtsträgern bildet, nicht an einem Defizit leidet.* »

[452] BVerfG, 31 octobre 1990, *Droit de vote des étrangers II* (*Ausländerwahlrecht II*), n° 83, 60 (71-72) – § 39 (extrait) : « *Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG gestaltet den Grundsatz der Volkssouveränität aus. Er legt fest, daß das Volk die Staatsgewalt, deren Träger es ist, außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausübt. Das setzt voraus, daß das Volk einen effektiven Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich daher auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt.* »

> « Aux fondements du concept de démocratie chatouille la question de savoir si avec la recherche d'une "effectivité" de la légitimation démocratique, des états de fait normatifs et empiriques, des questions morales et des questions de pouvoir ne sont pas mélangées » [453].

Effectivement, c'est tout le risque de l'appui sur la notion de légitimité. La perception de la légitimité est subjective, relevant d'un état psychologique. L'existence d'un lien suffisant avec une élection n'est qu'une modalité possibilité de légitimité. A défaut de norme juridique objectivement identifiable permettant de conditionner la légitimité, toute personne se forge sa propre définition de la légitimité ; les légitimités politiques de Max Weber ne sont en rien limitatives. En matière de légitimation démocratique ou républicaine, une telle perte d'objectivité est permise et presqu'encouragée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale.

## 2). Une Cour constitutionnelle compétente pour déterminer discrétionnairement le caractère légitime des actions publiques

Que la normativité du principe de légitimité de l'action publique soit rendue possible par une définition satisfaisante ne signifie pas que son interprétation soit aisée. Résumant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle berlinoise en matière de légitimité et, par tant, de démocratie, Bodo Pieroth affirme que :

> « Le principe démocratique exige une légitimation suffisante du pouvoir d'Etat par le peuple, c'est-à-dire un certain niveau de légitimation » [454].

Cette légitimation, en matière d'administration locale indépendante, est garantie constitutionnellement pour les communes (article 28 LF) ; il convient donc que les contrôles auxquels sont toujours soumises les communes soient organisés à l'avance par la loi et que l'organe de contrôle dispose de sa propre légitimation démocratique[455]. Tous les auteurs ne se satisfont pas

---

[453] SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *op. cit.*, p. 83-84 : « *an die Grundlagen des Demokratiekonzepts rührt die Frage, ob mit der Forderung nach "Effektivität" der demokratischen Legitimation normative und empirische Sachverhalte, moralische Fragen und Machtfragen, verwechselt werden* ».

[454] PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *op. cit.*, p. 505 : « *das Demokratieprinzip verlangt eine hinreichende Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk, d.h. ein bestimmtes Legitimationsniveau* ».

[455] BVerfG, 13 juillet 2004, *Caisse des notaires* (*Notarkassen*), n° 111, 191 (217-258) – § 154.

de ce degré de définition, à l'image d'Huster et Rux, qui affirment qu' « aucune réponse ne ressort directement de l'article 20 LF à la question de savoir comment peut être assuré, qu'une décision ou une mesure déterminée soit suffisamment légitimée démocratiquement »[456].

Dans ce cadre, l'imprécision relative à la légitimité a deux conséquences majeures. La première, proprement juridique, est une habilitation de la Cour constitutionnelle fédérale à décider discrétionnairement du caractère légitime ou non des actions des organes publics. C'est un outil de sécurité démocratique pour la Cour, contre de potentielles actions extrêmes d'un gouvernement. Le même mécanisme peut être observé relativement à l'interprétation de l'article 5 de la Loi fondamentale : la Cour se réservant dans des hypothèses extrêmes la possibilité de contraindre l'Etat à la publication de certaines informations. La seconde, à défaut d'un mode d'emploi donné par la Cour quant à l'identification d'un acte légitime ou non, tient à l'absence de contrôle aisément exerçable sur l'action de la Cour. La doctrine en est réduite à imaginer les conditions de la légitimité, au gré des fluctuations de la jurisprudence. En France, une phase de perplexité doctrinale avait accompagné la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la normativité des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[457], jusqu'à l'explication par ce dernier de leur mode d'identification[458]. Dans le cas de la « légitimité », aucune aspérité ne permet de guider la réflexion, à la différence des termes « principes » et « lois de la République » qui pouvaient guider la réflexion de la doctrine française.

Des considérations relatives au caractère suffisamment démocratique ou suffisamment républicain d'une loi, afin d'éprouver son caractère légitime ou non, ne peuvent donc guère être appuyées sur des énoncés normatifs ou sur une jurisprudence existante. Le *corpus* disponible se rapportant à la démocratie et à la république est avant tout celui de la philosophie politique. La confusion entre, d'une part, l'appui d'un raisonnement juridique sur des considérations philosophiques et, d'autre part, l'affirmation de la normativité de ces considérations philosophiques, à défaut d'être justifiée, semble ainsi partiellement explicable.

---

[456] HUSTER (Stefan) et RUX (Johannes), « Artikel 20 » [Article 20], *op. cit.*, p 631. « *Aus Art 20 GG ergibt sich unmittelbar keine Antwort auf die Frage, [...] wie sicher gestellt werden kann, dass eine bestimmte Entscheidung oder sonstige Maßnahme hinreichend demokratisch legitimiert ist.* »

[457] Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, dite « liberté d'association », n° 71-44 DC.

[458] Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC, considérants nos 11 et 12 ; complétée par Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, n° 93-321 DC, considérant n° 18.

## Conclusion de la section

L'article 20 I de la Loi fondamentale allemande est dénué de normativité propre pour ce qui concerne l'accès aux documents administratifs. Autrement dit, cet article n'énonce pas d'obligation pour les agents publics qui puisse être rattachée à la mise à disposition du public des informations détenues par les agents publics. L'existence d'un droit d'accès aux documents administratifs au sein de cet article supposerait que soient identifiables non seulement un mode normatif, une action humaine à interdire, permettre ou rendre obligatoire, mais encore un titulaire et un bénéficiaire du droit créé. La spécificité de l'article 20 I tient à ce que son indétermination le rend impossible à concrétiser. Au titre du mode normatif, d'abord, deux interprétations peuvent prévaloir : soit celle d'une obligation de comportement démocratique et républicain (mais encore fédéraliste et social), soit celle d'une simple affirmation de fait. L'interprétation d'une simple affirmation de fait droit primer : l'énoncé en cause est indéterminé, aucune marque de normativité ne semble pouvoir être identifiée et aucun consensus contraire n'existe. Au titre des actions humaines, ensuite, dès lors qu'il est question de mode de gouvernement, celui-ci doit être compris comme renvoyant, en droit, au droit matériellement constitutionnel. Garantir l'accès aux documents administratifs ne saurait être rattaché directement à la question des modes de production du droit. Au titre, enfin, des titulaires et bénéficiaires d'un éventuel droit à ce que les autorités publiques allemandes se comportent de façon démocratique, républicaine, fédéraliste et sociale, il n'est pas nécessaire de trancher entre les différentes interprétations possibles, en l'absence de mode normatif identifiable ainsi que d'applicabilité de l'article 20 I à la question de l'accès aux documents administratifs.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics peut être garanti implicitement par le droit constitutionnel formel d'un Etat. Ce caractère implicite tient soit à une hypothétique évidence pour les auteurs comme pour les récepteurs de l'énoncé constitutionnel, soit à ce qu'une norme spécifique dusse être identifiée au sein d'un énoncé indéterminé. Cette seconde éventualité motive l'étude des articles 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande. Seul le premier de ces textes permet l'identification d'un mode normatif – un droit déterminable est accordé à un groupe de personnes, auquel répond une obligation pour un autre groupe de personnes ; le second ne le permet pas. La généralité des termes de l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande exclut qu'un droit puisse être invoqué sur son seul fondement. La Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs refusé de s'engager sur ce chemin. Ce choix, qui garantit contre les travers d'une interprétation extensive de termes généraux, telle que pratiquée par Trevor Allan, n'est pas nécessairement juridique par lui-même. Il est possible d'imaginer un système de droit dans lequel une constitution réduite à quelques termes très généraux ferait de la juridiction constitutionnelle l'organisatrice des pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat français n'agit pas autrement lorsqu'il crée de toutes pièces le recours *Tropic* en 2007, sans même se référer explicitement à une norme indéterminée dont il assurerait la concrétisation[459]. Hans Kelsen, à propos de la justice constitutionnelle, estimait ainsi que la question de la mise en œuvre d'énoncés indéterminés relevait essentiellement d'un « problème de politique juridique présenté sous l'angle technique »[460]. A ce point de la recherche, il est néanmoins acquis qu'aucune obligation de publication des documents administratifs n'est invocable sur le fondement de l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, malgré une certaine doctrine en ce sens.

L'autre source de droit éventuelle identifiée au sein de la Loi fondamentale est son article 5 I, intitulé « liberté d'opinion ». Cet énoncé, s'il est concret et déterminé, n'en est pas pour autant source d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics.

[459] Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

[460] Cité par HOCHMANN (Thomas), « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *op. cit*.

# CHAPITRE II. LA PORTEE MINIMALE D'UN DROIT SOUMIS A LA DETERMINATION LEGISLATIVE

La portée du droit d'accès à l'information énoncé à l'article 5 I de la Loi fondamentale est nécessairement minimale, dès lors qu'il est explicitement soumis à la détermination législative. Pourtant, l'intention affichée de cet article est de permettre aux personnes de s'informer sans entrave, soit à assurer une forme de garantie étatique contre tout régime totalitaire. L'article 5 I est le suivant :

> Texte en version allemande :
> « Artikel 5
> « (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt. »
>
> Traduction du Bundestag :
> « Article 5 [Liberté d'opinion]
> « (1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure. »
>
> Traduction de l'auteur :
> « Article 5
> « (1) Chacun a le droit d'exprimer et de publier librement son opinion par la parole, l'écrit ou l'image, et de s'informer sans entrave aux sources généralement accessibles. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la diffusion hertzienne et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure. »

Cette rédaction renvoie au choix fondamental pour la démocratie et la république en 1948, ainsi que pour la protection des droits fondamentaux. Elle est admise comme telle par la doctrine :

> « La création de l'article 5 I LF insista, du fait de l'expérience encore prégnante des efforts de répression du régime nazi par l'interdiction de l'écoute des émetteurs radio étrangers, sur le droit à la liberté de l'information auprès des sources accessibles au public »[461].

La lecture de l'article 5 I révèle pourtant une difficulté : le droit garanti est un droit d'accès aux sources d'information accessibles, qu'elles le soient « généralement » ou « au public ». Se pose donc la question de savoir quelles sources sont accessibles, et partant de savoir quel organe est compétent pour déterminer l'accessibilité de ces sources. Concrètement, la détermination des sources d'informations accessible est la détermination du champ du droit garanti. Le constituant allemand n'a pourtant pas défini lui-même au sein de l'article quelles sont ces fameuses sources accessibles ; il n'a pas donné plus de définition générale de ces sources ailleurs dans la Loi fondamentale. En conséquence, c'est avant tout au législateur qu'échoit cette détermination.

La portée de l'article 5 I de la Loi fondamentale est déterminée par le législateur (section I). Le législateur de l'accès à l'information reste néanmoins soumis aux limites immanentes à la Constitution (section II).

[461] SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], Band I *Präambel, Artikel 1-19* [Tome I Préambule, articles 1-19], 3e éd., Tubingue, Mohr Siebeck, 2013, XXXVIII-1937 p., p 610-750 p., p. 618 : « *Die Erfassung des Art. 5 I GG [...] fügte aufgrund der noch unmittelbar gegenwärtigen Erfahrungen der Unterdrückungsversuche des NS-Regimes durch das Verbot des Hörens ausländischer Rundfunksender das Recht auf Informationsfreiheit aus allen allgemein zugänglichen Quellen hinzu.* »

## SECTION I. LA PORTEE DE L'ARTICLE 5 I DE LA LOI FONDAMENTALE DETERMINEE PAR LE LEGISLATEUR

La portée de l'article 5 I de la Loi fondamentale est déterminée par le législateur. Il est l'organe compétent au premier chef pour énoncer que telle ou telle source d'information est accessible au public. En s'appuyant sur une notion dont la définition est renvoyée au législateur, cet article énonce une réserve législative indépassable, en l'occurrence une réserve législative de détermination du champ du droit fondamental. Cette réserve législative expresse n'implique pas qu'un droit n'existe pas mais seulement qu'il est à la merci du législateur, laissé libre de lui donner corps comme bon lui semble. La même mécanique est à l'œuvre s'agissant de la réserve de l'article 7 de la Charte de l'Environnement française, explicite, qui énonce :

> « Article 7
>
> « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

L'habilitation du législateur français à déterminer le champ du droit d'accès et de participation en matière environnementale est expressément établie par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Il n'en va pas de même avec l'article 5 I de la Loi fondamentale, qui se borne à mentionner des sources plus ou moins accessibles. Que la détermination de l'accessibilité des sources d'information relève du législateur n'est pas si évident, et ce à plusieurs titres : sa compétence suppose de constater d'abord que la question de l'accessibilité n'est pas un problème matériel mais juridique, mais encore que le constituant allemand n'a pas déterminé ce que devraient être les sources d'information accessibles.

L'accessibilité est la clé de compréhension de l'article 5 I de la Loi fondamentale (§1). Cette accessibilité est déterminée par un organe habilité à cette fin (§2) et aucune mention de l'article 5 I ne permet de considérer l'information administrative comme accessible par nature (§3). Le législateur est donc laissé libre par l'article 5 de la Loi fondamentale (§4).

## §1. L'accessibilité, clé de compréhension de l'article 5 I de la Loi fondamentale

La clé de compréhension de l'article 5 I réside dans la notion d'accessibilité, exprimée par les termes « *allgemein zugänglichen Quellen* » et traduite tantôt par « sources d'information accessibles au public », tantôt par « sources généralement accessibles ». Il est nécessaire de distinguer deux types d'accessibilité : l'accessibilité matérielle et l'accessibilité juridique. Selon la façon dont l'accessibilité est abordée, matériellement ou juridiquement, elle peut en effet amener des conséquences de droit différentes.

L'accessibilité d'une source d'information est un prérequis à l'accès à l'information (A). L'accessibilité matérielle est propre à un droit de protection de l'accès à une source existante (B), tandis que l'accessibilité juridique est liée au droit à l'ouverture d'une nouvelle source d'information (C).

### A. L'accessibilité d'une source d'information, prérequis à l'accès à l'information

*A minima*, une information peut être définie comme « message, connaissance, donnée, relation de connaissance »[462]. En conséquence, relativement aux sources d'informations, il a pu être affirmé que :

> « Sont des sources d'informations tous les supports d'information comme, par exemple, les écrits, la parole prononcée, y compris par l'émission hertzienne, les films, Internet, les lettres, symboles, images, disques audio, disques vidéo, bandes magnétiques etc., dans la mesure ou des opinions ou des messages relatifs à des affaires publiques ou privées sont exprimées. »[463]

[462] KÖBLER (Gerhard), *Juristisches Wörterbuch* [Dictionnaire juridique], 14e éd., Munich, Franz Vahlen, 2007, XV-507 p., « Information », p. 215.

[463] STARCK (Christian), « Artikel 5 » [Article 5], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 1, Präambel, Artikel 1 bis 19* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 1, préambule, articles 1 à 19], 6e éd., 2010, Munich, Franz Wahlen, XXIV-1973 p., p 541 : « *Quellen der Information sind alle Informationsträger wie z.B. Schriftstücke, das gesprochene Wort, auch als Rundfunksendung, Filme, das Internet, Zeichen, Symbole, Bilder, Schallplatten, Bildplatten, Magnetophonbänder usf., soweit Meinungen oder Nachrichten zu öffentlichen oder privaten Angelegenheiten zum Ausdruck kommen* ».

L'information détenue par une autorité administrative n'est pas une information spécialement distinguée : elle est toujours un bloc élémentaire de connaissance du monde. Le fait d'être détenue par une autorité administrative plutôt qu'une personne privée est sans influence sur sa nature.

Que les autorités administratives allemandes détiennent une grande quantité d'informations n'est pas débattu et il n'est pas non plus affirmé que ces informations relèvent d'une catégorie autre que les informations au sens de l'article 5 de la Loi fondamentale allemande. La jurisprudence constitutionnelle traite ainsi des informations détenues par les autorités administratives comme des autres informations, sans distinction :

> « Une source d'information est accessible au public quand elle est adaptée et vouée à informer le public, soit un ensemble de personnes non déterminables individuellement »[464].

A ce titre, l'accent est mis non pas sur la question de l'information, mais bien sur celle de son accessibilité.

## B. L'accessibilité matérielle, propre à un droit de protection de l'accès à source existante

Le droit de la liberté de l'information selon l'article 5 de la Loi fondamentale allemande est largement imprégné de la logique de l'accessibilité matérielle de l'information, lié à l'état des techniques de communication (1). Cette approche imprègne la dimension de l'article 5 de la Loi fondamentale de droit de protection contre les entraves matérielles à la réception d'informations (2).

[464] BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (60) – § 59. « *Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen (vgl. BVerfGE 27, 71 [83 f.] ; 90, 27 [32] ; stRspr).* »

## 1). Une logique matérielle d'accessibilité liée à l'état des techniques de la communication

L'accessibilité d'une source d'informations peut être entendue de différentes manières. Ainsi, il peut être légal ou non de prendre connaissance de telle ou telle information mais cette prise de connaissance doit également être techniquement possible. Le droit allemand en la matière est empreint de rejet du nazisme et, pour les révisions de la Loi fondamentale survenues depuis 1949, de rejet du régime de l'Allemagne de l'Est. Il s'agit d'exclure toute interdiction de s'informer à telle ou telle source, par exemple une chaîne de télévision un ou une radio étrangère techniquement accessible en Allemagne. Dans le passé, la Cour avait précisé que :

> « La liberté de l'information n'est constitutionnellement protégée que lorsque la source d'informations est généralement accessible.
> « C'est en principe le cas, quand la source d'informations est techniquement propre et vouée à fournir des informations au public, c'est-à-dire un ensemble de personnes non déterminable individuellement. Les journaux et autres moyens de communication de masse sont ainsi par nature des sources d'informations généralement accessibles. »[465]

Une conséquence de cette approche matérielle tient à ce que, si des informations sont illégalement mises à la disposition du public, alors elles forment une source d'informations généralement accessibles. Christian Starck résume la chose de la façon suivante :

> « Lorsque des sources d'informations non accessibles au public sont publiées en violation du droit et de l'interdiction, elles deviennent généralement accessibles. »[466]

La Cour constitutionnelle fédérale estime quant à elle effectivement que :

---

[465] BVerfGE, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (82) – §§ 34 et 35 (extrait) : « *Die Informationsfreiheit ist verfassungsrechtlich nur dann gewährleistet, wenn die Informationsquelle allgemein zugänglich ist.* » « *Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Informationsquelle technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d. h. einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen. Zeitungen und andere Massenkommunikationsmittel sind daher von Natur aus allgemein zugängliche Informationsquellen.* »

[466] STARCK (Christian), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 543 : « lorsque des sources d'informations non accessibles ont été publiées contre le droit et l'interdiction, elle sont devenues accessibles au publics » (« *werden solche nicht allgemein zugänglichen Quellen widerrechtlich und verbotenerweise veröffentlicht, sind sie allgemein zugänglich geworden* »).

« La diffusion d'informations obtenues illégalement entre dans le champ de protection de l'article 5 I LF ».[467]

L'hypothèse d'école est celle d'un journal ou d'une radio publiant des documents secret-défense : nul ne pourrait être empêché d'acheter le journal ou d'écouter la radio publiant ces informations. La publication sur internet d'informations obtenues illégalement relève aujourd'hui des mêmes tensions. La Cour, pour justifier sa position, donne plusieurs arguments : qu'il serait peu cohérent d'empêcher la publication par la presse des informations obtenues, même illégalement, de leurs sources ; que cela nuirait à la fonction de la presse de contrôle et de révélation des abus ; que cela serait contraire au libre flux des informations dans la société[468].

## 2). Un droit de protection contre les entraves matérielles à la réception d'informations

A ce jour, la jurisprudence vise essentiellement à garantir pour toute personne le droit d'accéder aux informations de son choix, spécialement par l'installation d'antennes paraboliques dans le domaine privé (a). Réciproquement, les autorités publiques ne doivent pas créer d'entraves à l'accès à ces informations, la censure étant explicitement interdite par l'article 5 I 3 de la Loi fondamentale allemande (b).

### a). La protection constitutionnelle de l'accès aux médias étrangers

Les entraves qui peuvent être mises à l'accès effectif à une source sont tout également juridiques et matérielles. En raffinant, le droit peut prévoir des entraves matérielles, de l'entrave la plus immédiatement effective avec un brouillage à une entrave *a posteriori* sous la forme de l'incrimination pénale du fait de s'informer à telle ou telle source. Une entrave juridique peut ainsi prendre la forme d'une interdiction d'écouter tel ou tel programme venu de l'étranger

[467] BVerfGE, 25 janvier 1984, *Springer/Wallraff*, n° 66, 116 (137) – § 55 (extrait). « *Die Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen [fällt] in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG.* »
[468] *Idem*, § 55.

comme c'était le cas en Allemagne nazie[469] ; une entrave technique peut prendre la forme d'un brouillage, qu'il soit incident si une radio allemande émet légalement en Allemagne à une fréquence identique à celle, par exemple de France Inter, ou qu'il soit voulu, comme dans les films de guerre situés durant l'Occupation, qui montrent régulièrement des personnages cherchant à écouter Radio Londres malgré les sons émis par l'occupant afin d'empêcher l'écoute[470].

La jurisprudence moderne s'intéresse principalement à l'effet horizontal du droit fondamental de l'article 5 I LF : un bailleur ne peut refuser de façon injustifiée l'installation par son locataire d'une antenne parabolique lui permettant l'accès aux sources d'informations de son choix. A ce propos, la Cour constitutionnelle fédérale affirme que :

> « Dans la mesure où la réception [d'informations] dépend de moyens techniques qui permettent individuellement d'atteindre une information destinée au public, la protection accordée par le droit fondamental s'étend aussi à l'installation et à l'utilisation de tels outils. Dans le cas contraire, le droit fondamental serait, dans des domaines dans lesquels l'accès à l'information est conditionné par des moyens techniques, sans valeur en pratique. L'érection d'une antenne parabolique, qui permet la réception de programmes hertziens, lesquels sont diffusés par satellite, est ainsi également protégée par le droit fondamental de l'article 5 alinéa 1 phrase 1 bras 2. »[471]

S'agissant de l'effet vertical du droit énoncé, il est surtout concrétisé, relativement aux personnes publiques, par l'interdiction de la censure énoncée article 5 I 3 de la Loi fondamentale. Il prend aussi la forme de l'interdiction en principe des saisies de journaux étrangers distribués par la poste[472].

---

[469] Relativement à ce lien, SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *op. cit.*, p 610-750 p.

[470] Atteinte mentionnée par les commentaires de Starck §55 (p. 545), Dreier § 129 (p. 676), Jarass §27 (p. 198), Schemmer §33.1 (p. 185), *op. cit.*, par renvoi les uns aux autres à défaut de jurisprudence.

[471] BVerfG, 9 février 1994, Antennes paraboliques I (*Parabolantenne I*), n° 90, 27 (31-21) – § 15. « *Soweit der Empfang von technischen Anlagen abhängt, die eine an die Allgemeinheit gerichtete Information erst individuell erschließen, erstreckt sich der Grundrechtsschutz auch auf die Beschaffung und Nutzung solcher Anlagen. Andernfalls wäre das Grundrecht in Bereichen, in denen der Informationszugang technische Hilfsmittel voraussetzt, praktisch wertlos. Die Einrichtung einer Parabolantenne, die den Empfang von Rundfunkprogrammen ermöglicht, welche über Satellit ausgestrahlt werden, ist daher ebenfalls von dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG geschützt.* » La CEDH est parvenue à la même conclusion dans ses décisions *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* (n° 10980/84) et *Autronic AG c. Suisse* du 28 mars 1990 et du 22 mai 1990 (n° 12726/87).

[472] BVerfG, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (78) – § 22.

### b). Réciprocité et complément : l'interdiction de la censure

L'article 5 de la Loi fondamentale énonce que :

> « Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources accessibles au public. La liberté de la presse et la liberté d'information par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.
> « Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.
> « L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution. »[473]

Parmi les entraves au flux des informations, la censure est l'entrave la plus évidente tant pour les émetteurs que pour les récepteurs d'une information ; la censure empêche la publication d'un journal et en conséquence en empêche la lecture. Néanmoins, cette interdiction n'est pas absolue : il appartient au législateur de mettre en œuvre les limites énoncées aux alinéas II et III de l'article. Dans cette mesure, la conciliation opérée par la Cour constitutionnelle fédérale entre l'interdiction de la censure d'une part et, d'autre part, la protection de la jeunesse par la classification des œuvres cinématographiques et le respect de l'honneur personnel, est remarquable.

S'il n'appartient pas à la présente étude de s'y appesantir, la jurisprudence en la matière estime que la classification des œuvres et les interdictions de diffusion aux mineurs correspondantes sont compatibles avec l'interdiction de la censure, dès lors que ces écrits sont accessibles aux adultes[474]. Quant à la protection de l'honneur personnel, il est considéré en principe que la liberté d'expression des opinions est protégée jusqu'à la limite de la diffamation ou de la critique dénuée de fondement[475].

---

[473] Traduction du Bundestag.
[474] BVerfG, 23 mars 1971, Ecrits dangereux pour la jeunesse (*Jugendgefährdende Schriften*), n° 30, 336 (347) – § 43.
[475] BVerfG, 26 juin 1990, *Calomnie post-mortem* (*Postmortale Schmähkritik*), n° 82, 272 (281-282) – § 36 ; dans le même sens BVerfG, 9 octobre 1991, Actionnaires de Bayer (*Bayer-Aktionäre*), n° 85, 1 (15-16) – § 48.

S'il est communément admis qu'est pleinement protégé l'accès aux sources d'informations généralement accessibles, le consensus disparaît quant à la détermination de l'accessibilité de ces sources, qui ne saurait être exclusivement technique.

## C. L'accessibilité juridique liée au droit à l'ouverture d'une nouvelle source d'informations

L'article 5 I garantit la légalité de la consultation d'informations matériellement accessibles au public, c'est-à-dire que nul ne saurait être poursuivi pour avoir lu un journal révélant des informations secret-défense ou protégées par le secret des affaires, y compris si ces informations ont été obtenues illégalement. De même, la personne consultant le site internet *Wikileaks* ou les *Panama Papers* sur le site du Consortium international des journalistes d'investigation ne saurait être poursuivie. Cet aspect de l'article 5 de la Loi fondamentale est régulièrement qualifié de « droit de protection »[476]. Ce droit de protection permet notamment de garantir aux locataires le droit d'installer des paraboles à leur balcon pour capter les émissions de télévision de leur choix[477]. Cet aspect de l'article est consensuel et n'intéresse pas directement la présente thèse.

La notion d'accessibilité juridique renvoie à la question de la conformité au droit de la consultation et de la publication d'une information. Cette accessibilité est celle donnant lieu à un débat en matière d'accès aux informations détenues par les agents publics. L'accessibilité matérielle des informations n'existe pas en dehors de l'accessibilité juridique, ne serait-ce que parce que l'accessibilité est saisie par le droit dès lors qu'elle entre dans la Loi fondamentale. La seule accessibilité existant au sein de l'article 5 I est l'accessibilité au sens du texte constitutionnel. Seul varie ensuite l'angle d'étude de cette notion, angle matériel ou juridique. Concrètement, l'accessibilité juridique conditionne l'accessibilité matérielle. Ainsi, pour les sources d'informations allemandes, si la publication d'une information est interdite (secret médical, secret fiscal, secret militaire), des moyens de protection contre la divulgation sont légalement mis en œuvre, de façon à empêcher la consultation de ces informations. Une information secret-défense devra donc être obtenue illégalement par un organe de presse avant d'être

[476] Ainsi Bröhmer et Gröschner, déjà cités, ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale, par exemple avec BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44.

[477] Voir les décisions dites « antennes paraboliques », déjà citées.

publiée légalement, puis consultée légalement par le public[478]. De même, si la Cour constitutionnelle fédérale devait estimer que l'accès aux sources d'informations étrangères n'était pas couvert par la Loi fondamentale allemande, alors l'installation de paraboles ne serait pas protégée. Plus encore, il peut être considéré qu'une source d'information qui n'est pas matériellement accessible au public, ou du moins aisément, le soit juridiquement. Si une source d'information doit être considérée comme accessible au sens de la Loi fondamentale, par exemple les documents administratifs, alors se pose la question de savoir si l'Etat peut être obligé de garantir l'accès à cette source.

La question essentielle est donc celle de savoir qui détermine l'accessibilité des informations détenues par les agents publics. Si la Loi fondamentale le fait, alors le droit de l'article 5 I est opposable au législateur, selon les formes d'un droit garanti par la constitution, tel que défini en introduction. A défaut, s'il revient au législateur de définir cette accessibilité, alors le droit de l'article 5 I ne lui est pas opposable, dès lors qu'il n'existe que dans la mesure où la loi le détermine. L'expression consacrée pour cette dernière hypothèse est celle de « droit activé » par le législateur, et est due à Matthias Rossi[479]. Cette expression renvoie à l'idée de réserve législative expresse de détermination du contenu du droit fondamental étudié. C'est le cas lorsqu'un droit garanti par une constitution l'est « dans les conditions et les limites définies par la loi », comme l'énonce l'article 7 de la Charte de l'environnement française[480].

## §2. L'accessibilité au public des informations déterminée par un organe habilité

La publicité d'une information procède pour la doctrine allemande de la même réflexion que la publication d'une œuvre au gré du droit moral de son auteur. Cette approche se distingue

[478] S'agissant de la légalité de la publication par l'organe de presse, la légalité de la publication dépendra de son caractère nuisible et de l'intérêt à sa soumission au débat public, en vertu de droit de la presse.

[479] ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.*, 384 p. : « la garantie simplement législative d'un droit invocable à l'information active également une protection de droit constitutionnel » (« *die einfach-gesetzliche Gewährleistung eines Informationszugangsanspruch zugleich einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Schutz aktiviert* ») ; p. 208 ; « par l'exercice de son droit de détermination, [le législateur] active le droit fondamentale à la liberté de l'information, sans que le non-usage de ce droit de détermination ne caractérise une atteinte au droit fondamental (« *Mit der Ausübung seines Bestimmungsrechts aktiviert [der Gesetzgeber] das Grundrecht der Informationsfreiheit, ohne dass sich die Nichtausübung als Grundrechtseingriff darstellte* »), p 215.

[480] Charte de l'Environnement de 2004, article 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

de celle de la doctrine britannique, approchant la question tantôt sous un angle patrimonial, tantôt sous l'angle, opposé, du caractère pleinement libre de la circulation des informations[481]. En Allemagne, un rapport produit par un service administratif peut ou non être publié, selon les règles de droit qui lui sont applicables. En France, les rapports et avis du Conseil d'Etat ne sont généralement pas communicables par le Conseil de sa propre initiative et c'est le plus souvent au gouvernement qu'il appartient d'autoriser la publication d'un rapport ou un avis[482]. Au Royaume-Uni, que ce soit par l'approche propriétaire de l'information administrative appuyée sur la *common law*, ou par l'appui sur la prérogative royale, les administrations sont maîtresses des informations qu'elles détiennent, par delà leur soumission au *Freedom of Information Act 2000*. En France, le régime des conclusions des rapporteurs publics au Conseil d'Etat, relevant à ce jour du droit privé commun de la propriété intellectuelle, correspond à ce régime quoique sa constitutionnalité soit discutable[483].

La Cour constitutionnelle fédérale l'affirme assez simplement : « décide de l'accessibilité et de la modalité d'accès [à une information] celui qui dispose d'un droit correspondant de détermination selon l'ordre juridique »[484]. Pour les informations détenues par une personne publique, c'est dans le droit public que ce droit de détermination doit être recherché[485]. La décision de refus de publication prise par la *Bezirksamt Neukölln* est déterminée par une circulaire prise en application d'une loi votée en accord avec la Loi fondamentale. Cette « décision étatique » prend chez Starck essentiellement la forme d'une loi, notamment les §9 I HGB[486], §12 I GBO[487], ou encore l'IFG-Bund 2005[488].

L'habilitation à publier une information n'est pas évidente, notamment lorsqu'elle est mise en rapport avec le droit de la presse. Le texte constitutionnel allemand affirme l'abolition de la censure, tandis qu'il reste évident que toutes les informations ne sont pas publiables. Le domaine d'opposition le plus clair est celui de l'interdiction de publication d'informations

---

[481] Ainsi Coppel, *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], *op. cit.* (aussi bien 3e que 4e éd.)

[482] Article L 311-5 n° 1, en soulignant la pratique développée depuis 2015 de publier certains de ces avis sur le site Legifrance, suite aux Vœux aux corps constitués du Président de la République du 20 janvier 2015.

[483] Articles L 111-1 et L 131-3-1 du code de la propriété intellectuelle.

[484] BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (60-61) – § 60 (extrait) : « *über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung entscheidet, wer nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Bestimmungsrecht verfügt*. »

[485] *Idem* : « *Das Bestimmungsrecht richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, für Privatpersonen insbesondere nach denen des bürgerlichen Rechts, für den Staat vornehmlich nach denen des öffentlichen Rechts*. »

[486] Code du Commerce (*Handelsgesetzbuch*), § 9, portant sur la consultation du registre de commerce et du registre des entreprises ; cette consultation est ouverte à toute personne.

[487] Règlement du cadastre (*Grundbuchordnung*), §12, relatif à la consultation du cadastre, ouverte par l'alinéa 1 à toute personne exprimant un intérêt légitime.

[488] Loi sur la liberté de l'information du 5 septembre 2005, plus haut.

personnelles, ou encore relevant du secret de la défense nationale, alors même que la censure est interdite. Une parade pour aborder cette difficulté réside dans la distinction entre la détermination du champ de la liberté et la censure. Pour Franz Schemmer, il appartient à l'Etat de définir les libertés, activité qui ne relève pas de la règlementation de leur exercice mais qui influence bien leurs conditions d'exercice. Dans ce contexte, « les effets liés à des inconvénients pour les sujets de droit ne seront pas abordés comme des atteintes à ce droit »[489]. S'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle allemande, M. Schemmer affirme que « le domaine protégé par l'interdiction de la censure n'est pas atteint par les règlementations fixant les conditions de publication d'une information »[490]. Ces raisonnements affirment ainsi que ces droits ne caractérisent pas des exceptions à l'interdiction de la censure mais bien des mesures de définition de son champ ; c'est d'ailleurs la position de la Cour constitutionnelle fédérale[491].

Une fois la publicité d'une information – ou plutôt l'éventuelle légalité de l'action, pour une personne, de publier cette information – déterminée par le droit, peut intervenir la question de la protection par le droit de la prise de connaissance de cette information. Une source juridiquement accessible d'information doit être maintenue comme matériellement accessible. Quant à la détermination de cette accessibilité juridique, plusieurs possibilités existent. Soit l'information administrative est considérée comme accessible par nature au sein de l'article 5 I, ou plus largement par la Loi fondamentale allemande, soit il revient au législateur, et derrière lui aux autorités administratives de déterminer cette accessibilité[492].

---

[489] SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], A à J *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 195 : « *die mit Nachteilen für einzelne Grundrechtsträger verbundenen Wirkungen werden grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriffe behandelt* » ; par renvoi à BVerfG, 3 juin 1986, Décision relative aux radios n° 4 (*4. Rundfunkentscheidung*), n° 73, 118 – § 171, décision qui établit effectivement la distinction entre les lois de concrétisation et les lois de limitation du champ du droit fondamental.

[490] *Idem*., p. 208: « *der Schutzbereich des Zensurverbots wird nicht durch Regelungen darüber berührt, unter welchen Voraussetzungen eine Information zugänglich wird* ».

[491] BVerfG, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (61) – § 61 (extrait) : « lorsque le législateur fixe le type d'accessibilité des activités étatiques et du même coup la mesure de l'ouverture de cette source d'information, le domaine protégé de la liberté de l'information est ouvert dans la même mesure » (« *legt der Gesetzgeber die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle fest, so wird in diesem Umfang zugleich der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet* »).

[492] Il est également envisageable que la Loi fondamentale ordonne le secret de principe des informations détenues par les agents publics. Comme en cas d'obligation de publication, le législateur se trouverait soumis au régime constitutionnel.

## §3. L'absence de mention de l'information administrative comme accessible par nature

Le seul appui possible d'un droit d'accès aux documents et autres informations administratives sur un texte affirmant le droit d'accès aux informations « généralement accessibles au public », suppose de considérer que ces documents le sont par nature. Cette publicité « par nature » serait plus proprement exprimée comme « publicité par définition des actes administratifs au sens de la Loi fondamentale ». Cela impliquerait que l'article 5 I de la Loi fondamentale allemande fixe, même implicitement, une obligation de publication. L'étude de cet article ne révèle pas d'obligation en ce sens.

A l'article 5 de la Loi fondamentale, les sources accessibles au public ne sont pas déterminées (A). Cet article n'est, de plus, pas interprétable comme désignant des informations qui seraient accessibles par nature (B). Enfin, l'article n'énonce pas de mécanisme de détermination de l'accessibilité des sources, à l'exemple d'un test de l'intérêt public à l'accessibilité (C).

### A. L'indétermination des sources accessibles au sein de l'article 5 de la Loi fondamentale

L'article 5 I de la Loi fondamentale n'énonce d'obligation que relativement à la protection de l'accès aux sources accessibles, sans définir celles-ci. La seule certitude est que cet article énonce un droit de protection (*Abwehrrecht*) contre des interventions étatiques et particulières. Cette protection n'est certaine qu'une fois acquise la qualité d'information généralement accessible au public, qualité qui est donc contingente à la définition, technique et juridique, de l'accessibilité.

Auteurs et juges s'accordent à estimer que, conformément à la lettre du texte, celui-ci n'ouvre aucun droit à l'accès à telle ou telle nouvelle source particulière d'information[493]. La seule exception reconnue serait le cas où la Constitution, au sein d'une autre disposition que l'article 5 I, prévoirait elle-même un tel accès :

[493] Ainsi BVerfG, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (61) – § 61, reprise par les auteurs de commentaires.

> « S'il suit du droit constitutionnel que l'accès en tant que tel [à une source d'information] aurait dû être ouvert davantage ou même sans limite, alors un droit à cet accès peut être invoqué par le sujet du droit fondamental à la liberté de l'information, en cas d'exclusion d'outils d'enregistrement et de diffusion hertzienne ».[494]

Dans la jurisprudence, les mentions relatives à l'importance de la liberté de l'information en démocratie sont particulièrement fréquentes depuis les premières décisions relatives à la liberté de l'information. De telles affirmations sont bienvenues dans les motivations des décisions de la Cour relativement à la conciliation à réaliser par le législateur entre la liberté de l'information et, par exemple, le droit de propriété du bailleur quant aux modifications à apporter à un balcon pour l'installation d'une parabole. En la matière, la Cour constitutionnelle fédérale évoque l'importance fondamentale de la liberté de l'information pour l'Etat démocratique libéral[495].

La Cour affirme qu'une accessibilité minimale de l'information doit être garantie[496]. Cette affirmation se rapproche de celle de certains auteurs, selon laquelle, en cas de circonstances exceptionnelles, l'Etat pourrait être contraint à intervenir pour garantir une information pluraliste dans les médias (notamment Schulze-Fielitz[497] et Schemmer[498]). Dans les deux cas, ni ces circonstances exceptionnelles ni cette somme minimale d'informations ne sont définies. A ce jour, tout cela relève essentiellement de l'affirmation pieuse selon laquelle la Cour constitutionnelle, en cas de péril pour la démocratie allemande, interviendrait courageusement pour s'assurer que les citoyens soient convenablement informés de l'état du monde. Les sources d'informations accessibles ne sont pas définies par l'article 5 I de la Loi fondamentale, pas plus qu'il

---

[494] BVerfG, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (61) – § 62 (extrait) : « *Folgt aber aus Verfassungsrecht, dass der Zugang als solcher weiter oder gar unbeschränkt hätte eröffnet werden müssen, kann dies vom Träger des Grundrechts der Informationsfreiheit, bei dem Ausschluss rundfunkspezifischer Aufnahme- und Verbreitungstechniken vom Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit, geltend gemacht werden*. »

[495] Implicitement et par le biais de la liberté de l'expression des opinions dans BVerfG, 15 janvier 1958, *Lüth*, n° 7, 198 (208-209) – § 34 : « *grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat* » ; explicitement dans BVerfGE, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (881-2) – § 28.

[496] BVerfGE, 24 janvier 2001, *Enregistrement télévisé en salle d'audience II* (*Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II*), n° 103, 44 (59 et 62) – §§ 57 et 65.

[497] SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *op. cit.*, p. 715 : « il en ressort des exigences constitutionnelles minimales relativement au contenu des programmes des diffuseurs hertziens privés et publics de masse » (« *daraus ergeben sich verfassungsrechtlich gebotene Mindestanforderungen an die Programminhalte der einzelnen (privaten und öffentlich-rechtlichen Massen-)Rundfunkveranstalter* »).

[498] SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 196 : « le législateur doit prendre des mesures qui garantissent l'absence de monopole de l'information, un minimum de pondération des contenus, d'exactitude et de contradiction » (« *der Gesetzgeber hat Regelungen zu schaffen, die Informationsmonopole verhindern, ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten* »).

n'est possible de considérer que ce texte renvoie implicitement à ce que certaines sources seraient accessibles par nature.

## B. L'impossibilité d'interpréter le texte comme désignant des sources accessibles par nature

Il n'est pas de source d'information qui soit par nature accessible au sens du seul article 5 de la Loi fondamentale allemande. Une telle accessibilité immanente de certaines sources est néanmoins imaginable et doit être mentionnée pour la réfuter. Cette accessibilité ne peut être fondée que de deux façons : soit en s'appuyant sur un autre énoncé de la Loi fondamentale allemande – en particulier son article 20 I mais c'est quitter l'interprétation du seul article 5 – soit en considérant une accessibilité par nature, si consensuelle pour les auteurs et les juges allemands qu'elle dispenserait de mise par écrit.

Dans cette seconde hypothèse, celle de l'accessibilité par nature, il s'agirait de considérer que, si un locuteur évoque l'administration ou une personne publique quelconque, alors il fait référence, et ceci de toute évidence pour l'auditeur, à une entité obligée par nature à la transparence quant à son savoir. Cette option sémantique est celle selon laquelle, il est évident et consensuel à la lecture de l'article 5 de la Loi fondamentale, que d'une part l'administration est une source d'information, et que d'autre part cette source est généralement accessible. A cette option sémantique s'oppose un constat simple : à ce jour, ni en Allemagne, ni en France, ni au Royaume-Uni (mais éventuellement en Suède) l'on ne suppose spontanément la transparence lorsque l'on évoque la personne publique. La transparence n'est pas communément admise comme consubstantielle à l'administration. Néanmoins, certains auteurs s'appuient sur une telle accessibilité. Bröhmer, dans son étude relative à *La Transparence comme principe constitutionnel* est ainsi amené à affirmer que la liberté de l'information portée par l'article 5 de la Loi fondamentale implique l'accessibilité des informations détenues par les agents publics[499].

[499] BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [la Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit.,* p. 386-387 : « la liberté de l'information de l'article 5 I LF a une dimension de droit de protection et – au contraire de l'opinion de la Cour constitutionnelle fédérale – une dimension de droit de service. Suit de cette dimension de service que tous les citoyens ont un droit à ce que les supports d'information existant et se trouvant dans la main de l'Etat soient rendus accessibles au public » (« *Die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG hat eine abwehrrechtliche und – entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – eine leistungsrechtliche Seite. [...] Aus der leistungsrechtlichen Seite der Informationsfreiheit folgt, dass alle Bürger einen Anspruch darauf haben, dass in staatlicher Hand befindliche und schon bestehen Informationsbestände allgemeinzugänglich gemacht werden* »).

De fait, pourtant, des lois prévoient aussi bien le secret, comme le secret défense, l'obligation de discrétion ou la protection des données personnelles, que l'ouverture de l'accès aux documents administratifs. Cela indique que ni l'un ni l'autre de ces régimes n'est naturel pour une organisation administrative et ses agents. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale n'a ainsi jamais estimé que les informations détenues par les administrations seraient de droit accessibles au public : selon la Cour, c'est au législateur qu'il revient de fixer l'accessibilité de ces informations[500]. En dehors des obligations ponctuelles prévues par la Loi fondamentale elle-même, c'est lui qui dispose du droit de détermination de l'accessibilité des informations dans son domaine de compétence. La nécessité d'une manifestation explicite de la volonté du législateur souligne que l'existence d'une administration publique ne règle pas le sort des informations qu'elle possède. En France même, la reconnaissance explicite par le Conseil constitutionnel de l'accès aux informations détenues par les agents publics comme droit du rendu de compte n'est pas encore intervenue, malgré l'apparente clarté de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce sens[501]. Au sein de l'article 5 I de la Loi fondamentale allemande, il n'est pas non plus de mécanisme de résolution de la question de l'accessibilité, comme en connaît le *Freedom of Information Act* britannique.

## C. L'absence d'un test de l'intérêt public inhérent à l'article 5 de la Loi fondamentale

L'intérêt à l'information, plus précisément l'intérêt du public à l'accès à une information (en pensant au *public interest test* britannique) serait un troisième mode de détermination de l'accessibilité d'une source d'information, ni technique ni explicitement textuelle. Certaines matières supposeraient l'accessibilité : l'on ne s'intéresserait plus à la nature du détenteur de l'information mais à l'objet de l'information. Dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle s'estimerait compétente pour contrôler elle-même directement la conciliation réalisée par le législateur entre intérêt à la publication et nécessité de protection de divers secrets.

[500] En ce sens : HOFFMANN-RIEM (Wolfgang), Artikel 5 [article 5], *in* BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e. éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, xxix-1920 p., p. 467-468

[501] *A contrario*, c'est désormais le cas pour les archives publiques, depuis la décision Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, n° 2017-655 QPC.

Comme pour l'accès à l'information du fait de la nature de son détenteur, rien ne s'oppose en principe à un tel mécanisme : s'il était évident pour tout Allemand normalement constitué et éventuellement muni d'un dictionnaire que l'expression « procès pénal » implique la publicité des audiences dudit procès, alors il pourrait être affirmé que l'article 5 de la Loi fondamentale allemande défend en principe le huis-clos. Cet article pourrait encore contraindre à des efforts raisonnables pour garantir l'accès aux audiences de toute personne intéressée, par exemple par la diffusion des audiences sur internet – à l'image, dans un tout autre registre, de ce que fait le Conseil constitutionnel français. En ce sens, Franz Schemmer évoque l'intérêt du public à l'information en matière de procès pénal, qu'il considère particulièrement élevé. Il ne va néanmoins pas jusqu'à attribuer des conséquences juridiques à cet intérêt ; la Cour constitutionnelle fédérale ne va d'ailleurs pas plus loin[502]. A défaut d'évidence, cette approche impliquerait un mode de détermination établi par l'article 5 de la Loi fondamentale allemande.

L'article 5 de la Loi fondamentale n'indique néanmoins pas quel processus intellectuel doit permettre d'identifier une source d'information comme étant généralement accessible. En outre, si la Cour constitutionnelle fédérale a parfois évoqué d'imposer que certaines sources d'informations soient accessibles au public, ces mentions n'ont jamais dépassé la déclaration d'intentions au sein des motivations de ses décisions ; la possibilité d'imposer des obligations à la presse pour éviter la création de monopoles de presse ou d'opinion était d'ailleurs seule évoquée[503].

## §4. Un législateur laissé libre par l'article 5 de la Loi fondamentale

L'article 5 de la Loi fondamentale allemande laisse le législateur libre tant d'ouvrir une source d'information en la qualifiant de généralement accessible, que d'en désigner d'autres comme secrètes.

Cette liberté tient essentiellement à ce que l'article 5 de la Loi fondamentale allemande comporte une réserve législative de détermination, à distinguer des réserves législatives de concrétisation (A). En conséquence, il n'existe pas de droit invocable à l'ouverture d'une source d'information sur le fondement de l'article 5 de la Loi fondamentale (B).

[502] SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 194 ; BVerfG, 19 décembre 2007, (*Gerichtsfernsehen*), n° 119, 309.
[503] SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *op. cit.*, p. 712.

## A. La réserve législative de détermination distinguée des réserves législatives de concrétisation

La réserve législative immanente de concrétisation est bien connue : si les lois doivent respecter la constitution pour être valides[504], les contradictions apparentes entre les objectifs légitimement poursuivis par le législateur et les normes constitutionnelles, ou encore entre deux normes constitutionnelles entre-elles, doivent être résolues par le législateur[505]. C'est ainsi que la poursuite des infractions pénales entraîne des atteintes à la liberté individuelle et à la protection de la vie privée, sans pour autant que le Code de Procédure pénale soit inconstitutionnel[506]. La détention provisoire d'une personne présumée innocente est un exemple topique de cette conciliation opérée par le législateur. D'un certain point de vue, la Constitution ne vaut que sous réserve des atteintes que le législateur est contraint de lui porter, tant qu'elles restent proportionnées à l'objectif qu'il poursuit et tant qu'aucune norme constitutionnelle n'est privée d'applicabilité. La « conciliation opérée par le législateur » entre deux objectifs de valeur constitutionnelle, mentionnée par le Conseil constitutionnel, est exemplaire de cette première préoccupation ; la jurisprudence allemande relative à la *Wesensgehaltsgarantie* illustre particulièrement la seconde [507].

La réserve législative explicite de concrétisation se distingue de la réserve législative immanente par la mention du type de norme devant intervenir pour concrétiser tel ou tel énoncé

---

[504] Comme le rappelle le Conseil constitutionnel, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, 23 août 1985, n° 85-197 DC, considérant n° 27 : la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

[505] La formule-type en France étant celle retenue par la décision Conseil constitutionnel, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, considérant n° 6 : « considérant, en particulier, qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

[506] Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 203-467 DC, considérant n° 8 : « Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ».

[507] Article 19 II de la Loi fondamentale allemande : « Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental » (traduction personnelle) ; notamment les décisions : BVerfG, 7 mai 1953, Service des urgences (*Notaufnahme*), n° 2, 266 (272-273, 284-285) – §§ 22, 50-51 ; BVerfG, 18 juillet 1967, Aide à la jeunesse (*Jungendhilfe*), n° 22, 180 (218-220) – §§ 141-142 ; BVerfG, 15 janvier 1970, Actes de divorce (*Ehescheidungsakten*), n° 27, 344 (350-351) – § 17 ; BVerfG, 21 juin 1977, Emprisonnement à perpétuité (*Lebenslange Freiheitsstrafe*), n° 45, 187 (270-271) – §§ 253-254.

constitutionnel. C'est le cas lorsque la Loi fondamentale affirme qu' « une loi organise » ceci ou cela, par exemple l'exemption de conscience en matière de service militaire armé[508]. De cette mention, plusieurs interprétations se font jour : l'obligation d'une loi spécifique à tel ou tel domaine ou encore l'obligation d'une loi de qualité particulière (par exemple une *Bundesgesetz*). Sur le fond du droit en revanche, cette loi se borne à mettre en œuvre ce qui est énoncé par l'article, éventuellement en conciliant cette disposition avec d'autres dispositions constitutionnelles : c'est l'hypothèse de l'effet utile et de l'interprétation systématique.

Une autre catégorie de réserve législative est la réserve législative de détermination, qui laisse au législateur une liberté pleine et entière de fixer la portée normative d'un énoncé constitutionnel. La réserve de l'article 5 I 1 de la Loi fondamentale allemande la prévoit implicitement, tandis que la réserve de l'article 7 de la Charte de l'environnement française est explicite[509]. Il ne s'agit de rien d'autre que d'une habilitation. L'enjeu derrière une telle réserve est l'invocabilité contre la loi d'un droit énoncé par la Constitution. Lorsqu'un droit est énoncé sans limite par le constituant, il est loisible à tout plaideur devant la juridiction constitutionnelle d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi que l'on veut lui opposer. Ce contentieux prend la forme des recours constitutionnels individuels en Allemagne et de la question prioritaire de constitutionnalité en France. Cette opportunité disparaît si le droit, pour mentionné qu'il soit dans le texte constitutionnel, est défini quant à son étendue par le législateur. Il semble impossible de contester les « conditions et les limites » posées par la loi à un droit, fût-il constitutionnellement garanti, comme étant trop restrictives, si ce droit n'est garanti que « dans les conditions et les limites définies par la loi ». Quoique la réserve du texte allemand cité doive être explicitée, elle existe avec le même effet que la réserve française mentionnée.

## B. L'absence de droit invocable à l'ouverture d'une source d'information

Sur le fondement de l'article 5 de la Loi fondamentale, il n'existe pas de droit à l'ouverture d'une source d'information invocable par un particulier. Il existe un quasi-consensus

[508] L'article 4 III de la Loi fondamentale énonce que « *(3) Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz* », soit que « Personne ne peut être forcé contre sa conscience au service militaire armé. Une loi fédérale met en œuvre cette disposition. » Sur ce point, la version française de la Loi fondamentale publiée par le Bundestag allemand précise « au service armé en temps de guerre ».

[509] Charte de l'environnement, article 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

jurisprudentiel et doctrinal pour exclure un tel droit en principe (1). Le travail de publicité des autorités publiques allemandes, toujours bienvenu, dépend donc sauf exception du législateur et des dispositions constitutionnelles extérieures à l'article 5. C'est le cas du régime des publications officielles obligatoires, fondé sur d'autres dispositions constitutionnelles (2).

## 1). Un quasi-consensus jurisprudentiel et doctrinal pour exclure tout droit à l'ouverture d'une source d'information

M. Starck l'énonce simplement : « l'article 5 I phrases 1 et 2 de la Loi fondamentale n'ouvre aucune prétention à des informations opposable à l'Etat »[510]. Pour Starck, divers « devoirs d'information de l'Etat suivent indirectement des dispositions relatives à la publicité des procédures étatiques, et directement du devoir de publier les actes étatiques ou de rapporter des actions en cours »[511] mais ces dispositions sont celles de la loi et du règlement. En conséquence, M. Starck considère donc logique que la Cour constitutionnelle estime conforme à la Loi fondamentale l'interdiction d'enregistrer le son ou l'image des débats juridictionnels par le §169 II CGC. Selon la Cour :

> « Il n'appartient pas plus au domaine de protection [de la liberté des médias hertziens] qu'à celui de la liberté de l'information un droit à l'ouverture d'une source d'information. Dans cette mesure, la liberté des médias hertziens ne s'étend pas davantage que la liberté de l'information de l'article 5 alinéa 1 phrase 1 de la Loi fondamentale, qui comme droit de protection ne garantit que l'accès aux sources d'informations généralement accessibles ». [512]

Plus largement, la Cour constitutionnelle fédérale estime bien que seul le législateur est compétent pour déterminer quelles sources d'informations sont accessibles au public :

---

[510] STARCK (Christian), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 543: « *Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. verleiht keinen Anspruch gegen den Staat auf Informationen* ».

[511] *Idem*, p. 543-544 : « *Informationspflichten des Staates folgen mittelbar aus den Vorschriften über die Öffentlichkeit staatlicher Verfahren, unmittelbar aus der Pflicht, staatliche Akte zu veröffentlichen oder über Vorgänge Auskunft zu erteilen* », par référence à la publication obligatoire des lois et des débats parlementaires.

[512] BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (59-60) – § 58 (extrait) : « *Zu deren Schutzbereich gehört aber ebenso wenig wie zu dem der Informationsfreiheit ein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle. Insoweit reicht die Rundfunkfreiheit nicht weiter als die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, die als Abwehrrecht nur den Zugang zu allgemein zugänglichen Informationsquellen gegen staatliche Beschränkungen sichert.* »

« Ni le droit fondamental de l'expression des opinions ni la liberté de la presse ne protègent l'obtention illégale d'informations. Le droit fondamental à la liberté de l'information (article 5 alinéa 1 phrase 1, bras 2 de la Loi fondamentale) ne protège pas davantage une telle obtention : il ne protège que le droit de s'informer sans entrave aux sources généralement accessibles. » [513]

« Décide relativement à l'accessibilité et à son mode celui qui dispose d'un droit de détermination correspondant selon l'ordre juridique. L'exercice de ce droit n'est pas, pour les tiers, une limitation au sens de l'article 5 alinéa 2 de la Loi fondamentale. Le droit de détermination s'oriente selon les règles communes, pour les personnes privées spécialement celles du droit civil, et pour l'Etat avant tout celles du droit public. » [514]

« Il n'appartient pas plus au domaine protégé de la liberté des médias hertziens qu'à celui de la liberté de l'information un droit à l'ouverture d'une source d'information. Un droit d'accès dirigé contre l'Etat existe néanmoins dans les cas dans lesquels une source d'information appartenant au domaine de responsabilité de l'Etat est vouée à l'accessibilité au public selon les règles de droit, mais dans lesquels l'Etat n'ouvre cet accès que de façon insuffisante (selon BVerfGE 103, 44 [59 s.]). » [515]

Cette absence de droit invocable, droit subjectif au sens de la doctrine allemande, est admise par l'essentiel des commentateurs de la Loi fondamentale. Christoph Gröpl s'appuie

---

[513] BVerfGE, 25 janvier 1984, *Springer/Wallraff*, n° 66, 116 (137) – § 54 (extrait) : « *Weder das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung noch die Pressefreiheit schützen die rechtswidrige Beschaffung von Informationen. [...] Ebensowenig schützt das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz GG) eine solche Beschaffung: Dieses gewährleistet nur das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.* »

[514] BVerfG, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (60) – § 60 (extrait) : « *Über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung entscheidet, wer nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Bestimmungsrecht verfügt. Die Ausübung dieses Rechts ist für Dritte keine Beschränkung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. Das Bestimmungsrecht richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, für Privatpersonen insbesondere nach denen des bürgerlichen Rechts, für den Staat vornehmlich nach denen des öffentlichen Rechts.* »

[515] BVerfG, 19 décembre 2007, (*Gerichtsfernsehen*), n° 119, 309 (319) – §§ 28 (extrait) : « *Zum Schutzbereich der Rundfunkfreiheit gehört ein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle allerdings ebenso wenig wie zu dem der Informationsfreiheit. Ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf Zugang besteht aber in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle aufgrund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, der Staat den Zugang aber in nicht hinreichender Weise eröffnet (vgl. BVerfGE 103, 44 [59 f.]).* »

tout autant que Starck sur l'exemple des débats judiciaires pour affirmer la liberté du législateur quant à l'ouverture ou la fermeture de sources d'informations[516] ; Franz Schemmer s'inscrit dans le même courant[517]. Il en va de même pour Schulze-Fielitz dans le *Dreier Kommentar*[518]. La doctrine majoritaire interprète bien l'article 5 I de la Loi fondamentale comme limité, relativement à la liberté de l'information, à un droit subjectif de protection, avec l'appui encore de Kempen[519].

Matthias Rossi et Jürgen Bröhmer, s'intéressent spécifiquement aux fondements constitutionnels de la liberté de l'information, mais en tirent des conclusions opposées l'une à l'autre. M. Rossi s'appuie sur la formule de « droit fondamental activé par le législateur »[520] et développe longuement cette notion pour écarter l'existence d'un droit fondé sur l'article 5 de la Loi fondamentale. Au contraire, M. Bröhmer, qui concentre son propos sur d'autres articles de la Loi fondamentale, s'oppose à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Contrairement à la doctrine majoritaire, il estime que l'article 5 I énonce un droit à composante de protection mais également un « droit de service », opposable au législateur afin d'obtenir l'accès à une source d'information[521]. Il prend néanmoins acte de la décision *Enregistrement en salle d'audience II* de la Cour constitutionnelle fédérale[522] s'agissant de l'article 5 seul[523].

Le régime selon lequel celui qui dispose du droit de détermination correspondant décide de l'accessibilité au public d'une information subsiste donc. De la sorte, rappelle M. Gröpl, « une prétention à l'accès aux informations (par exemple un droit de consultation ou d'obtention de documents) ne peut être invoquée par un citoyen sur le fondement de l'article 5 I 1 cas 2 LF, mais seulement sur le fondement du droit législatif »[524]. Dès lors, les affirmations que

---

[516] GRÖPL (Christoph), « Artikel 5 » [Article 5], *in* GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], 2013, C.H. Beck, Munich, XXV-802 p., p 111-137, p. 116.

[517] SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 184.

[518] SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *op. cit.*, p. 654-655.

[519] KEMPEN (Bernhard), « Artikel 5 » [Article 5], K à M, *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 220-239 et p. 235.

[520] ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit.*, p. 83, 208 et 227.

[521] BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [la Transparence comme principe constitutionnel], *op. cit.*p. 386-387 : « *Die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG hat eine abwehrrechtliche und – entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – eine leistungsrechtliche Seite. [...] Aus der leistungsrechtlichen Seite der Informationsfreiheit folgt, dass alle Bürger einen Anspruch darauf haben, dass in staatlicher Hand befindliche und schon bestehen Informationsbestände allgemeinzugänglich gemacht werden* ».

[522] BVerfG, 24 janvier 2001, *Enregistrement télévisé en salle d'audience II* (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44.

[523] BRÖHMER (Jürgen), *op. cit.*, p. 224-225.

[524] GRÖPL (Christoph), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 116 : « *einen Anspruch auf Zugang zu Informationen (z.B. Akteneinsicht-, Auskunftsrechte) kann der Bürger hingegen nicht auf Art. 5 I 1 Fall 2 stützen, sondern nur auf einfaches Recht* », à l'exemple des articles 1 IFG, 4 UIG et 29 VwVfG.

l'Etat devrait assurer la circulation de l'information ne seraient « qu'une suite de la dimension de droit objectif de la liberté de l'information, de telle sorte que le particulier n'en tire aucune prétention invocable »[525]. Cette dimension de droit objectif, mentionnée parfois mais non développée ni appuyée sur une jurisprudence quelconque ne retient pas la présente étude : elle sort de son cadre dès lors qu'invocable seulement par des plaideurs privilégiés.

Ces développements n'excluent pas, bien sûr, que d'autres dispositions puissent faire naître des droits invocables à l'accès à certains types d'information. M. Schemmer insiste sur ce point, évoquant les articles 12 I (liberté de profession) et 19 IV LF (droit au recours juridictionnel) mais également le droit à l'autodétermination informationnelle[526], c'est-à-dire le droit pour un individu de choisir lui-même la façon dont il se présente au reste de l'univers. A ce droit constitutionnellement garanti en Allemagne est rattachée l'intégralité des droits qualifiés en France de propres à l'informatique et aux libertés. Les droits d'accès et de rectification des documents relatifs aux individus sont ainsi inclus. Au delà de ces cas spécifiques, un régime constitutionnel des publications officielles obligatoires existe, mais lui aussi fondé sur d'autres dispositions que l'article 5 I.

### 2). Un régime des publications officielles obligatoires fondé sur d'autres dispositions constitutionnelles

Dans de très rares cas, il est possible de parler de sources d'informations accessibles par nature, ou « de droit », au sens de la Loi fondamentale allemande. Il s'agit des informations concernées par des dispositions très concrètes de la Loi fondamentale, relatives aux publications obligatoires par certains organes constitués. Ces publications sont dans cette architecture juridique des sources d'informations accessibles : l'obligation de publication implique l'accessibilité juridique et la mise en œuvre de moyens d'accessibilité matérielle. Il en va ainsi des publications relatives à la santé, aux rapports annuels d'institutions ou encore aux journaux officiels. Le *Verfassungsschutzbericht*, fait partie de ces publications[527] ; des publications ponctuelles

[525] *Idem*, p. 116 : « *nur eine Folge der Objektiv-rechtlichen Dimension der Informationsfreiheit dar, so dass dem Einzelnen darauf kein Anspruch erwächst* ».

[526] SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p 184-185.

[527] Prévu, pour le Bund, par l'article 16 (Protection de la Constitution par l'information du public [*Verfassungsschutz durch Aufklärung der Öffentlichkeit*]) de la Loi sur la coopération du Bund et des Länder dans des affaires de la protection de la Constitution et sur l'administration fédérale pour la Protection de la Constitution (*Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz* – Loi sur la Protection de la Constitution

sont également possibles[528]. La formule consacrée à ces publications en Allemagne est celle d' « *Öffentlichkeitsarbeit* » (littéralement « travail de publicité ») des autorités publiques allemandes.

Ce travail de publicité est pour partie laissé à la discrétion des organes constitués et pour partie rendu obligatoire par la Loi fondamentale. Explicitement, l'article 109a de la Loi fondamentale, qui organise un Conseil de stabilité chargé de prévenir les crises budgétaires, prévoit que « les décisions du Conseil de stabilité et les expertises qui sont à leur base doivent être publiées »[529]. Il en va de même pour la déclaration de l'état de défense (article 115a III LF), les décisions relatives au maintien des habilitations à prendre des prescriptions administratives (article 129 I LF), ou même à la publication de la Loi fondamentale au Journal officiel fédéral (article 145 III LF). Plus largement, l'obligation de publication des lois et règlements fédéraux au Journal officiel fédéral est prévue à l'article 82 de la Loi fondamentale. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, ce travail de publicité est généralement obligatoire, ainsi que l'information relative à ce travail[530] :

> « Le travail de publicité du Gouvernement et des corps légiférants n'est, dans certaines limites, pas seulement permis par le droit constitutionnel, mais également obligatoire. La démocratie de la Loi fondamentale suppose – sans préjudice des distinctions factuelles des cas particuliers – une grande acceptation par les citoyens de l'ordre étatique créé par la Loi fondamentale. Ce consensus fondamental est porté par la connaissance des citoyens de ce que l'Etat créé par la Loi fondamentale, au contraire des Etats construits de façon totalitaire, maintient et protège pour chacun un large domaine de liberté pour s'épanouir dans les domaines privé et public. La mission du travail de publicité d'Etat est de maintenir en vie ce consensus fondamental. » [531]

---

[*Bundesverfassungsschutzgesetz] – BVerfSchG*) du 20 décembre 1990, BGBl. I, p 2954. En cause dans BVerfG, 24 mai 2005, *Jeune Liberté* (*Junge Freiheit*), n° 113, 63..

[528] Ainsi des bulletins d'information relatifs à des produits dangereux, en cause dans l'affaire BVerfG, 26 juin 2002, *Glycol* (*Glykol*), n° 105, 252 (270-272) – §§ 54-56 ; ou encore relativement à des groupements dangereux, en cause dans l'affaire BVerfG, 26 juin 2002, *Osho*, n° 105, 279 (293-295) – §§ 52-54.

[529] Traduction du Bundestag.

[530] Cette information relative au travail de publicité prend la forme de rapports réguliers. Le dernier, relatif à la période du 1er juillet au 31 décembre 2017 (*Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung – In der Zeit vom 1. Juli 2017 bis 31. Dezember 2017*), indique par exemple, en catégorie « évènements » (*Veranstaltungen*) que, à l'occasion des 500 ans de la Réforme protestante, ont été organisés un *Reformationstour*, un stand d'information et une fête Renaissance à Wittenberg ; en matière de protection des consommateurs, un livret relatif à la protection contre les appels téléphoniques publicitaires a été actualisé et imprimé.

[531] BVerfG, 2 mars 1977, Travail de publicité (*Öffentlichkeitsarbeit*), n° 44, 125 (147) – § 63 : « *Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften ist in Grenzen nicht nur verfassungsrechtlich*

Ces différents droits constitutionnels à une publication ne font néanmoins partie ni des droits fondamentaux énoncés aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale, ni des droits équivalents invocables devant la Cour constitutionnelle fédérale au titre du recours constitutionnel individuel (article 93 I Nr. 4a LF). Ceux-ci sont limités aux articles 20 IV, 33, 38, 101, 103 et 104 de la Loi fondamentale.

## Conclusion de la section

La portée de l'article 5 I de la Loi fondamentale est déterminée par le législateur. Au gré de l'article 5 I de la Loi fondamentale, une intervention pour déterminer quelles sont les informations accessibles au public en Allemagne pourrait en principe être réclamée du législateur, lors d'un recours constitutionnel individuel. Néanmoins, sur ce seul fondement, il apparaît impossible pour un plaideur d'obtenir, par exemple, une extension du champ de la loi sur la liberté de l'information fédérale allemande. La jurisprudence constitutionnelle s'y oppose, considérant que l'article 5 I ne contraint pas le législateur en ce sens, sauf dans des circonstances purement hypothétiques. L'environnement constitutionnel est d'autant plus hostile à l'accès aux informations détenues par les agents publics que, si le législateur n'est pas contraint par l'article 5 I de la Loi fondamentale à ouvrir l'accès à certaines sources d'informations, la Loi fondamentale lui interdit d'en rendre certaines accessibles. Le législateur se trouve soumis aux limites constitutionnelles immanentes à l'accès aux informations détenues par les agents publics.

---

*zulässig, sondern auch notwendig. Die Demokratie des Grundgesetzes bedarf - unbeschadet sachlicher Differenzen in Einzelfragen - eines weitgehenden Einverständnisses der Bürger mit der vom Grundgesetz geschaffenen Staatsordnung. Dieser Grundkonsens wird von dem Bewußtsein der Bürger getragen, daß der vom Grundgesetz verfaßte Staat dem einzelnen im Gegensatz zu totalitär verfaßten Staaten einen weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich offenhält und gewährleistet. Diesen Grundkonsens lebendig zu erhalten, ist Aufgabe staatlicher Öffentlichkeitsarbeit.* »

## SECTION II. LE LEGISLATEUR DE L'ACCES A L'INFORMATION SOUMIS AUX LIMITES IMMANENTES A LA CONSTITUTION

L'article 5 I de la Loi fondamentale n'est pas susceptible de faire naître des droits utilement opposables au législateur ; ce dernier ne peut donc être influencé sur ce fondement dans le sens d'une plus grande transparence de l'action publique. Néanmoins, le législateur qui se proposerait de mettre en œuvre cet article avec la volonté la plus libérale quant à la détermination des sources accessibles au public, resterait soumis à des limitations. Lorsque le législateur allemand se penche sur un sujet, même spécifiquement la mise en œuvre de l'article 5 de Loi fondamentale, il lui revient de concilier la volonté de l'auteur de la proposition de loi (au sens large) et les dispositions du texte constitutionnel, tantôt favorables à la proposition de loi, tantôt opposées. S'agissant de l'accès aux documents administratifs, si l'article 5 I LF est dépourvu d'influence sur le législateur, ce n'est pas le cas des autres articles de la Loi fondamentale qui imposent des limites à son action, limites qui sont dites « immanentes à la Constitution » (*verfassungsimmanente Schranke*).

Les secrets publics et privés garantis par la Loi fondamentale allemande sont les limites immanentes à la Constitution en matière d'accès aux documents administratifs : parmi les principaux sont le secret de la vie privée, le secret industriel et commercial, le secret défense, le secret des délibérations du gouvernement. Ces secrets, déjà évoqués pour le Royaume-Uni car traités par la législation locale, donnent en Allemagne un paysage constitutionnel proche de celui qui existerait en France si l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'avait été finalement reconnu et admis comme créateur de droit.

Divers secrets sont ainsi explicitement protégés par le constituant (§1), et spécialement la sphère de responsabilité propre du pouvoir exécutif (§2).

### §1. La protection explicite par le constituant de secrets divers

La loi fédérale allemande sur la liberté de l'information concrétise les limites constitutionnelles s'imposant au législateur au moment d'étendre l'accès du public aux documents administratifs. Les articles 3 à 6 de la loi protègent ainsi respectivement des intérêts publics comme ceux de la défense nationale et du contrôle financier effectif des administrations, le processus de prise de décision administrative, les données personnelles, enfin la propriété

intellectuelle et le secret industriel et des affaires. La prise en compte de ces intérêts est, pour la plupart d'entre eux, dictée par la Loi fondamentale. Pour son étude, M. Rossi identifie quant à lui au sein du texte constitutionnel à la protection des données personnelles, le secret professionnel et industriel, la propriété intellectuelle, le secret des correspondances, la protection du domicile, ainsi que le droit au libre épanouissement personnel[532].

La protection de la vie privée peut être rattachée à plusieurs droits fondamentaux : l'article 2 I de la Loi fondamentale énonce ainsi le droit de chacun « au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale »[533]. Cet énoncé d'une liberté générale des personnes implique la liberté d'échapper en principe aux interventions extérieures injustifiées dans son existence. Les libertés de conscience (article 4 LF) et d'opinion (article 5 LF) permettent également une protection par morceaux de la vie privée. Plus spécifiquement, l'article 6 de la Loi fondamentale, qui prévoit la protection du mariage et de la famille par l'Etat, ainsi que de la liberté de l'éducation offre la protection la plus évidente de la vie privée des personnes. Les articles 10 (secret des correspondances) et 13 (inviolabilité du domicile) du texte complètent cette protection. La jurisprudence en la matière protège spécialement la sphère privée, au sein de laquelle la sphère intime doit en principe rester libre de toute intervention étatique :

> « La Cour constitutionnelle fédérale a reconnu par une jurisprudence constante que la Loi fondamentale assure au citoyen individuel un domaine d'existence intouchable, exempt des interventions de la puissance publique (BVerfGE 6, 32 [41] ; 27, 1 [6]). L'obligation de force constitutionnelle de soin de la sphère intime de l'individu a son fondement dans le droit au libre épanouissement de la personnalité protégé par l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale. Pour la détermination du contenu et du champ de ce droit fondamental, il faut prendre en compte que, selon la norme fondamentale de l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale, la vie des hommes est intouchable et doit être reconnue et protégée par toute puissance publique. De plus, selon l'article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale, le droit fondamental de l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale ne doit pas être atteint dans sa substance. »[534]

[532] ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], *op. cit*.

[533] Traduction du Bundestag.

[534] BVerfG, 15 janvier 1970, Actes de divorce (*Ehescheidungsakten*), n° 27, 344 (350-351) – § 17 : « D*as Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger*

Les droits relatifs à la protection de la propriété intellectuelle et du secret industriel et des affaires relèvent essentiellement de l'article 14 de la Loi fondamentale, qui garantit la propriété et le droit de succession. Deux limites sont pourtant apportées à ces droits : d'une part le fait que « leur contenu et leurs limites sont fixées par les lois » (alinéa I), d'autre part ce que la « propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité » (alinéa 2). A titre particulier, les articles 11 et 12 de la Loi fondamentale, qui protègent la liberté de circulation et d'établissement pour l'un, la liberté professionnelle pour l'autre, peuvent intervenir en la matière.

S'agissant des articles 3 et 4 de la loi fédérale sur la liberté de l'information de 2005, qui protègent divers secrets publics, seuls certains des secrets protégés ont une source constitutionnelle explicite. La protection du rendu de la justice (§3 I g IFG-B) est en cela une prise en compte de l'article 97 de la Loi fondamentale, dont l'alinéa 1er énonce que « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ». Au contraire, la protection des sécurités intérieure et extérieure, des relations internationales ou encore du bon fonctionnement des autorités de contrôle et de surveillance en matière financière de concurrence et de régulation ne s'appuient pas sur des sources constitutionnelles claires. Il en va de même pour la protection spécifique des processus de décision administrative, mentionnée à l'article 4 de la loi de 2005, sur laquelle la jurisprudence constitutionnelle fonde une obligation du législateur.

## §2. La protection de la sphère de responsabilité propre de l'exécutif, limite constitutionnelle implicite

La garantie de la sphère de responsabilité propre de l'exécutif est une protection constitutionnelle accordée au Gouvernement sur le fondement de la séparation des pouvoirs. Il est considéré que le pouvoir exécutif devrait être libre de la façon dont il exerce les missions qui

*einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). Das verfassungskräftige Gebot der Achtung der Intimsphäre des Einzelnen hat seine Grundlage in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite dieses Grundrechts ist zu beachten, daß nach der Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG die Würde des Menschen unantastbar ist und von aller staatlichen Gewalt geachtet und geschützt werden muß. Überdies darf nach Art. 19 Abs. 2 GG auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.* » Pour une confirmation du principe et la détermination pratique de ses limites : BVerfG, 14 septembre 1989, *Journal intime* (*Tagebuch*), n° 80, 367 (373-374) – §§ 24-25.

lui sont confiées par la Constitution et par la loi. En matière d'accès aux documents administratifs, cette protection garantit le secret quant aux décisions en cours de préparation afin tantôt d'empêcher les influences extérieures, tantôt d'assurer que la réflexion et les délibérations gouvernementales ne soient pas inhibées par la perspective de leur publicité prochaine. Pour M. Masing, il s'agit là d'une distinction traditionnelle entre les rôles du Parlement et du Gouvernement :

> « Si le mode de décision du Parlement est la libre délibération des lois générales devant le forum de la nation, celui de l'exécutif est l'action dissimulée sous la protection du Cabinet – mode de décision fondé démocratiquement sur la loi et contrôlé par le Parlement et les juridictions. La non-publicité des actes vis-à-vis du public peut aussi être comprise démocratiquement comme une garantie pour l'indépendance, pour une distance dépolitisante ou encore pour l'efficience de l'action gouvernementale, et notablement en général pour la protection de la péréquation sociale. »[535]

En pratique, cette protection de l'activité gouvernementale permet l'exclusion de tout contrôle extérieur. Cela inclut aussi bien le contrôle juridictionnel[536] que le contrôle parlementaire et plus largement public sur certaines décisions. Ce cœur du domaine de responsabilité propre de l'exécutif a été défini par la Cour constitutionnelle fédérale de la façon suivante – non dénuée de lien avec la notion de sphère d'intimité des personnes :

> « La responsabilité du Gouvernement vis-à-vis du Parlement et du peuple (selon BVerfGE 9, 268 [281]) implique nécessairement un "noyau de responsabilité propre de l'Exécutif" (Scholz, Commission d'enquête parlementaire et secret fiscal, AöR 105 [1980], p. 598), qui comporte un domaine d'initiative, de conseil et d'action fondamentalement exclusif de l'activité des commissions d'enquête parlementaires elles-mêmes.

[535] MASING (Johannes), « Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information], *op. cit.*, p. 384-385 : « [...] *war der Entscheidungsmodus des Parlaments die freie Deliberation des allgemeinen Gesetzes vor dem Forum der Nation, so ist der der Exekutive die entschlossene Tat unter dem Schutz des Kabinetts – demokratisch gesteuert durch Gesetz und kontrolliert durch Parlament und Gerichte. Die Nichtöffentlichkeit der Akten gegenüber der Allgemeinheit kann so auch demokratisch als Sicherung von Unparteilichkeit, entpolitisierender Distanz und Effizienz verstanden werden, nicht zuletzt im Übrigen auch zu Abschirmung sozialen Ausgleichs.* »

[536] Sur ce point précisément, un rapprochement n'est pas inenvisageable avec la notion française d'acte de gouvernement.

> Le processus de prise de décision du Gouvernement lui-même appartient à ce noyau. Ce processus comporte aussi bien les débats du Cabinet que la préparation des décisions du Cabinet et des ministères ; il se réalise avant tout par des procédures de décisions internes aux ministères et interministérielles. » [537]

Récemment, la jurisprudence relative à la sphère de responsabilité propre du pouvoir exécutif en Allemagne a concerné le contrôle parlementaire relatif aux exportations d'armes[538] et au contrôle des services de renseignement[539]. En la matière, l'habilitation des parlementaires concernés à la consultation de documents secret-défense n'est pas en cause : c'est bien la protection de la capacité de décision du gouvernement qui retient l'attention.

L'accès aux documents administratifs au sein de cette sphère est exclu pour le public sur le fondement de la protection contre les influences extérieures. La place du public dans la relation entre les pouvoirs constitués n'est sur ce point pas plus claire en Allemagne qu'en France : le peuple, spécialement lorsqu'il est considéré comme le pouvoir constituant originaire, ne saurait être rattaché à l'un ou l'autre des trois pouvoirs.

## Conclusion de la section

Le législateur de l'accès à l'information est soumis aux limites immanentes à la Constitution propres à cette matière. Ainsi, tandis que l'article 5 I de la Loi fondamentale n'oblige pas le législateur à prévoir un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, d'autres articles de ce texte l'obligent à protéger un certain nombre de secrets d'intérêt public et privé. Parmi les intérêts publics protégés, la bonne marche du gouvernement et

---

[537] BVerfG, 17 juillet 1984, Commission d'enquête sur l'affaire Flick (*Flick-Untersuchungsausschuß*), n° 67, 100 (139) – § 173 (extrait) : « *Die Verantwortung der Regierung gegenüber Parlament und Volk (vgl. BVerfGE 9, 268 [281]) setzt notwendigerweise einen "Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung" voraus (Scholz, Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, AöR 105 [1980], S. 598), der einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt. Dazu gehört z.B. die Willensbildung der Regierung selbst, sowohl hinsichtlich der Erörterungen im Kabinett als auch bei der Vorbereitung von Kabinetts- und Ressortentscheidungen, die sich vornehmlich in ressortübergreifenden und -internen Abstimmungsprozessen vollzieht.* » Pour des compléments : BVerfG, 19 juin 2012, *Obligation d'information* (*Unterrichtungspflicht*), n° 131, 152 (206) – § 115.

[538] Ainsi BVerfG, 21 octobre 2014, *Export d'armes* (*Rüstungsexport*), n° 137, 185 (230-235) – §§ 130-138. Commentaire STEMMLER (Maria), « Rüstungsexportkontrolle light – Das Bundesverfassungsgericht zieht dem parlamentarischen Fragerecht (zu) enge Grenzen » [Contrôle *light* des exportations d'armes – la Cour constitutionnelle fixe des limites (trop) strictes au droit de question du Parlement], *op. cit*.

[539] Par exemple BVerfGE, 14 janvier 1986, *Contrôle financier des services de renseignement* (*Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*), n° 70, 324.

l'indépendance des magistrats ont une place essentielle, de même que le secret de la défense nationale. La Loi fondamentale protège encore les intérêts privés que sont la protection de la vie privée et la propriété intellectuelle, ainsi que le secret industriel et des affaires.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Un droit d'accès à l'information explicitement soumis à la détermination législative a nécessairement une portée minimale. L'article 5 de la Loi fondamentale allemande n'énonce pas un droit fondamental à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Cette faiblesse tient avant tout à ce qu'il énonce un droit fondamental activé par le législateur, selon la formule de Matthias Rossi. De ce fait, il est insusceptible de fonder une obligation à l'action des pouvoirs publics allemands, et ne protège l'accès des personnes qu'aux sources d'informations qualifiées de généralement accessibles par le droit constitutionnel ou par la loi. Ainsi, l'article 5 I de la Loi fondamentale ne peut pas même servir de contrepoids aux limites constitutionnelles immanentes au droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics.

## CONCLUSION DU TITRE

L'existence d'une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics n'est pas identifiable au sein de chaque ordre juridique du champ de comparaison. Trois énoncés individuels et un ensemble d'énoncés forment donc les supports pertinents pour l'étude d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics au sein du champ de comparaison. Seuls trois de ces sources sont normatives : le *Freedom of Information Act 2000*, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et enfin l'article 5 de la Loi fondamentale allemande. L'article 20 I de la Loi fondamentale allemande ne remplit pas le critère de la normativité. Néanmoins, l'article 5 I de la Loi fondamentale semble pour sa part insusceptible d'énoncer une obligation opposable au législateur : la portée de l'obligation énoncée est trop faible, dès lors qu'il revient au législateur de déterminer lui-même en principe l'accessibilité des sources d'informations auxquelles l'article se réfère. Seule serait envisageable une censure de la loi pour incompétence négative, sans pour autant que cette possibilité soit spécifiquement explorée par la doctrine locale[540].

[540] Cette possibilité, largement théorique, n'est pas évoquée par les auteurs cités par la présente étude.

# CONCLUSION DE LA PARTIE

L'existence d'une obligation constitutionnelle de communication des informations détenues par les agents publics est établie en France et au Royaume-Uni. Les normes de droit constitutionnel applicables à la matière sont identifiables au sein de chaque ordre étudié : *Freedom of Information Act 2000* au Royaume-Uni, article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France, articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale en Allemagne. Pourtant, parmi ces textes, seuls les deux premiers énoncent réellement une obligation pour l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés, au premier rang desquels le législateur, de permettre l'accès par toute personne aux informations détenues par les agents publics. Ceci étant établi, la seconde partie de la présente thèse doit encore établir précisément la portée des droits accordés.

# PARTIE II. UN DROIT D'ACCES DE PORTEE VARIABLE EN FRANCE, EN ALLEMAGNE ET AU ROYAUME-UNI

L'interprétation de l'énoncé d'une norme juridique permet de déterminer précisément sa portée. Cet exercice conditionne la possibilité de voir ce droit sanctionné devant une juridiction. Dans l'hypothèse d'un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics, plusieurs éléments doivent être étudiés : l'identité des bénéficiaires du droit (toute personne), l'identité des titulaires de ce droit (toute personne), mais encore l'identité des débiteurs de l'obligation correspondante (les agents publics), ainsi que les comportements propres à la mise en œuvre de ce droit (la communication d'informations). Selon l'interprétation donnée à chacun de ces éléments, il peut être ou non retenu que le droit accordé soit général.

Deux remarques méthodologiques s'imposent. Premièrement, le droit allemand ne saurait être exclu de cette partie de l'étude pour la seule raison qu'il n'énonce pas d'obligation. D'une part, il est toujours possible qu'une jurisprudence « créative », pour reprendre les termes de M. Gröschner, vienne contredire la position défendue au sein de la présente thèse. La prudence implique alors de déterminer quelle serait la portée du droit éventuellement reconnu. D'autre part, même en l'absence de mode normatif, les énoncés allemands renseignent quant à l'identification des titulaires et bénéficiaires éventuels d'un droit d'accès. Si ce droit est hypothétique, son apport à la comparaison avec les ordres juridiques britannique et français ne l'est donc pas. L'étude des articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale sera donc poursuivie quant à la portée qui pourrait leur être donnée ainsi que sur leur invocabilité. Deuxièmement, la progression dans l'étude suppose désormais, pour déterminer quel est le sens à donner aux énoncés de référence, de s'intéresser à l'ensemble des énoncés de droit constitutionnel formel. Cela permettra d'identifier les notions en cause au sens du droit constitutionnel formel pris dans son entier, par exemple la notion d'agent public, et en conséquence de déterminer la portée réelle des droits conférés, dès lors que les juridictions constitutionnelles tranchent les litiges en s'appuyant sur l'ensemble du droit applicable à la matière présentée devant eux, et non seulement sur tel ou tel énoncé.

En l'espèce, la portée du droit d'accès est déterminable au sein des trois ordres juridiques étudiés (titre I), et son opposabilité est garantie par le biais du recours constitutionnel individuel, mode spécifique de sanction du droit d'accès en France et en Allemagne (titre II).

# TITRE I. UNE PORTEE DU DROIT D'ACCES DETERMINABLE AU SEIN DES TROIS ORDRES JURIDIQUES ETUDIES

La portée du droit d'accès aux informations détenues par les agents publics est déterminable au sein des trois ordres juridiques étudiés par le biais de l'interprétation. Cela correspond au fait d'établir quelles en sont les concrétisations possibles. A cette fin, il est nécessaire de s'intéresser aux organes de la relation de droit et aux actions qui leur sont imposées.

Dans le cas présent, l'organe intéressant principalement l'étude est l'organe concerné par une éventuelle obligation de publication : l'agent public. La figure de l'agent public est bien connue en France et en Allemagne. Quoique sa définition puisse varier et malgré la complexité de la structure administrative allemande, la notion est largement transparente. L'article 33 de la Loi fondamentale allemande énonce ainsi que :

> « Article 33 [Égalité civique des Allemands, fonctionnaires de carrière]
> « (1) Tous les Allemands ont dans chaque Land les mêmes droits et obligations civiques.
> « (2) Tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leurs capacités professionnelles.
> « (3) La jouissance des droits civils et civiques, l'admission aux fonctions publiques ainsi que les droits acquis dans la fonction publique sont indépendants de la croyance religieuse. Personne ne doit subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une croyance religieuse et philosophique.
> « (4) En règle générale, l'exercice de pouvoirs de puissance publique doit être confié à titre permanent à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public.
> « (5) Le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat. »[541]

[541] Traduction du Bundestag.

Dès l'alinéa 2 de l'article, la formule relative aux aptitudes, qualifications et capacités des Allemands – de fait, dans une certaine mesure, des citoyens de l'Union européenne – rappelle celle de l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon laquelle « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »[542]. Quant à la garantie constitutionnelle d'exercice des pouvoirs de puissance publique par un corps de fonctionnaires régis par le droit public, elle réjouirait bien des administrativistes français. Il en va de même pour la protection des « principes traditionnels du fonctionnariat » à l'alinéa 5. Au delà de ces principes communs, l'appui sur la définition opérationnelle de l'agent public donnée en introduction est crucial pour aborder le droit du Royaume-Uni. Le droit des agents publics britanniques, *a contrario* des droits français et allemand, n'est plus tout à fait un droit du *civil service*. Depuis la mise en œuvre des réformes de la « nouvelle gestion publique », l'administration britannique a été caractérisée par l'éclatement des ministères en agences exécutives, l'externalisation et la limitation drastique du nombre d'agents statutaires.

Etudier l'action de mettre à disposition les informations détenues est plus aisée. Les différences matérielles existant entre le *Freedom of Information Act 2000* et les énoncés français et allemand de référence sont massives, mais l'appui sur les dispositions législatives continentales permet d'éclairer la spécificité du texte britannique. Les dispositions du Code des relations entre le public et l'administration française héritées de la loi du 17 juillet 1978, ainsi que la loi fédérale sur la liberté de l'information allemande de 2005, sont particulièrement révélatrices s'agissant de ce que recouvre la communication d'informations.

L'agent public est l'organe essentiel pour l'étude du droit de l'accès aux informations qu'il détient (chapitre I). Ce droit est réalisé par la communication des documents (chapitre II).

[542] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 1, phrase 2.

# CHAPITRE I. L'AGENT PUBLIC, ORGANE ESSENTIEL DU DROIT DE L'ACCES AUX INFORMATIONS QU'IL DETIENT

La notion d'agent public est extrêmement polysémique : en droit, elle peut désigner un grand nombre de personnes soumises à des statuts très divers. Pour la comparaison, cette notion d'agent public doit être concrétisée en s'appuyant sur la définition opératoire donnée en introduction de la présente étude. Selon cette définition, un agent public est toute personne agissant pour le compte de l'Etat ou de l'un de ses établissements. Concrètement, cet agent public se caractérise alternativement par :

– la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (administrations, délégataires de service public, associations transparentes &c.) ;
– le rattachement, financier ou de contrôle, à la personne publique (entreprises dites privées mais à capitaux publics) ;
– la participation au service public (activités échappant à la sphère privée par leur nature ou leur ampleur, notamment les activités régaliennes et monopolistiques)[543].

Le critère de la participation au service public ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire, de par sa grande indétermination et du fait que l'expression « service public » est comprise très différemment au sein des Etats étudiés.

De plus, il est nécessaire d'exclure du cadre de référence pour l'identification des agents publics la soumission à un régime juridique spécifique dérogatoire du droit commun, quand bien même celle-ci figure parmi les principaux critères d'identification de l'agent public en droit administratif. Concrètement, il s'agit de relever de l'ordre de juridiction administratif en France et en Allemagne, de certains *tribunals* au Royaume-Uni. Néanmoins, une définition opératoire d'une notion, visant à la comparaison, ne saurait s'appuyer sur les droits à comparer, sauf à perdre son caractère de référence indépendante. Il s'agirait en outre d'une inversion entre la cause (la qualité d'agent public) et la conséquence (la soumission à une juridiction spécialisée), susceptible de brouiller la cohérence ou l'incohérence des droits étudiés.

[543] Si cette définition présente des similitudes indéniables avec le faisceau d'indices établi par la décision Conseil d'Etat, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, il est nécessaire de souligner leur distinction. D'une part, les critères ici présentés sont considérés comme suffisants individuellement pour qualifier une personne d'agent public ; d'autre part, la participation au service public est considérée comme un critère à part entière d'identification.

Afin de comparer les champs des droits conférés, il est nécessaire d'opposer la présente définition de l'agent public au groupe des personnes identifiées comme soumises au droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, dans chacun des ordres juridiques étudiés. Cet exercice est complexe mais révélateur au Royaume-Uni, dans la mesure où la loi de 2000 sur la liberté de l'information se refuse à toute définition générale des agents auxquels elle s'applique. S'agissant de l'Allemagne, la question de l'identification des agents publics ne sera pas traitée à ce chapitre : d'une part, cette question a déjà été évoquée pour ce qui concerne l'article 5 I de la Loi fondamentale ; d'autre part, la grande indétermination des deux énoncés allemands implique au premier chef l'étude d'autres dispositions de la Loi fondamentale, de sorte que cette étude sera plus pertinente au titre de l'invocation conjointe de dispositions devant le juge constitutionnel.

Le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics n'est opposable qu'à un ensemble limitativement énuméré d'agents au Royaume-Uni (section I). En France, par contre, l'agent public est identifié généralement comme une personne chargée d'une mission de service public (section II).

## SECTION I. UN DROIT D'ACCES OPPOSABLE A UN ENSEMBLE LIMITATIVEMENT ENUMERE D'AGENTS AU ROYAUME-UNI

La création du *Freedom of Information Act 2000* a été saluée comme un progrès majeur de la transparence de l'action publique au Royaume-Uni. Promise par le *Labour*, elle devait permettre au Royaume-Uni de rattraper un retard manifeste sur les Etats-Unis, dont la loi sur la liberté de l'information datait déjà de 1966, ainsi que sur la France et sa loi de 1978. Seule l'Allemagne a dû attendre 2005 pour que les autorités du Bund disposent d'une loi sur la liberté de l'information – à ce jour, tous les Länder allemands ne disposent pas encore de la leur. Pour la première fois depuis la fin de l'interdiction généralisée de publication mise en place par les *Official Secrets Acts* de 1889 et 1911, révisés en 1989, un régime d'obligation quasiment complet est organisé par la législation de Westminster, relativement à l'accès aux informations détenues par les agents publics. Ce régime implique de repenser les rapports entre législations primaire et secondaire et *common law* ; en particulier, la place de la prérogative royale dans la détermination du sort des informations s'en trouve immensément réduite.

La caractéristique la plus remarquable de la loi britannique de 2000 sur la liberté de l'information consiste dans le refus de définir généralement ce que sont les agents publics. Le texte et ces annexes listent au contraire des centaines d'entités soumises au texte. En décembre 1992, pourtant, le *Secretary of State*, pour la transposition de la directive n° 90/313/CEE, relative à l'information environnementale, s'était livré à un tel exercice. Les règlementations relatives aux informations environnementales prévoient alors ainsi, article 2, que :

> « (3) Au sens des présentes régulations, sont des personnes concernées par ce texte
>
> « (a) tous les ministres de la Couronne, les ministères, les autorités locales et les autres personnes exerçant des fonctions d'administration publique à un niveau national, régional ou local, dans la mesure où ils exercent des responsabilités relatives à l'environnement dans le cadre de leurs fonctions ; et
>
> « (b) toute entité avec des responsabilités publiques pour l'environnement ne tombant pas dans le champ du (a) mais étant contrôlée par une personne en relevant. »[544]

[544] *The Environmental Information Regulations 1992*, n° 1992-3240, du 18 décembre 1992, article 2, paragraphe n° 3 (mise en page simplifiée) : « *(3) For the purposes of these Regulations the following are relevant persons, that is to say — (a) all such Ministers of the Crown, Government departments, local authorities and other*

Huit ans après ce texte, les auteurs du *Freedom of Information Act 2000* se sont refusés à s'appuyer sur une définition aussi générale. Plus encore, lors de la transposition de la directive n° 2003/4/CE, relative à l'information environnementale, les nouvelles régulations de transposition ont partiellement renoncé à cette simplicité. Si la référence générale à l'administration publique est maintenue, celle-ci ne trouve à s'appliquer que pour les entités qui n'ont été ni soumises ni exclues du champ de la loi de 2000 ; en outre, les régulations de 2004 prennent en compte l'évolution de la dévolution au Royaume-Uni s'agissant de l'Ecosse. L'article 2 des régulations de 2004 énonce ainsi que :

> « (2) Sous réserve du paragraphe (3), "autorité publique" signifie —
> « (a) les ministères ;
> « (b) toute autre autorité publique ainsi que défini à l'article 3(1) de la loi [sur la liberté de l'information de 2000], sans prendre en compte les exceptions listées au paragraphe n° 6 de l'annexe 1 à la loi [de 2000], mais à l'exclusion de —
> « (i) tout corps ou agent listé dans l'annexe 1 de la loi [de 2000], mais seulement pour ce qui concerne les informations spécialement décrites ; ou
> « (ii) toute personne désignée par arrêté pris en application de l'article 5 de la loi [de 2000] ;
> « (c) toute autre entité ou personne qui exerce des fonctions d'administration publique ; ou
> « (d) toute autre entité ou personne qui est sous le contrôle d'une personne tombant sous le coup des sous-paragraphes (a), (b) ou (c) et —
> « (i) a des responsabilités publiques liées à l'environnement ;
> « (ii) exerce des fonctions de nature publique liées à l'environnement ; ou
> « (iii) délivre des services publics liés à l'environnement.
> « (3) Sous réserve des régulations 12(10), une autorité publique écossaise n'est pas une "autorité publique" au sens des présentes régulations. »[545]

---

*persons carrying out functions of public administration at a national, regional or local level as, for the purposes of or in connection with their functions, have responsibilities in relation to the environment ; and (b) any body with public responsibilities for the environment which does not fall within sub-paragraph (a) above but is under the control of a person falling within that sub-paragraph.* »

[545] *The Environmental Information Regulations 2004*, n° 2004-3391, du 21 décembre 2004, article 2 : « *(2) Subject to paragraph (3), "public authority" means — (a) government departments ; (b) any other public authority as defined in section 3(1) of the Act, disregarding for this purpose the exceptions in paragraph 6 of Schedule 1 to the Act, but excluding — (i) any body or office-holder listed in Schedule 1 to the Act only in relation to information of a specified description ; or (ii) any person designated by Order under section 5 of the Act ; (c) any*

Deux observations peuvent être tirées de ces dispositions. La première est relative à ce que la loi britannique de 2000 sur la liberté de l'information influence également le domaine de l'information environnementale, dans la mesure permise pour la transposition de la directive en vigueur en la matière. La seconde tient à ce que le choix conscient du législateur britannique de ne recourir, ni en 2000 ni en 2004, à une définition de principe du champ des agents publics au Royaume-Uni impose une étude d'autant plus pointue des caractéristiques de son mode de rédaction.

Le recours à une liste limitative d'agents publics soumis au texte est exclusif de toute généralité du droit d'accès (§1). Par exception, le texte de 2000 définit généralement les entreprises publiques auxquelles il s'applique (§2). Ces caractères ont été maintenus lors des évolutions du texte (§3).

## §1. Une liste limitative d'agents publics excluant toute généralité du droit

En 1993, un projet académique de constitution écrite pour le Royaume-Uni avait déjà mis en avant un potentiel droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics. Rédigé de façon très générale, ce projet énonçait :

> « 28.1. Il existe un droit d'accès du public aux informations détenues par toute autorité publique remplissant des fonctions relatives au gouvernement du Royaume-Uni, d'une nation ou d'une région, ou au gouvernement local. »[546]

Les agents publics concernés forment une catégorie que la loi britannique de 2000 peine à aborder clairement. L'expression « *public authority* » est d'une simplicité trompeuse. Cette catégorie doit être abordée en trois étapes : la première est celle de la définition de l'article 3

*other body or other person, that carries out functions of public administration ; or (d) any other body or other person, that is under the control of a person falling within sub-paragraphs (a), (b) or (c) and — (i) has public responsibilities relating to the environment ; (ii) exercises functions of a public nature relating to the environment ; or (iii) provides public services relating to the environment. (3) Except as provided by regulation 12(10) a Scottish public authority is not a "public authority" for the purpose of these Regulations*. »

[546] Coll. (*Institute for Public Policy Research*), *A Written Constitution for the United-Kingdom* [Une Constitution écrite pour le Royaume-Uni], *op. cit.*, p. 48, article 28 du *Bill of Rights* proposé : « 28. 1 *There is a right of access by the public to the information held by any public authority performing functions with respect to the government of the United Kingdom, a nation or a region, or to local government*. »

du texte, incluant ses renvois aux articles 4, alinéa 4, et 6 ; la deuxième celle de la lecture de l'annexe n° 1 du texte ; enfin la troisième celle de l'étude des modifications apportées à cette annexe par législation secondaire.

Pour déterminer le champ des agents publics auxquels il s'applique, le texte de 2000 s'appuie sur de longues annexes de listage (A). Leur nécessaire adaptation à l'évolution des structures administratives doit être réalisée par décret (B).

## A. L'appui sur de longues annexes de listage

La fameuse annexe n° 1 comporte sept parties, couvertes par trois listes d'entités auxquelles s'applique le *Freedom of Information Act 2000*. L'annexe est construite de la façon suivante :

– partie I : généralités (n$^{os}$ 1 à 6) ;
– partie II : gouvernement local (n$^{os}$ 7 à 36) ;
– partie III : service national de santé (n$^{os}$ 37 à 51) ;
– partie IV : écoles et autres entités d'éducation (n$^{os}$ 52 à 56) ;
– partie V : police (n$^{os}$ 57 à 64) ;
– partie VI : autres corps et offices publics : généralités (liste non numérotée) ;
– partie VII : autres corps et offices publics : Irlande du Nord (liste non numérotée).

La première liste couvre les cinq premières parties de l'annexe ; elle est numérotée. Elle concerne l'ensemble des ministères (n° 1, sous « généralités »), le comité des usagers des transports londoniens (n° 30, sous « gouvernement local ») ou encore l'autorité de police pour l'Irlande du Nord (n° 60, sous « police). Sa partie I mérite une attention particulière, en tant qu'elle porte sur les ministères et les chambres du Parlement. Elle évoque :

« 1. Tout ministère.
« 2. La Chambre des Communes.
« 3. La Chambre des Lords.
« 4. L'Assemblée d'Irlande du Nord.
« 5. L'Assemblée nationale galloise.

> « 6. Les forces armées de la Couronne, excepté (a) les forces spéciales, et (b) toute unité ou partie d'une unité qui est pour le moment requise par le Secrétaire d'Etat pour assister le Quartier-Général des Communications gouvernementales dans l'exercice de ses fonctions »[547].

La deuxième liste relative aux autorités listées en partie VI (« autres corps et offices publics : généralités ») comporte 371 entrées classées par ordre alphabétique et couvrant de l' « *Adjudicator for the Inland Revenue and Customs and Excise* » (n° 1) jusqu'au « *Zoos Forum* » (n° 371) en passant par la « *Home-Grown Cereals Authority* » (n° 186)[548].

La troisième liste, relative à l'Irlande du Nord (partie VII), plus courte, ne comporte que 87 entrées, également classées par ordre alphabétique.

## B. La nécessité d'une adaptation constante des annexes par décret

La troisième étape de l'étude consacrée à déterminer le champ des agents publics concernés par le *Freedom of Information Act 2000* concerne les décrets relevant des articles n$^{os}$ 4 et 5 de la loi. L'alinéa 1 de l'article 5 énonce que :

> « 5. (1) Le Secrétaire d'Etat peut, par décret, désigner comme autorité publique au sens de cette loi toute personne qui n'est ni listée à l'annexe n° 1, ni capable d'y être ajoutée par un décret d'application de l'article 4(1), mais qui (a) apparaît exercer des fonctions de nature publique selon le Secrétaire d'Etat, ou qui (b) fournit selon un contrat passé avec une autorité publique tout service dont l'apport est une fonction de cette autorité »[549].

Le renvoi à l'article 4 porte sur les dispositions suivantes :

---

[547] « *1. Any government department. 2. The House of Commons. 3. The House of Lords. 4. The Northern Ireland Assembly. 5. The National Assembly for Wales. 6. The armed forces of the Crown, except (a) the special forces, and (b) any unit or part of a unit which is for the time being required by the Secretary of State to assist the Government Communications Headquarters in the exercise of its functions.* »

[548] Chiffre obtenu par comptage automatisé.

[549] « *5. (1) The Secretary of State may by order designate as a public authority for the purpose of this Act any person who is neither listed in Schedule 1 nor capable of being added to that Schedule by an order under section 4(1), but who (a) appears to the Secretary of State to exercise functions of a public nature, or (b) is providing under a contract made with a public authority any service whose provision is a function of that authority.* »

« 4. (1). Le Secrétaire d'Etat peut, par décret, amender l'annexe n° 1 en y ajoutant une référence à toute entité ou au détenteur de tout office qui (en tout cas) n'est alors pas listé dans cette annexe, mais qui remplit les deux conditions suivantes.

« (2) La première condition est que l'entité ou office (a) soit établi en vertu de la prérogative de Sa Majesté ou par décret ou législation secondaire, ou (b) soit établi de toute autre façon par un Ministre de la Couronne en sa capacité de ministre, par un ministère ou par l'Assemblée nationale galloise.

« (3) La seconde condition est (a) dans le cas d'une entité que cette entité soit totalement ou partiellement constituée par nomination faite par la Couronne, par un ministre de la Couronne, par un ministère ou par l'Assemblée nationale galloise, ou (b) dans le cas d'un office, que les nominations à l'office soit faites par la Couronne, par un ministre de la Couronne, par un ministère ou par l'Assemblée nationale galloise »[550].

Il apparaît que les entreprises partiellement publiques ne sont pas couvertes nécessairement par la loi : elles peuvent l'être si le ministre de l'Intérieur l'estime pertinent au regard de l'article 5 du texte. Il en va de même pour les cocontractants de l'administration, y compris les délégataires de service public puisque ceux-ci ne sont pas mentionnés par ailleurs.

D'après l'alinéa 4 de cet article, dans le cas où l'une des deux conditions exposées au alinéas 2 et 3 cesserait d'être remplie par l'une des autorités mentionnées aux parties VI et VII de l'annexe I de la loi, alors cette autorité perdrait de plein droit la qualité d' « autorité publique ». Cet alinéa apporte deux enseignements : d'une part, la mention d'une autorité parmi les autorités diverses du Royaume-Uni ou d'Irlande du Nord n'est pas suffisante pour s'assurer de la soumission au *Freedom of Information Act 2000*, puisqu'il faut encore vérifier que ces deux conditions sont bien remplies au jour de la demande ; d'autre part, toutes les entités

[550] *« 4. (1) The Secretary of State may by order amend Schedule 1 by adding to that Schedule a reference to any body or the holder of any office which (in either case) is not for the time being listed in that Schedule but as respects which both the first and the second conditions below are satisfied. (2) The first condition is that the body or office (a) is established by virtue of Her Majesty's prerogative or by an enactment or by subordinate legislation, or (b) is established in any other way by a Minister of the Crown in his capacity as Minister, by a government department or by the National Assembly for Wales. (3) The second condition is (a) in the case of a body, that the body is wholly or partly constituted by appointment made by the Crown, by a Minister of the Crown, by a government department or by the National Assembly for Wales, or (b) in the case of an office, that appointments to the office are made by the Crown, by a Minister of the Crown, by a government department or by the National Assembly for Wales. »*

remplissant ces deux conditions sont susceptibles de rejoindre ce groupe des « autorités diverses », même si cette décision appartient au ministre de l'Intérieur.

## §2. L'exception d'une définition générale des entreprises publiques.

L'article 3, alinéa 1er, du FOI-A 2000 énonce que :

> « 3. (1). Pour cette loi, « autorité publique » signifie (a) sous réserve de l'article 4(4), toute entité, toute personne ou le titulaire de tout office public qui (i) est listé à l'annexe n° 1, ou (ii) est désignée par décret prévu à l'article 5, ou (b) une entreprise publique telle que définie à l'article 6 »[551].

L'étape de la définition générale ne couvre donc que les entreprises publiques, au sens de cette loi les entreprises détenues par une autorité publique. La définition qui s'applique à elles est la suivante :

> « 6. (1) Une entreprise est une « entreprise publique » pour les fins de l'article 3(1)(b) si (a) elle appartient pleinement à la Couronne, ou (b) elle appartient pleinement à une autorité publique listée à l'annexe n° 1, autre que (i) un département gouvernemental, ou (ii) une autorité qui est listée en relation exclusivement à des informations particulières »[552].

Les deux alinéas suivants de l'article disposent que cette entreprise n'est pleinement publique que si l'ensemble de ses membres sont des ministres, des ministères, des sociétés pleinement publiques ou encore des personnes agissant pour ces entités. La place des ministères (*government departments*) est spécifique : les entités leur appartenant en totalité ne sont pas considérées comme des entreprises publiques. De telles sociétés peuvent cependant être concernées par l'ajout à l'annexe n° 1 du texte, qui détermine son champ d'application. De fait, les

---

[551] *« 3. (1) In this Act "public authority" means (a) subject to section 4(4), any body which, any other person who, or the holder of any office which (i) is listed in Schedule 1, or (ii) is designated by order under section 5, or (b) a publicly-owned company as defined by section 6. »*

[552] *« 6. (1) A company is a "publicly-owned company" for the purposes of section 3(1)(b) if (a) it is wholly owned by the Crown, or (b) it is wholly owned by any public authority listed in Schedule 1 other than (i) a government department, or (ii) any authority which is listed only in relation to particular information. »*

entreprises entièrement publiques forment la seule catégorie d'autorités (après les ministères) à être soumise généralement et sans énumération au *Freedom of Information Act 2000*.

## §3. Des caractères maintenus lors des évolutions du texte

Les modifications apportées au *Freedom of Information Act 2000* depuis sa publication le 30 novembre 2000 (et son entrée en vigueur complète au 14 mai 2001) ont été nombreuses et toujours ponctuelles. C'est l'édition mise à jour de l'*Act*, mise à disposition par les Archives nationales britanniques, qui fait office de référence[553]. La définition de l'article 3 de la loi, relatif aux autorités publiques soumises au régime d'accès aux informations qu'il met en place, n'est pas modifiée, au contraire de ses renvois.

A l'article 4 alinéa 4, la mention de la perte de qualité d'autorité publique, reste inchangée, contrairement aux conditions pouvant la justifier. Désormais, le ministre de l'Intérieur (*Secretary of State*) et le ministre du Bureau du Cabinet (*Minister for the Cabinet Office*) ont la possibilité de désigner de nouvelles autorités à intégrer à l'annexe I du texte, notamment les cocontractants des autorités mentionnées par le texte. Pour le reste, le texte est modifié pour prendre en compte l'évolution statutaire des autorités galloises.

L'article 5 du texte, relatif à l'extension de l'annexe I de la loi, est également modifié pour prendre en compte l'ouverture au ministre du Bureau du Cabinet du pouvoir de désigner des autorités publiques par décret.

L'article 6 du *Freedom of Information Act 2000*, est modifié en profondeur par le *Protection of Freedoms Act 2012*. La notion de « secteur public élargi » (« *wider public sector* ») apparaît et remplace, comme propriétaire potentiel d'une entreprise pleinement publique, le fait pour celle-ci d'être possédée en totalité (ou en partage avec la couronne) par une autorité listée à l'annexe I du texte. Les combinaisons de propriété sont donc désormais : propriété complète de la Couronne, propriété complète du secteur public élargi et enfin propriété partagée entre la Couronne et le secteur public élargi. Une fois encore, seules les entreprises appartenant intégralement au secteur public sont concernées. Ce secteur public élargi n'est pas lui-même défini et le texte se limite à renvoyer à une autorité publique quelconque soumise au texte, qu'elle émane de la Couronne ou soit listée dans l'annexe n° 1[554].

[553] Edition à jour au 17 octobre 2017, disponible via le service « legislation.gov.uk ».

[554] Le Bureau du Commissaire pour l'Information renvoie lui-même pour ce terme, qu'il admet indéfini, aux notes explicatives accompagnant le texte de 2012, « *this just means one or more relevant public authorities* » ; *in*

De la combinaison de ces articles ressort que le champ de principe de l'acte n'est pas profondément modifié. En particulier, les cocontractants des autorités mentionnées par la loi de 2000 ne sont toujours pas nécessairement soumis au devoir d'information, puisque les ministres compétents ont la simple faculté de les mentionner en annexe I du texte, pour leurs opérations réalisées pour le compte d'une autorité soumise au texte. Seules les entreprises pleinement publiques font l'objet d'une définition quelque peu générale.

Quant aux listes d'autorités de l'annexe I du texte, c'est de leur côté que les évolutions sont les plus importantes entre 2000 et 2017. Au total, 471 modifications du texte de l'annexe sont référencées au 9 novembre 2017 par les Archives nationales, sans que la structure de cette annexe ait été modifiée. Ce nombre résulte de la diversité des modifications :

– la législation secondaire spéciale relative aux ajouts à l'annexe est intervenue huit fois, depuis le *Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2002* jusqu'au à un *Order* du même intitulé de 2011[555] ;
– la législation secondaire est intervenue cinq fois pour supprimer des mentions, depuis *The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order 2003*, jusqu'à 2011[556] ;
– des *orders* de législation secondaire sont également intervenus de façon ponctuelle, comme le *Inland Waterways Advisory Council (Abolition) Order 2012* (2012 No. 1658).
– la législation primaire est intervenue et a eu une influence plus ou moins grande sur la loi de 2000, ainsi le *Protection of Freedoms Act 2012*, le *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, ou encore le *Policing and Crime Act 2017*.

ICO, *Public authorities under the FOIA*, 20160901 version 2.2, page 6. Ces notes, quant à elles, se bornent à confirmer qu'il s'agit de toute combinaison des « *relevant public authorities* », dans une approche quelque peu circulaire ; *in Protection of Freedoms Act, Explanatory Notes*, p 75.

[555] *The Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order* 2002 (2002 No. 2623), 2003 (2003 No. 1882), 2004 (2004 No. 938), 2005 (2005 No. 3593), 2008 (2008 No. 1271), 2010 (2010 No. 937), 2011 (2011 No. 1041) ; également *The Freedom of Information Additional Public Authorities) (Amendment) Order 2004* (2004 No. 1870).

[556] *The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order*, 2003 (2003 No. 1183) ; 2004 (2004 No. 1641) ; 2005 (2005 No. 3594) ; 2010 (2010 No. 939) ; 2011 (2011 No. 1042).

## Conclusion de la section

Le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics établi par le *Freedom of Information Act 2000* n'est opposable qu'à un ensemble limitativement énuméré d'agents publics. Ceux-ci échappent en apparence à toute systématisation : au sein de l'annexe n° 1 du texte, les regroupements effectués semblent avant tout motivés par la lisibilité du texte relativement à l'importance régalienne et à la taille des entités considérées. C'est ainsi que sont d'abord mentionnés les ministères et les principales administrations décentralisées, avant les domaines de l'éducation et de la police. Ces critères de l'importance politique et du nombre d'agents ou de l'activité des administrations facilitent la lecture pour le praticien, qui a toutes les chances de vouloir savoir s'il peut accéder aux documents du ministère de la Justice ou de telle ou telle autorité de police.

Cette construction exclut néanmoins la systématisation. En premier lieu, il est plus difficile de déterminer quelles sont les clés de compréhension du système. Qu'une entité soit d'une grande importance politique ou soit peuplée de nombreux agents n'explique pas pourquoi cette entité est administrative. En second lieu, une demande spécifique adressée à une entité administrative récemment créée, ou à laquelle le législateur n'aurait pas pensé originellement, est vouée à l'échec. En l'absence de définition de principe, il est impossible de palier l'incomplétude de l'œuvre du Parlement et des ministres chargés d'assurer l'évolution des annexes. Dans cette mesure, la définition générale donnée des entreprises publiques n'est pas susceptible de renverser l'affirmation selon laquelle le droit accordé par la loi de 2000 n'est pas un droit général.

## SECTION II. L'AGENT PUBLIC DEFINI GENERALEMENT COMME CHARGE D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC EN FRANCE

En France, l'agent public est généralement défini comme chargé d'une mission de service public. Cette affirmation suppose une clarification : l'agent public au sens du droit constitutionnel français est distinct de l'agent public tel que défini en introduction de la présente étude. La définition opératoire proposée de l'agent public repose sur le fait qu'une personne agisse *pour le compte* d'une autorité publique ; ce « pour le compte » peut être concrétisé par l'identification d'un critère parmi les suivants : les prérogatives de puissance publique, le contrôle ou le financement public ou encore la participation au service public. Or, si les prérogatives de puissance publique peuvent être rattachées à l'exercice d'une mission de service public, ce n'est pas le cas du simple contrôle ou financement par une personne publique. Concrètement, les employés de la Poste ou d'Orange sont des agents publics au sens de la définition opératoire proposée, mais pas au sens du droit positif. C'est cette distinction que la présente section entend mettre en valeur ; l'expression « agent public » doit y être entendue comme signifiant « agent public au sens du droit constitutionnel français ».

Relativement à l'obligation de rendre des comptes, l'agent public français apparaît comme une personne chargée d'une mission de service public (§1). Quant à l'*administration* mentionnée par l'article 15 de la Déclaration de 1789, c'est une activité commune à tous les agents publics (§2).

### §1. L'agent public français, personne chargée d'une mission de service public

En droit constitutionnel français, l'agent public n'est pas une figure rencontrée fréquemment pour elle-même. S'il est évident que les organes constitués mentionnés par la Constitution sont des agents publics, il n'existe pas de systématisation apparente de la notion comme à l'article 33 de la Loi fondamentale allemande. Néanmoins, le droit constitutionnel français donne à plusieurs reprises des exemples d'agents publics, de sorte que la notion peut être systématisée.

Des caractères de l'agent public sont identifiables au sein du droit constitutionnel (A). En outre, la personne privée chargée d'une mission de service public doit être également reconnue comme un agent public (B) ; ce n'est pas le cas des agents de l'Etat entrepreneur (C). La

jurisprudence constitutionnelle en la matière semble d'ailleurs faire sienne la jurisprudence administrative (D).

## A. Des caractères de l'agent public identifiables au sein du droit constitutionnel

La notion d'agent public en droit constitutionnel doit être étudiée en se fondant sur le droit formellement constitutionnel. Au sein du bloc de constitutionnalité, si l'agent public n'est jamais défini en tant que tel, des caractères qui lui sont propres peuvent être identifiés. Cette identification s'appuie sur une recherche des références, qui ne vise pas à l'exhaustivité mais seulement à illustrer ces principaux traits.

La Déclaration de 1789 est avare de mentions explicites (1). Le Préambule de 1946 permet un lien plus clair entre agent public et service public (2). La Charte de l'environnement mentionne pour sa part les autorités publiques (3), tandis que le corps de la Constitution de 1958 mentionne des ensembles d'agents publics et illustrent leur rôle et leurs caractéristiques (4).

### 1). Une rareté des mentions explicites dans la Déclaration de 1789

La Déclaration de 1789 mentionne explicitement l'emploi public à ses articles 6, 12, 13 et 15. Ils énoncent respectivement :

> « Article 6
>
> « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »
>
> « Article 12

« La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. »

« Article 13
« Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. »

« Article 15
« La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. »

En l'absence de lien de principe clair entre les différentes mentions, il apparaît au moins qu'une force publique et une administration doivent exister, liées à un régime de recrutement spécialement ouvert et à un régime de responsabilité spécifique vis-à-vis de la société. Les autres articles de la Déclaration procèdent de façon implicite, notamment lorsqu'il est question du législateur, des représentants ou de la justice. Quant au rôle de ces agents les autres textes auxquels le Préambule de 1958 renvoie sont plus clairs.

## 2). Le lien entre agent public et service public mentionné par le Préambule de 1946

Les alinéas 9, 13 et 18 du Préambule de 1946 énoncent que :

« 9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

« 13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque, à tous les degrés est un devoir de l'Etat. »

> « 18. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus. »

Au delà des premiers traits identifiés au sein de la Déclaration de 1789, la notion d'agent public peut donc être rattachée à la notion de service public national ou d'activité monopolistique. L'enseignement public, gratuit et laïque en fait partie, de sorte que ceux l'exerçant doivent bien apparemment être des agents publics.

### 3). L'autorité publique, organe de la Charte de l'environnement

L'article 7 de la Charte de l'environnement emploie l'expression « autorité publique » et non celle d' « agent public », pour créer un régime spécifique du droit de l'information relative à l'environnement. A ce point de l'étude, il peut être présupposé que les deux expressions sont synonymes. L'article énonce que :

> « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

### 4). La mention de corps d'agents publics au sein de la Constitution de 1958

Au sein de la Constitution de 1958, rechercher tous les emplois et statuts pouvant être rattachés à la notion d'agent public n'est pas pertinent. Il est manifeste que les organes constitués pour exercer des fonctions exécutives, législatives et judiciaires sont des agents publics. Le statut des ministres, des élus et des juges, y compris administratifs, financiers et constitutionnels, ne fait donc guère de doute. L'étude demeure néanmoins pertinente pour identifier les agents publics au delà de ces évidences.

Les articles 13, 14 et 15 de la Constitution, relatifs au chef de l'Etat, donnent des exemples d' « emplois civils et militaires de l'Etat » ou encore diplomatiques, auxquels nomme le Président de la République. Quant au Gouvernement, les articles 20 et 21 énoncent qu'il « détermine et conduit la politique de la Nation » et qu'il « dispose de l'administration et de la force armée » ; de plus, le Premier ministre « assure l'exécution des lois ». L'exécution, qu'elle soit celle des lois ou de la politique gouvernementale, semble bien indissociable de l'administration et, partant, de la notion d'agent public. Quant à l'article 34 de la Constitution, il confie au parlement d'organiser la création de catégories d'établissements publics, ainsi que « les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ».

De ces quelques énoncés, un lien ressort entre agent public, administration et exécution des lois et de la politique gouvernementale. Néanmoins, si les agents publics et les fonctionnaires apparaissent comme des exécutants, cela n'implique pas que les agents publics relèvent du seul pouvoir exécutif.

## B. La personne privée chargée d'une mission de service public, agent public

En droit administratif français, il ne fait pas de doute qu'une personne privée chargée d'une mission de service public soit soumise au même régime que si cette mission de service publique était réalisée en régie. C'est l'hypothèse de la délégation de service public, à laquelle aucun des énoncés mentionnés ci-dessus ne s'oppose explicitement. Une hypothèse supplémentaire doit néanmoins être étudiée sur le fondement de l'alinéa 9 du préambule de 1946, relatif aux services publics nationaux et aux monopoles. Sur ce fondement, une entreprise privée dont l'activité aurait les caractères d'un service public national ou serait monopolistique devrait être nationalisée pour passer sous le contrôle de l'Etat. C'est le fondement sur lequel la décision *Bayrou* du Conseil d'Etat est régulièrement critiquée, de même que pourrait l'être la privatisation éventuelle d'Aéroports de Paris.

## C. L'absence d'obligation relativement à l'Etat entrepreneur

Le droit infra-constitutionnel positif exclut les services publics industriels et commerciaux de la qualité d'agents publics. La personne publique, lorsqu'elle se comporte comme un

entrepreneur ordinaire, est traitée comme telle[557]. Néanmoins, le droit constitutionnel n'a pas à être conforme au droit qui lui est inférieur dans la hiérarchie des normes. Concrètement, si le Conseil constitutionnel décidait, par extrême improbable, de considérer que l'Etat ne saurait, par sa nature se comporter comme un entrepreneur ordinaire, alors le législateur et les juridictions inférieures devraient s'incliner. Autrement dit : le Conseil constitutionnel n'est pas tenu par la décision *bac d'Eloka*. La possibilité d'une telle décision maximaliste, qui impliquerait une correspondance du champ des agents publics entre le droit français et la définition opératoire choisie pour la présente étude, caractérise l'indépendance de la notion d'agent public en droit constitutionnel.

## D. Une jurisprudence constitutionnelle semblant faire sienne la jurisprudence administrative

Au gré des cinq décisions du Conseil constitutionnel mettant en œuvre plus ou moins directement l'article 15 de la Déclaration de 1789, la catégorie des agents publics n'est pas épuisée par une définition générale. L'on comprend néanmoins que toutes les personnes relevant des juridictions financières en font partie (décision n° 2011-641 DC), comme les ordonnateurs non soumis à la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière (décision n° 2016-599 QPC), les élus des conseils municipaux et vraisemblablement tous les élus (décision n° 2015-471 QPC) et les membres du gouvernement (décision n° 2017-655 QPC).

La jurisprudence relative au 9e alinéa du Préambule de 1946 semble plus claire quant à ses motivations. La décision n° 781 DC, relative à l'éventuelle privatisation d'Aéroports de Paris, démontre que le Conseil constitutionnel fait sienne la motivation du Conseil d'Etat dans la décision *Bayrou* de 2006[558]. Il retient ainsi que l'éventualité d'un monopole de fait ou d'un service public national ne peut être caractérisée qu'à l'échelle nationale. A défaut de définir l'agent public, le Conseil constitutionnel manifeste au moins ne pas vouloir s'éloigner des catégories de la jurisprudence administrative. L'identification d'un agent public ne suffit pas à commander l'application de l'obligation de reddition de comptes propre à l'article 15 de la

[557] Notamment les grands classiques Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706, ou encore Conseil d'Etat, 16 novembre 1956, *Union syndicale des Industries aéronautiques*, n° 26549.

[558] Conseil constitutionnel, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, n° 2019-781 DC.

Déclaration de 1789 : il faut encore que ces comptes soient rendus relativement à une activité d'administration.

## §2. L'administration, activité commune à tous les agents publics

L'administration est une activité qui n'est pas limitée au pouvoir exécutif : tous les agents publics sont des administrateurs, dès lors que l'Etat, directement ou par ses démembrements, leur confie des moyens matériels ou juridiques pour leur mission. Juges et parlementaires sont des administrateurs au même titre que le secrétaire de mairie, dès l'instant que leur activité ne se limite pas à juger pour l'un, à débattre pour l'autre. Du simple fait que des moyens leur sont confiés dans le cadre de leur activité, depuis un paquet de chemises cartonnées jusqu'à un palais de justice à la toiture plus ou moins délabrée, en passant par une enveloppe pour la rémunération d'assistants parlementaires, ils ont la charge de les administrer. Seule cette activité administrative est concernée par l'obligation de rendre des comptes et, pour ce que recouvre l'expression « agent public », il est théoriquement loisible au Conseil constitutionnel de s'écarter de la jurisprudence administrative. Il y a pourtant peu de chance que le Conseil s'oppose au secret des délibérations du gouvernement ou à l'injusticiabilité des actes de gouvernement ; après tout, même la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans une situation similaire, a traditionnellement exclu de tout contrôle spécifique le « domaine de responsabilité propre du gouvernement »[559]. Le Conseil pourrait néanmoins revenir sur la généreuse exclusion du champ de la transparence administrative, par la loi, de toutes les activités parlementaires et juridictionnelles. Là encore, les débats relatifs à l'accès aux documents administratifs ont largement mis en exergue les difficultés se posant, en France comme à l'étranger, en particulier relativement aux pouvoirs législatif et judiciaire.

L'administration est une activité commune à tous les agents publics, y compris ceux œuvrant pour les organes constitués indépendants (A). L'efficacité de l'activité gouvernementale est néanmoins protégée par une forme de secret (B), de sorte qu'est possible une conciliation entre droit de demander compte et bonne marche de l'administration (C).

[559] La décision fondatrice en ce sens est l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 17 juillet 1984, n° 67, 100, prévoyant que la responsabilité du gouvernement envers le Parlement et le peuple implique nécessairement une responsabilité propre, échappant au contrôle des commissions d'enquête parlementaires et lui assurant un pouvoir d'initiative, de consultation et d'action.

## A. L'activité administrative des organes constitués indépendants

Deux catégories d'agents publics sont spécialement distinguées par les droits du champ de comparaison : les juges et les parlementaires. Leur activité principale est indépendante et est protégée sur ce fondement. Néanmoins, protéger des influences extérieures l'activité de juger ou de parlementer n'implique pas nécessairement de protéger totalement ces agents. Ainsi la protection de l'indépendance de la parole des parlementaires n'exclut pas de contrôler l'usage fait des sommes mises à leur disposition, notamment lorsque ces sommes sont employées à fins d'emplois plus ou moins fictifs.

L'administration des moyens de la justice est distincte de la fonction de juger (1). Quant aux parlementaires, la séparation des pouvoirs n'implique en rien le secret relativement à leurs activités (2).

### 1). L'administration des moyens de la justice, distincte de la fonction de juger

Les juridictions ne se bornent pas à dire le droit et les juges eux-mêmes ne se limitent pas à « éclaircir en dernier ressort la situation juridique dans un litige, dans le cadre d'une procédure spécialement organisée »[560]. Comme toute organisation, les juridictions ont des agents, des services administratifs chargés d'assister au mieux leur mission, depuis la réception des requêtes jusqu'à l'exécution des décisions de justice. La transparence administrative peut prendre deux formes essentielles au sein des juridictions : la publicité appliquée aux activités administratives, permettant de savoir combien tel tribunal paye pour ses photocopieuses, et la publicité statistique, permettant de savoir combien de décisions ont été rendues telle ou telle année, au bout de combien de temps et avec quel taux d'appel pour une juridiction du premier degré[561]. La question de l'interprétation se pose là encore : si l'article 15 de la Déclaration de 1789 n'impose pas de trancher à l'échelle de l'activité de chaque agent – après tout, cet article concerne « tout

[560] « *Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren* », via BVerfG, 8 février 2001, *Contrôle électoral dans la Hesse* (*Wahlprüfung Hessen*), n° 103, 111 [138]

[561] A propos de la statistique comme outil de transparence juridictionnelle : LE SUEUR (Andrew), « Parliamentary Accountability and the Judicial System » [La responsabilité parlementaire et le système judiciaire], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 200-230, p 206.

agent public » – une protection par entité serait possible, c'est-à-dire en excluant par bloc les juridictions et les assemblées parlementaires.

Au Royaume-Uni, s'agissant des juridictions, le *FOI-A 2000* tranche dans le sens de l'étude de la communicabilité à l'échelle de l'agent : est public tout ce qui ne concerne pas une affaire spécifique[562]. En Allemagne, la loi fédérale sur la liberté de l'information prévoit également une protection à l'échelle des affaires, c'est-à-dire une protection non des tribunaux mais de leurs procédures[563]. En France, l'article L 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration ne mentionne pas les documents créés ou détenus par les juridictions : ils sont soumis au régime de la publicité dès lors qu'ils ne relèvent pas de la fonction de juger, telle que mentionnée par la décision du Conseil d'Etat, 7 mai 2010, Bertin[564]. Il ne serait pas absurde de considérer que le Conseil d'Etat, s'il était amener à préciser sa définition de l'activité juridictionnelle, userait de termes proches de ceux de la juridiction allemande. Ces positions législatives ne règlent pas un problème constitutionnel : dès lors que l'article énonce « tout Agent public », il semble nécessaire de s'appuyer sur ces termes.

La protection de l'indépendance des juges semble bien impliquer le secret de l'activité de juger, c'est-à-dire le secret du délibéré. Il n'en va pas de même pour les parlementaires, dont l'activité de délibération est en principe publique.

## 2). Une séparation des pouvoirs n'impliquant en rien le secret des activités des parlementaires

L'affirmation d'un droit d'accès aux documents administratifs des assemblées parlementaires n'est pas totalement dénuée de contact avec la réalité, surtout à une époque où les parlements français et britannique sont amenés à s'ouvrir aux regards extérieurs, spécialement concernant leur gestion financière plus ou moins acrobatique. Il est remarquable, d'ailleurs, que le

[562] L'article 32 du *Freedom of Information Act 2000* n'exclut la communication que des documents se rapportant à une affaire particulière, une enquête ou un arbitrage.

[563] L'article 3 n° 1 g de la loi fédérale sur la liberté de l'information exclut la communication de documents qui pourrait nuire à la conduite d'une procédure judiciaire en cours, aux droits de la défense ou à la poursuite des infractions. Au contraire, la publication d'extraits de décisions de justice n'appartient pas à l'activité de dire le droit, ce dont « est typiquement un signe la clarification ayant force de chose jugée de la situation juridique d'un conflit dans le cadre d'une procédure spécialement organisée » *(« Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren »*), BVerfGE, 8 février 2001, 103, 111 [138].

[564] Conseil d'Etat, 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168 : « considérant que les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 ».

parlement français, malgré les récentes lois sur la transparence de la vie publique et la confiance dans la vie politique[565] a échappé à toute règlementation comparable avec le *Parliamentary Standards Act 2009*[566]. Le recours à des versements par enveloppes d'argent liquide au Sénat, encore en 2017, serait spécialement propice à une confrontation avec l'article 15 de la Déclaration de 1789[567].

La protection des assemblées parlementaires contre la publication de leurs documents vise à la garantie de la séparation des pouvoirs, mais cette affirmation est en réalité sans fondement : au contraire de la délibération des juges, l'activité des parlementaires se réalise en principe en public. A ce jour, il n'est pas sérieusement considéré que la loi devrait être débattue en secret, afin de protéger la liberté de parole des parlementaires, ni que le secret serait une garantie de qualité de la législation. Le secret de l'activité administrative des parlementaires ne saurait donc être rattaché au besoin de secret de l'activité principale du Parlement, sauf à renoncer à la publicité des débats. Le secret de l'activité administrative des assemblées parlementaires est pourtant fondé sur la séparation des pouvoirs.

Au sein du champ de comparaison, la protection accordée aux chambres françaises par l'article L 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration fait figure d'exception. Cet article exclut du champ des documents administratifs ceux créés ou détenus par les assemblées parlementaires, maîtresses de leurs biens selon l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 ; cette dernière se borne pour sa part à renvoyer la gestion des archives au règlement de chaque assemblée. Pour mémoire, le *FOI-A 2000* britannique prévoit l'accès aux documents des chambres dans la mesure où leur fonctionnement n'en est pas affecté et où les informations ne portent pas sur l'identité ou l'adresse des membres des chambres, leurs prestataires de service, leurs déplacements habituels, leurs dépenses de sécurité ou les informations détenues par les comités de la Défense et de l'Espionnage[568]. L'Allemagne a également adopté une approche différente de celle de la France. La question s'est posée pour le service scientifique du Bundestag, chargé de préparer des notes d'informations pour les députés. La Cour administrative

[565] D'une part la loi organique n° 2013-906, du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, JORF du 12 octobre 2013, page 16824, et la loi n° 2013-907, du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, JORF du 12 octobre 2013, p. 16829 ; d'autre part la loi organique n° 2017-1338, du 15 septembre 2017, pour la confiance dans la vie politique, JORF du 16 septembre 2017, texte n° 1, et loi n° 2017-1339, du 15 septembre 2017, pour la confiance dans la vie politique, JORF du 16 septembre 2017, texte n° 2.

[566] Le *Parliamentary Standards Act 2009*, voté après l'affaire des frais parlementaires britanniques de 2009, introduit une Autorité indépendante sur les standards parlementaires, chargée de contrôler la réalité des frais engagés par les parlementaires et leurs intérêts financiers.

[567] Le 28 mai 2014, le *Canard enchaîné* intitulait ainsi un article « les comptes de la cagnotte secrète des sénateurs UMP ont été détruits », complétant la publication du *Parisien* du 20 mai.

[568] *Freedom of Information Act 2000*, article 34 relatif au privilège parlementaire et annexe 1 n$^{os}$ 2 et 3 pour les exclusions de certains documents.

fédérale allemande a ainsi été amenée à considérer que, dans la mesure où les documents produits par ce service se limitent à présenter des informations factuelles, leur publication ne serait pas en mesure d'influencer ou de nuire à l'indépendance de travail des députés[569]. Là encore, plus qu'une approche par entité, c'est une approche par activité qui a été retenue.

En France, une réflexion semble néanmoins possible quant à une distinction précise des activités des parlementaires et, partant, à la justification de leur protection. En amont de la décision n° 471 QPC, le rapporteur public au Conseil d'Etat avait ainsi estimé que les membres des conseils municipaux pouvaient être considérés comme des agents publics, ouvrant la voie à une distinction entre leurs activités délibératives et leurs activités administratives[570]. Une telle distinction pourrait sans difficulté être appliquée à terme aux parlementaires. Les exemples allemand – distinction en fonction des services du Bundestag – et britannique – distinction en fonction des activités et de considérations de sécurité des parlementaires – pourraient servir d'exemples. L'article 15 de la Déclaration de 1789 est à même de faire rentrer les assemblées parlementaires françaises dans le droit commun.

## B. L'efficacité de l'activité gouvernementale protégée par une forme de secret

La jurisprudence constitutionnelle française ne s'est pas penchée directement sur la question d'un secret du cœur de l'activité gouvernementale comme c'est le cas en Allemagne. Un pont peut néanmoins être établi entre le « noyau de responsabilité propre de l'exécutif » à l'allemande et les « pouvoirs propres du Gouvernement » à la française[571], ainsi qu'avec les actes de gouvernement du contentieux administratif français. *A minima*, il doit pouvoir être raisonnablement affirmé qu'une protection constitutionnelle de l'activité gouvernementale fondée sur

[569] BVerwG, 25 juin 2015, 7 C 1/14, selon la cour, § 18, la génération et l'organisation de savoir est une tâche administrative en tant que telle, conditionnant l'exercice du mandat des députés. Cette information ne prend de valeur politique qu'une fois traitée par les membres du Parlement (« *Die sachgerechte Aufgabenwahrnehmung baut auf einem hierauf ausgerichteten Wissensfundament auf. Die Informationsaufbereitung und Wissensgenerierung, die als solche Verwaltungsaufgabe ist, liegt der mandatsbezogenen Aufgabenerfüllung voraus. Erst in der Umsetzung des Wissens in durch politische Erwägungen geleitetes Handeln zeigt sich das Spezifikum des parlamentarischen Wirkens der Abgeordneten* »).

[570] Devant le Conseil d'Etat, le 18 mars 2015, M. Daumas, rapporteur public, avait estimé que « les élus nous paraissent pouvoir être qualifiés d'agents publics au sens des dispositions de l'article 15 de la DDHC – il n'est en tout cas pas évident d'affirmer le contraire, comme le fait la ville de Paris ».

[571] Explicitement mentionnés dans Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, n° 82-142 DC, intitulé « sur la conformité de la loi aux articles 20 et 21 de la Constitution et à l'ensemble des dispositions constitutionnelles relatives aux pouvoirs propres du Gouvernement », entre les considérants 12 et 13.

la séparation des pouvoirs existe en principe et que cette protection implique un secret au moins provisoire des documents administratifs liés.

Même en l'absence de jurisprudence en la matière, un secret de l'activité gouvernementale doit être reconnu relativement à l'exercice des pouvoirs propres du Gouvernement. Ces « pouvoirs propres » sont ceux que détient le Gouvernement, notamment pour mettre en œuvre l'article 20 de la Constitution, qui énonce que celui-ci « détermine et conduit la politique de la Nation ». Les exemples de pouvoirs propres du Gouvernement sont rares dans la jurisprudence constitutionnelle, qui ne les définit pas directement. Néanmoins, le Conseil a pu mentionner plusieurs manifestations de ces pouvoirs, « en ce qui concerne notamment le domaine qui lui est réservé, les procédures dont il dispose pour le protéger et les conditions de son organisation et fonctionnement interne », mais encore s'agissant de procéder à « toutes autres consultations [que celles prévues par la loi contrôlée] et de conduire la préparation et la présentation des projets de lois ainsi que l'exécution et le contrôle des lois de plan »[572]. Le fait de demander l'habilitation à légiférer par ordonnance est également un pouvoir propre du Gouvernement[573]. La réflexion du Conseil constitutionnel est le plus clairement présentée dans la décision n° 93-324 DC :

> « La définition de la politique monétaire est un élément essentiel et indissociable de la politique économique générale dont la détermination et la conduite incombent au Gouvernement, sous la direction du Premier ministre, en vertu des [article 20 et 21 de la Constitution] »[574].

Les arguments relatifs au secret des délibérations gouvernementales allemandes – et des documents liés – dans la sphère de responsabilité propre de l'exécutif sont tout à fait transposables à la situation française. Il en va ainsi de la protection de l'indépendance de ces délibérations contre toute influence extérieure, y compris du simple fait d'avoir conscience d'une éventuelle publicité ultérieure[575].

Quant au champ des informations protégées, le *Freedom of Information Act 2000*, article 35, est susceptible de fournir un appui. Sont ainsi considérées comme des informations exemptées d'obligation de publication, notamment : « la formulation ou le développement de la

[572] *Idem*, respectivement considérant n^os^ 15 et 17.
[573] Conseil constitutionnel, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, n° 2004-510 DC, considérants n^os^ 28 et 29.
[574] Conseil constitutionnel, 3 août 1993, *loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, n° 93-324 DC, considérant n° 8.
[575] BVerfG, 21 octobre 2014, *Exportation d'armes* (*Rüstungsexport*), n° 137, 185.

politique gouvernementale », ainsi que « les communications ministérielles » et les avis juridiques et les demandes de ces avis[576]. Néanmoins, selon ce même article, les informations statistiques éclairant la prise de décision politique, une fois cette décision prise, ne sont plus protégées par ces dispositions[577]. Sur ce point, un parallèle peut être dressé entre le caractère objectif des informations statistiques mentionnées à cet article et les informations objectives fournies par le service scientifique du Bundestag allemand : c'est la réflexion des organes de décision qui est protégée, et non la connaissance objective du monde sur laquelle elle s'appuie. Une forme de contrôle est donc possible politiquement, dès lors que chaque électeur, ayant accès aux informations brutes, peut décider de lui-même s'il serait parvenu à la même décision que le parlementaire allemand ou le ministre britannique.

Des caractères communs au sein du champ de comparaison peuvent être observés, à commencer par le fait que les gouvernements y tiennent des rôles semblables. Les arguments justifiant un secret des documents administratifs relatifs aux délibérations gouvernementales, ensuite, s'apparentent les uns aux autres. Enfin, la situation juridique entourant l'action gouvernementale peut être considérée comme très semblable, spécialement en France et en Allemagne : le droit constitutionnel formel, notamment par le biais de la jurisprudence constitutionnelle, garantit la séparation des pouvoirs et protège l'exercice par le pouvoir exécutif de sa compétence. Il doit donc pouvoir être affirmé, malgré le silence du Conseil constitutionnel sur ce point, qu'il existe un secret des délibérations gouvernementales et des documents administratifs liés à l'exercice des pouvoirs propres du Gouvernement en France. Quant à la question de savoir si cette protection prend fin lorsqu'une décision est arrêtée, par exemple avec le dépôt d'un projet de loi à l'une des chambres, la Constitution ne tranche pas la question. De la sorte, le législateur apparaît libre d'ouvrir un accès aux documents gouvernementaux plus rapide que celui du droit des archives. En pratique néanmoins, le Conseil constitutionnel pourrait interpréter le droit constitutionnel existant d'une façon plus protectrice de l'activité gouvernementale.

---

[576] *Freedom of Information Act 2000*, article 35 [formulation de la politique gouvernementale, etc.], aliéna 1er, extrait : « *Information held by a government department or by the Welsh Assembly Government is exempt information if it relates to — (a) the formulation or development of government policy, (b) Ministerial communications, (c) the provision of advice by any of the Law Officers or any request for the provision of such advice* ».

[577] *Idem*, alinéa 2 : « *(2) Once a decision as to government policy has been taken, any statistical information used to provide an informed background to the taking of the decision is not to be regarded — (a) for the purposes of subsection (1)(a), as relating to the formulation or development of government policy, or (b) for the purposes of subsection (1)(b), as relating to Ministerial communications*. »

### C. La possibilité d'une conciliation entre droit de demander compte et bonne marche de l'administration

Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité du Code des relations entre le public et l'administration, comme il ne s'était jamais penché sur la loi 78-753 du 17 juillet 1978. Néanmoins, l'énoncé de l'article 15 de la Déclaration, qui touche tous les agents dans leur fonction administrative, est parfaitement pertinent pour exercer un tel contrôle. Quant à l'exclusion des regards extérieurs sur le cœur des fonctions juridictionnelles et exécutives, elle n'est pas incompatible avec la reddition de comptes. Fondée par le texte même de la Constitution, cette exclusion ne subirait pas l'exigence de proportionnalité mentionnée par le Conseil dans sa décision n° 655 QPC pour les atteintes législatives au droit énoncé à l'article 15 de la Déclaration[578]. La protection accordée n'aurait d'ailleurs pas à être absolue. L'autorité judiciaire connaît déjà des ingérences propres au contrôle de son bon fonctionnement par le ministère de la Justice[579] et rien ne permet de considérer qu'une publicité de ses activités administratives ferait peser un poids supérieur sur son indépendance.

## Conclusion de la section

La reconnaissance de la normativité de l'article 15 de la Déclaration de 1789 par le Conseil constitutionnel introduit un élément nouveau dans le problème de l'identification de l'agent public détenteur d'information : celui-ci, au sens de la Constitution, n'est pas nécessairement un agent public au sens de ce que peuvent affirmer la loi ou la jurisprudence du Conseil d'Etat ou du Tribunal des Conflits. A ce jour, pourtant, le Conseil constitutionnel semble vouloir s'inscrire dans les catégories administratives déjà connues et largement acceptées. La participation au service public demeure le critère par excellence de l'identification de l'agent public en France.

---

[578] Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, n° 2017-655 QPC, considérant 4 : « il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas des atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

[579] Le principe de bonne administration de la justice, tiré tantôt des articles 14 et 15 DDHC (décision n° 545 DC cons. 24), tantôt des articles 12, 15 et 16 DDHC (décisions n$^{os}$ 595 DC cons. 4, 77 QPC cons. 3, 631 DC cons. 26), peut être amené à s'opposer à celui de l'indépendance des juridictions, notamment lorsque le Conseil constitutionnel estime que le Défenseur des droits ne peut intervenir relativement au comportement d'un magistrat dans son office (décision n° 626 DC, cons. 16).

## CONCLUSION DU CHAPITRE

L'agent public est l'organe essentiel de la réalisation du droit de l'accès aux informations qu'il détient. C'est la raison pour laquelle l'identification des personnes relevant de cette qualité est essentielle. Cette détermination, au Royaume-Uni et en France, appelle deux observations. La première observation, au delà de ce que les droits conférés varient dans leur portée, est que le droit accordé au Royaume-Uni par le *Freedom of Information Act 2000* ne saurait être considéré comme un droit général. Quand bien même ce droit concernerait une majorité des agents publics britanniques, selon la définition retenue pour cette étude, le droit accordé est un droit d'exception. Les personnes souhaitant accéder à telle ou telle information restent en outre tributaires des autorités chargées de tenir à jour les listes des agents publics concernés par le texte. La seconde observation est qu'en France, au contraire, les énoncés constitutionnels consacrent une compréhension large de la notion d'agent public, y compris lorsque les personnes ne participant pas à la réalisation d'une mission de service public en sont exclues. Le droit d'accès pouvant être fondé sur l'article 15 de la Déclaration de 1789 est un droit général relativement aux agents auxquels il peut être opposé. Le droit énoncé au Royaume-Uni est cependant bien plus concret relativement à sa mise en œuvre, dès lors que c'est un législateur qui l'a rédigé en vue d'un exercice pratique ne nécessitant pas d'effort d'interprétation.

## CHAPITRE II. UN DROIT D'ACCES REALISE PAR LA COMMUNICATION DES DOCUMENTS

Le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics est réalisé par la communication des documents servant de support à ces informations. Cette action de communication doit pouvoir être déduite des termes employés par les énoncés de référence de l'étude afin de caractériser un droit d'accès à ces informations. Lorsque les termes employés par les énoncés, comme c'est le cas au Royaume-Uni, ordonnent et organisent concrètement cette mise à disposition, l'étude est dénuée de difficulté particulière : seuls sont problématiques des cas-limites, comme la caractérisation d'une demande abusive[580]. En Allemagne, il n'y a pas non plus de difficulté particulière lorsqu'un article de la Loi fondamentale garantit le droit d'accéder à des sources d'informations (y compris en l'absence d'obligation opposable au législateur) et qu'une loi met en œuvre ce droit[581]. Il en va différemment en France, où l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne mentionne pas spécifiquement la mise à disposition de documents mais se borne à exiger que les agents publics rendent compte de leur administration lorsque cela leur est demandé. Il n'y a pas de lien manifeste entre le fait de pouvoir demander aux agents publics de rendre compte et le fait de pouvoir leur demander communication de tel ou tel document : un réel exercice d'interprétation s'impose. Si la démonstration de l'existence d'un lien d'obligation entre « demander compte » et « accès aux informations » était l'objet du titre II de la première partie de la présente thèse, encore faut-il déterminer l'exacte mesure de ce lien. Plus simplement, pour paraphraser le député de Boisgelin : l'accès aux informations détenues par les agents publics est un droit acquis au citoyen. Chaque citoyen a le droit de demander cet accès, il faut donc encore en déterminer le champ[582].

Le *Freedom of Information Act 2000* ne doit pas être considéré comme contenant toutes les réponses au problème de l'existence et de la portée d'un droit d'accès aux informations au Royaume-Uni. Par contraste avec la France et l'Allemagne, la sanction de son article 1er apparaît avant tout garantie par un recours devant une simple autorité administrative : la réalisation

---

[580] L'article 14 FOI-A prévoit qu'il n'y a pas d'obligation pour une autorité de répondre aux demandes abusives (*vexatious*, litt. vexatoires) ; il en va de même si, après une réponse positive à une première demande d'information, un agent public reçoit du même pétitionnaire une nouvelle demande identique ou substantiellement similaire « avant l'écoulement d'un délai raisonnable » (*unless a reasonable interval has elapsed*).

[581] La loi fédérale sur la liberté de l'information de 2005 tient alors lieu de loi de détermination du champ du droit constitutionnellement protégé et de loi de mise en œuvre de ce droit.

[582] Le député de Boisgelin affirmait : « certes la responsabilité des agents du pouvoir exécutif est un droit acquis au citoyen. Chaque citoyen a le droit de leur demander compte ; il faut donc encore énoncer ce droit dans la déclaration. » MAVIDAL, LAURENT, CLAVEL, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), *op. cit.*, p. 488.

du droit d'accès par la communication ne semble pas assurée. Il est par conséquent nécessaire d'établir si le refus de communication est bien soumis *in fine* à un contrôle proprement juridictionnel au Royaume-Uni.

La communication de documents est une interprétation nécessaire d'une formule n'employant pas le terme en France (section I). Au Royaume-Uni, cette communication est effectivement soumise *in fine* à un contrôle juridictionnel (section II).

## SECTION I. LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS, INTERPRETATION NECESSAIRE D'UNE FORMULE N'EMPLOYANT PAS LE TERME EN FRANCE

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mentionne le droit pour la société de « demander compte à tout Agent public de son administration ». Quoique cette formule n'emploie pas ces termes, il est possible de l'interpréter comme ouvrant un droit à la communication d'informations. L'indétermination de l'expression « rendre des comptes » implique un travail de concrétisation par l'interprétation. Deux voies pour y parvenir s'offrent à l'étude : l'interprétation purement sémantique de l'expression et l'induction à partir de droits déjà connus de l'ordre juridique français. En introduction, la motivation des actes administratifs et l'accès aux archives ont été évoqués comme des façons de contraindre les personnes publiques à rendre des comptes quant à leur action. L'existence de ce lien de concrétisation entre droit de demander compte et obligations spécifiques doit être démontrée : jusqu'à la décision n° 471 QPC du Conseil constitutionnel, la doctrine s'était largement refusé à l'établir. Depuis cette décision, l'imagination des plaideurs a entamé ce travail et il est désormais possible d'établir une typologie des droits du rendu de compte, au sein de laquelle le droit d'accès aux documents administratifs trouve une place.

Il est possible de déterminer les modalités concrètes de l'obligation de « rendre compte » (§1) ; le droit d'accès aux documents administratifs se rattache bien à ce droit à la reddition de compte et son champ peut être déterminé (§2).

### §1. La possibilité d'une détermination des modalités concrètes de l'obligation de rendre compte

La Déclaration de 1789 mentionne « le droit de demander compte » mais cette expression n'est pas employée en droit administratif français ; il n'en est pas moins possible d'établir quelles sont les modalités concrètes, en droit administratif, de l'obligation constitutionnelle de rendre compte. La notion juridique clef permettant le lien entre droit constitutionnel et droit administratif, en l'espèce, est celle de responsabilité. Cette notion de responsabilité, connue des révolutionnaires comme des législateurs et des juges contemporains, oriente l'interprétation de l'article 15 de la Déclaration. Une précaution s'impose : la référence à la « responsabilité » est

un classique de la philosophie politique, alors que l'interprétation visée est une interprétation en droit.

La responsabilité, du latin *respondere*, « se porter garant, répondre », peut généralement être rattachée à l'idée, pour une personne, de répondre de ses actes – c'est l'approche du *Petit Larousse illustré* au terme « responsable »[583]. Plus juridiquement, le *Cornu* limite la responsabilité à une « obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société, etc.). »[584] En droit constitutionnel pourtant, la responsabilité n'implique apparemment pas de dommage ; c'est ce que Cornu reconnaît à demi-mot en construisant une courte rubrique constitutionnelle pour évoquer la responsabilité politique, qu'il définit comme une « obligation pour les ministres, dans le régime parlementaire, de quitter le pouvoir lorsqu'ils n'ont plus la confiance du Parlement ». La dichotomie faite par le *Cornu* entre une responsabilité au « sens général » fondée sur le dommage et une responsabilité « constitutionnelle » incombant spécifiquement aux ministres, peut être écartée en éliminant la nécessité d'un dommage sans perdre de précision en droit.

Pour la présente étude, la responsabilité doit être définie comme le fait pour une personne de répondre de ses actes selon les modalités organisées par le droit. Une définition aussi générale est seule susceptible de décrire le caractère propre de la responsabilité : il ne s'agit pas tant de l'obligation de réparation d'un dommage prononcée par un juge, que du fait que l'application d'une norme juridique lie des conséquences de droit (*Rechtsfolge*) à un état de fait (*Tatbestand*) créé par une personne. La responsabilité s'attache donc à la capacité d'une personne à agir, à modifier le monde qui l'entoure. Cette capacité révèle une constante, la création, par la personne tenue pour responsable, d'une situation relativement à laquelle un organe est chargé d'attacher des conséquences de droit. Concrètement, par exemple, la responsabilité civile s'attache à l'action entraînant un dommage pour autrui, la responsabilité pénale à l'action entraînant un dommage pour la Société, la responsabilité politique à l'action entraînant une situation politique indésirable. Cette responsabilité peut être précisée par des modalités spécifiques, au premier rang desquelles l'irresponsabilité attachée à l'incapacité d'une personne.

Le lien entre reddition de compte par les agents publics et modes de responsabilité des agents publics connus par le droit administratif doit donc être compris comme le fait qu'un organe soit appelé à émettre une appréciation sur les actions d'un agent public, appréciation porteuse de conséquences de droit. C'est d'ailleurs la direction prise par la jurisprudence du

[583] Coll., *Petit Larousse illustré*, édition 2001, Larousse, Paris, 2001, « Responsable ».
[584] CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, 11e éd., Paris, PUF, 2016, XXXI-1101 p., « Responsabilité ».

Conseil constitutionnel, lorsqu'il liste les diverses formes de responsabilité s'appliquant aux agents publics : responsabilités pénale, financière, hiérarchique et politique notamment[585].

L'engagement de l'une ou l'autre forme de responsabilité est un mode de reddition de compte (A), de sorte que peut être établie une typologie des droits de la responsabilité des agents publics en matière d'information (B). Il demeure néanmoins nécessaire d'exclure de cette catégorie les droits de la participation (C).

## A. L'engagement de l'une ou l'autre forme de responsabilité, mode de reddition de compte

Rendre compte implique la responsabilité, qui peut être financière, pénale, civile, disciplinaire, politique ou autre. Dans tous les cas, un jugement de valeur relatif à un comportement humain, rapporté à une norme de référence est émis. Cette norme peut être une incrimination pénale, comme le délit d'octroi d'avantage injustifié réprimé par l'article 432-14 du Code pénal mais elle peut aussi bien avoir un fondement plus diffus, notamment s'agissant de la responsabilité dite « politique ». Pour l'organe chargé de sanctionner l'auteur d'un comportement, il est nécessaire d'avoir une pleine connaissance, aussi bien du fondement de la responsabilité que des actions commises et susceptibles de l'engager.

Il est remarquable que l'expression « rendre des comptes » n'a pas changé de sens au cours des deux cent dernières années, de même que les mécanismes de responsabilité des agents publics. Une grande continuité existe en ce domaine pour parler de « responsabilité », depuis 1789 (1) jusqu'à à nos jours de contentieux administratif moderne (2).

### 1). Une « responsabilité » connue des révolutionnaires

Les textes constitutionnels révolutionnaires permettent de comprendre ce que les constituants entendaient par l'expression « rendre compte ». Pour les auteurs de 1789, la « responsabilité » des agents publics est un droit acquis des citoyens pour lutter contre les maux de l'action publique. La maladministration, qu'elle soit purement factuelle ou liée à la violation de normes

[585] Conseil constitutionnel, 2 décembre 2016, *Mme Sandrine A. [Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière]*, n° 2016-599 QPC, considérant n° 12.

juridiques, est l'un de ces maux. Quoique largement oublié du vocabulaire juridique français actuel, le terme « maladministration » n'est pas inconnu des historiens du droit[586] et n'est pas oublié par la doctrine administrativiste britannique. Il désigne un dysfonctionnement administratif pouvant être lié à la commission d'un acte illégal ou non, mais généralement lié au sentiment d'injustice d'un administré. L'ombudsman britannique compétent en matière d'administration locale est chargé d'étudier les cas de *maladministration* ressortissant du non-respect de délais, d'inaction, de mauvaise communication, de mauvaise information ou de l'irrespect de la parole donnée par des services administratifs[587]. A la différence de l' « *administrative malfeasance* », la maladministration n'implique pas nécessairement l'illégalité d'une action[588] ; cette malfaisance administrative désigne une action manifestement illégale de la part d'une autorité administrative, à la manière d'un abus de pouvoir en France. En droit positif britannique, cette malfaisance est mentionnée, avec l'incapacité physique ou mentale et la corruption, comme un cas permettant la destitution d'un juge[589].

Le bref rappel historique proposé s'appuie sur les constitutions révolutionnaires : d'abord, la Constitution de 1791, au devant de laquelle se tenait la Déclaration du 26 août 1789 prévoit une responsabilité devant le corps législatif (a). En l'an I, les agents publics sont déclarés responsables devant des juges élus et l'information du peuple est organisée (b). La Constitution de l'an III, en 1795, accroît le nombre des modes d'information du public sur l'activité de l'Etat (c).

### a). Une responsabilité prévue devant le corps législatif par la Constitution de 1791

Lorsque l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est rédigé, la compréhension de l'expression « demander compte » est la plus extensive ; la décision n° 599 QPC du Conseil constitutionnel y fait partiellement écho – au moins pour les mécanismes en cause. Les temps sont au contrôle de l'action de toutes les catégories d'agents publics,

---

[586] Ainsi FONBAUSTIER (Laurent), *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel – L'institution de la responsabilité des gouvernants*, *op. cit*.

[587] *House of Commons*, *Briefing Pape*r n° 04117, 17 juillet 2017, « *The Local Government Ombudsman* ».

[588] A propos de cette relation entre maladministration et validité de l'acte, ELLIOTT (Mark), « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts » [Ombudsmen, tribunaux, enquêtes : redessiner la responsabilité au delà des cours[588]], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p. 233-258.

[589] TUSHNET (Mark), « Judicial Accountability in Comparative Perspective » [La responsabilité judiciaire dans une perspective comparatiste], *op. cit.*

mais le pouvoir exécutif est le seul pour lequel la constitution fixe des limites concrètes. Il en va ainsi pour le roi :

> « Titre III. Des pouvoirs publics.
> « Chapitre II. De la royauté, de la régence et des ministres.
> « Section première. De la Royauté du roi.
> « Article 3. Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance. »
> « Article 7. Si le roi, étant sorti du royaume, n'y rentrait pas après l'invitation qui lui en serait faite par le Corps législatif, et dans le délai qui sera fixé par la proclamation, lequel ne pourra être moindre de deux mois, il serait censé avoir abdiqué la royauté. - Le délai commencera à courir du jour où la proclamation du Corps législatif aura été publiée dans le lieu de ses séances ; et les ministres seront tenus, sous leur responsabilité, de faire tous les actes du Pouvoir exécutif, dont l'exercice sera suspendu dans la main du roi absent. »

La responsabilité des ministres est organisée. Elle tient non seulement de la responsabilité pénale, mais encore d'une responsabilité de bonne gestion administrative :

> « Titre III. Des pouvoirs publics.
> « Chapitre II. De la royauté, de la régence et des ministres.
> « Section IV. Des ministres.
> « Article 5. Les ministres sont responsables de tous les délits par eux commis contre la sûreté nationale et la Constitution ; - De tout attentat à la propriété et à la liberté individuelle ; - De toute dissipation des deniers destinés aux dépenses de leur département.
> « Article 6. En aucun cas, l'ordre du roi, verbal ou par écrit, ne peut soustraire un ministre à la responsabilité. »

Les administrateurs sont également évoqués, soumis à une responsabilité hiérarchique organisée jusque devant le roi puis, à travers lui, devant le corps législatif :

> « Titre III. Des pouvoirs publics.
> « Chapitre IV. De l'exercice du pouvoir exécutif.

« Section II. De l'administration intérieure.

« Article 2. Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. - Ils sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives. »[590]

Au contraire, aucune limite n'est fixée à l'action du législateur et il est seulement exigé des juges le plein respect de la séparation des pouvoirs. Il ne saurait intervenir ni dans les affaires législatives ni dans la bonne marche de l'administration :

« Titre III. Des pouvoirs publics.

« Chapitre V. Du pouvoir judiciaire.

« Article 3. Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Dans leur ensemble, les responsabilités des organes mentionnés restent vagues. Seul le refus pour le roi de réintégrer le territoire national est précisément sanctionné par l'abdication.

### b). L'introduction en 1793 d'une responsabilité des agents publics devant des juges élus et d'une information des citoyens

En 1793, une nouvelle Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est rédigée et accolée à la Constitution de l'an I. Plus longue que celle du 26 août 1789, cette déclaration développe le thème de la responsabilité des agents publics à ses articles 23 et 24 :

« Article 23. La garantie sociale consiste dans l'action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits : cette garantie repose sur la souveraineté nationale.

« Article 24. Elle ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi, et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée. »

[590] Pour l'organisation détaillée de cette organisation hiérarchique, voir les articles 5, 6, 7 et 8 de la section « de l'administration intérieure ».

En 1793, d'ailleurs, Robespierre avait présenté à la Convention nationale un projet pour la nouvelle déclaration. Ses articles 14, 33 et 34, non retenus par l'assemblée, traitaient de la responsabilité des agents publics :

> « Article 14. Le Peuple est le souverain, le Gouvernement est son ouvrage et sa propriété ; les fonctionnaires publics sont ses commis. »
> « Article 33. Les délits des mandataires du Peuple doivent être sévèrement et facilement punis. Nul n'a le droit de se prétendre plus inviolable que les autres citoyens. [591]
> « Article 34. Le Peuple a le droit de connaître toutes les opérations de ses mandataires ; ils doivent lui rendre un compte fidèle de leur gestion et subir son jugement avec respect. »

Le corps de la Constitution de 1793 contient diverses dispositions relatives à la responsabilité des organes qu'elle institue. Les agents publics d'exécution, les administrateurs et autres officiers, y apparaissent soumis à une responsabilité à la fois hiérarchique et pénale, dont la portée exacte est à déterminer par le Corps législatif, qui contrôle d'ailleurs directement la bonne gestion des comptables publics.

> « De l'Etat et des citoyens.
> « Article 7. - Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français.
> « Article 8. - Il nomme immédiatement ses députés.
> « Article 9. - Il délègue à des électeurs le choix des administrateurs, des arbitres publics, des juges criminels et de cassation. »
>
> « Tenue des séances du corps législatif.
> « Article 45. - Les séances de l'Assemblée nationale sont publiques. »
>
> « Du Conseil exécutif.
> « Article 72. - Le Conseil est responsable de l'inexécution des lois et des décrets, et des abus qu'il ne dénonce pas.
> « Article 73. - Il révoque et remplace les agents à sa nomination.
> « Article 74. - Il est tenu de les dénoncer, s'il y a lieu, devant les autorités

[591] Cet article est devenu l'article 31 de la déclaration adoptée.

judiciaires. »

« Des corps administratifs municipaux.

« Article 82. - Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation. - Ils ne peuvent, en aucun cas, modifier les actes du Corps législatif, ni en suspendre l'exécution.

« Article 83. - Le Corps législatif détermine les fonctions des officiers municipaux et des administrateurs, les règles de leur subordination, et les peines qu'ils pourront encourir.

« Article 84. - Les séances de municipalités et des administrations sont publiques. »

« De la trésorerie nationale.

« Article 103. - Elle est administrée par des agents comptables, nommés par le Conseil exécutif.

« Article 104. - Ces agents sont surveillés par des commissaires nommés par le Corps législatif, pris hors de son sein, et responsables des abus qu'ils ne dénoncent pas. »

« De la comptabilité.

« Article 105. - Les comptes des agents de la trésorerie nationale et des administrateurs des deniers publics, sont rendus annuellement à des commissaires responsables, nommés par le Conseil exécutif. »

### c). L'accroissement du nombre des modes d'information par la Constitution de 1795

La déclaration de droits de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) innove en deux points : d'une part, elle ne reprend pas le préambule de la déclaration de 1789, chose faite en 1791 ; d'autre part, elle est transformée pour devenir une Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen. Au titre des droits, ses articles 9 et 22 énoncent respectivement :

« Article 9. Ceux qui sollicitent, expédient, signent exécutent ou font exécuter des actes arbitraires, sont coupables, et doivent être punis. »

> « Article 22. La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée. »

Au sein de la Constitution elle-même, de nombreux articles précisent les conditions d'exercice des pouvoirs publics ainsi que les modalités de rendu de compte qui leur sont propres. La publicité des débats parlementaires et du rendu de la justice sont ainsi garantis, et une place à part est donnée à l'organisation hiérarchique de l'administration, comme à la gestion des deniers publics.

Les administrateurs et agents du pouvoir exécutif sont les premiers concernés par la responsabilité : des délits spécifiques sont prévus par la Constitution relativement à la bonne marche du pouvoir législatif. Quant au sommet du pouvoir exécutif, selon l'article 152 de la Constitution, « les ministres sont respectivement responsables, tant de l'inexécution des lois, que de l'inexécution des arrêtés du Directoire. » Ce dernier, pour sa part, doit fournir les comptes et éclaircissements qui lui seraient demandés par le Conseil des Anciens ou le Corps législatif (article 153). Le rendu de compte annuel des administrations locales est institué ; son impression est prévue pour les administrations départementales (article 200) et il en va de même pour celui des ministres (article 308). En matière de trésorerie, des contrôles internes sont organisés à peine de forfaiture (article 319) et le résultat des comptes est imprimé et rendu public chaque année (article 324).

## 2). « Demander compte » en contentieux administratif moderne

Que les auteurs n'aient pas jugé utile ou souhaitable d'introduire – ou encore eu l'occasion ou la possibilité de le faire – dans la Constitution de 1791 ou dans les lois ultérieures un mécanisme permettant de sanctionner les violations de la Déclaration, n'influe pas sur la lecture à en donner aujourd'hui. Seule importe la volonté exprimée par ce texte, dès lors qu'un juge est chargé de le mettre en œuvre, comme c'est le cas du Conseil constitutionnel. En conséquence, les éclairages d'époque se limitent à permettre d'accéder au sens donné aux mots par leurs auteurs, pour reconstituer quelle a pu être l'évolution de leur sens.

Dans sa décision 2016-599 QPC, le Conseil constitutionnel retient d'ailleurs cette compréhension large de la responsabilité et du rendu de compte. Il affirme :

« 11. Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

« 12. Compte tenu des contrôles ou des obligations politiques, administratives ou pénales pesant par ailleurs sur les membres du Gouvernement et les élus locaux pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, le législateur n'a pas méconnu l'article 15 de la Déclaration de 1789 en les exemptant, sauf dans les cas prévus à l'article L. 312-2 du même code, des poursuites devant cette cour pour manquements aux règles des finances publiques. »

Il s'agit donc d'interpréter plus précisément cette décision apportant un témoignage de l'opinion du Conseil constitutionnel relativement à l'expression « rendre compte ». Il s'agit que les agents publics soient responsables, « comptables de leur conduite »[592]. Le principe de responsabilité est d'ailleurs un classique de la jurisprudence constitutionnelle, indépendamment de l'article 15 de la Déclaration de 1789[593].

Aujourd'hui, en matière administrative, les modes de responsabilité des agents administratifs n'ont que peu changé, ainsi qu'évoqué en introduction relativement au contrôle de légalité et de bonne gestion financière. Le Conseil constitutionnel est remarquablement proche de la Constituante quand il mentionne les « contrôles ou des obligations politiques, administratives ou pénales pesant par ailleurs sur les membres du Gouvernement et les élus locaux pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions »[594]. Au delà de la mention malheureuse du caractère politique de certains contrôles ou obligations, organisés par le droit, les responsabilités pénale et administrative peuvent être rapprochées des termes de 1791. S'agissant des ministres : délits contre la sûreté ou la Constitution, attentat à la propriété ou à la liberté, dissipation des deniers ; s'agissant des administrateurs, soumission à la surveillance et à l'autorité du roi, chef du pouvoir exécutif. Une responsabilité légale ressort de cet ensemble, au moins en ce qu'elle est organisée par le droit, se découpant en autant de branches que de domaines juridiques concernés par l'action publique. Des comptes sont rendus de l'activité administrative : pénalement, administrativement, hiérarchiquement, civilement dans le cadre d'une voie de fait, encore

[592] RIALS (Stéphane), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 605 ; p. 619-620 pour la citation.

[593] Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *Epoux L. [Faute inexcusable de l'employeur]*, n° 2010-8 QPC ; Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement]*, n° 2011-116 QPC.

[594] La grande variété des moyens de la responsabilité et des typologies s'y rapportant n'est pas discutée qu'en France. Voir par exemple BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *op. cit.*, p 6-7.

financièrement. Il convient pourtant de distinguer deux temps : la reddition de compte d'abord, qui est le temps de l'information, puis l'appréciation portée sur ce compte, qui est le temps du jugement de valeur[595].

Le postulat, ainsi qu'il a été développé en introduction, est que les documents administratifs, catégorie englobant aussi bien les actes administratifs que les divers rapports et enquêtes établis par l'administration, sont la trace matérielle la plus à même d'informer objectivement le public de l'activité administrative menée par les agents publics[596]. L'accès à ces documents n'épuise pourtant pas les modes de la reddition de compte : les droits propres à la reddition de compte sont nombreux.

## B. Typologie des droits de la responsabilité des agents publics en matière d'information

Procéder par induction est la plus simple façon d'illustrer la reddition de compte comme toute action susceptible d'informer la société sur l'activité administrative des agents publics. Un ensemble de mécanismes législatifs et jurisprudentiels existants permet de déterminer ce que le droit constitutionnel de la responsabilité des agents publics est susceptible de couvrir. Ces moyens ont pour l'essentiel été jugés conformes à la Constitution et l'on peut raisonnablement compter sur la constitutionnalité de l'accès aux documents administratifs[597]. Les rapports publics comme ceux de la Cour des comptes, le contrôle administratif interne comme externe aux services contrôlés, les auditions d'agents administratifs par les commissions parlementaires, l'accès aux documents administratifs, la motivation des actes administratifs, l'accès aux archives ou encore les obligations de renseignement du public sont autant de moyens de reddition de comptes de la part des agents publics.

Les principaux droits propres au rendu de compte sont connus et généralisés depuis les années 1970, de sorte que Jean-Paul Costa pouvait sans difficulté les traiter comme un ensemble cohérent en 1986[598]. Aujourd'hui, de plus, le droit positif recèle de nouveaux droits, dits de

[595] Fût-il ici juridique, moral, politique, philosophique ou environnemental.

[596] Il ne sera pas développé plus avant sur les autres moyens susceptibles d'informer sur l'action des agents publics, par exemple les entretiens et les différents modes du contrôle interne à l'administration.

[597] Le Conseil constitutionnel n'a pas été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, ni à ce jour sur le Code des relations entre le public et les administrations.

[598] COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, *op. cit*. A propos du droit au renseignement et à l'information, voir également LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *op. cit*.

participation, qui pourraient être abordés comme permettant un contrôle *a priori* de l'action administrative : les droits de la participation en matière environnementale. Ce n'est pourtant pas le cas, dans la mesure où la participation suppose un rapport spécifique à l'action publique, en amont de toute action de l'agent public.

Les droits de la reddition de compte ayant une influence sur l'information du public sont les droits à l'accès aux documents administratifs au sens large (1), à la motivation des décisions administratives (2) et l'obligation de renseignement pesant sur ces agents publics (3).

## 1). L'accès aux documents administratifs au sens large

L'accès aux documents administratifs doit être ici entendu à son sens le plus large, pour englober tout type d'accès à ces documents, documents d'archives ou documents décisionnels inclus. Il peut s'agir aussi bien d'un accès par demande à une autorité administrative de publication de tel ou tel document (une copie de délibération municipale, par exemple), que de l'accès aux Archives nationales à Pierrefitte, ou encore de l'accès ouvert par la publication spontanée de documents par un service administratif ou un agent. Les rapports annuels publiés par le Conseil d'Etat relèvent de cette dernière catégorie. La notification d'une décision administrative, enfin, est également une forme d'accès à l'information administrative.

L'accès aux documents administratifs consiste toujours à permettre de prendre connaissance du contenu d'un document d'administration, par opposition à un document qui porterait sur le cœur de l'activité législative ou juridictionnelle – voire sur l'exercice des pouvoirs propres du gouvernement. Pour les deux premiers de ces domaines, cependant, les activités d'administration de la justice et de la législation permettent un contrôle par l'accès aux documents administratifs. Ainsi les rapports statistiques relatifs au prononcé des décisions de justice (délai, taux d'appel, type et *quantum* des condamnations) ou au vote de la loi (présence des députés, durée des procédures, suivi des rapporteurs en commission) permettent aux citoyens un regard sur ces activités[599].

Dans ce cadre, la loi du 17 juillet 1978 énonce un droit d'accès de principe aux documents, droit dont jouit toute personne sur demande non motivée. Ce régime mis en place par la

[599] A propos de la publication statistique comme forme de transparence pour les juridictions, voir notamment : LE SUEUR (Andrew), « Parliamentary Accountability and the Judicial System » [La responsabilité parlementaire et le système judiciaire], *op. cit.*, p. 206. Quant à l'activité législative, voir le traitement des notes d'information produites par le service scientifique du Bundestag, par exemple *in* BVerwG, Urteil vom 25.6.2015 - 7 C 1/14, NJW 2015, 3258-3263.

loi 78-753 est identifié par M. Costa comme le premier du trio des droits de la reddition de compte[600]. Des régimes d'exception existent :

– l'accès aux documents contenant des informations personnelles est permis seulement à la personne sur laquelle portent ces informations (droit de la protection des informations personnelles[601]) ;
– l'accès aux documents portant sur certains domaines d'activité est exclu (droit des secrets officiels et particuliers[602]) avant l'écoulement d'un certain temps (droit des archives et du domaine public intellectuel[603]).

Aujourd'hui, le droit de l'accès aux documents administratifs est largement contenu dans les Code des relations entre le public et les administrations de 2015, à ses articles L 300-1 et suivants. Le domaine des archives et certains domaines spécifiques dont les informations relèvent, par exemple, du Code de la propriété intellectuelle[604] ou encore du Code pénal en demeurent spécifiquement exclus[605]. Le Code de 2015 permet néanmoins une approche unifiée en ce que ces domaines sont mentionnés, quoique traités par renvoi à des dispositions extérieures.

En matière d'archives la décision n° 2017-655 QPC, du 7 septembre 2017, relative aux archives présidentielles procède explicitement au rattachement entre droit d'accéder aux documents issus des pouvoirs publics et obligation de rendre des comptes. Cette décision énonce :

> « 4. Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration". Est garanti par cette disposition le droit d'accès aux documents d'archives publiques. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »[606].

[600] COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, *op. cit*, p. 149-150.
[601] Article L 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration.
[602] Article L 311-5 du même code.
[603] Pour les archives article L 311-8, pour la propriété intellectuelle, mention générale à l'article L 311-4 de la réserve de propriété littéraire et artistique ; le secret industriel et commercial est protégé avec la vie privée à l'article L 311-6.
[604] L'article L 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration énonce ainsi que « les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique. »
[605] L'article L 311-5 du Code fixe ainsi une liste de domaines exclus de la communicabilité si la consultation ou la communication de documents s'y rapportant porterait atteinte aux intérêts afférant, en matière de défense par exemple, mais également « aux autres secrets protégés par la loi » (Article L 311-5, 2° h).
[606] Conseil constitutionnel, *M. François G [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, 15 septembre 2017, n° 2017-655 QPC.

La garantie constitutionnelle du droit d'accès aux documents d'archives publiques n'exclut pas des exceptions plus ou moins larges, notamment en matière d'archives émanées des membres du Gouvernement. Le Conseil constitutionnel, dans la même décision, estime que des restrictions d'accès, limitées dans le temps, sont tolérables pour assurer le versement aux archives du maximum de documents.

Si le Conseil n'a pas encore eu à trancher un litige portant sur le droit d'accès aux documents administratifs, rattaché à l'article 15 de la Déclaration, rien ne permet d'affirmer que sa solution de principe serait différente : droit d'accès constitutionnellement garanti sauf exception.

## 2). La motivation des actes administratifs

Quant aux actes administratifs – au moins les actes défavorables puisqu'ils sont les plus à même d'être contestés – l'intérêt à leur motivation est évident pour les administrés comme pour les plaideurs. Grâce à la motivation, les administrés sont susceptibles de mieux comprendre le choix fait par l'administration et donc de l'accepter, et les plaideurs sont mieux à même de contester ces actes. Ce recours juridictionnel mis en branle par une réclamation doit être considéré comme participant au contrôle par les citoyens de l'activité de leurs agents : si les intérêts particuliers sont pris en compte par le juge, spécialement pour la détermination de l'intérêt à agir, c'est le respect de la loi par l'administration qui est obtenu lors de l'annulation d'un acte administratif.

La loi du 11 juillet 1979 fixe par écrit la jurisprudence administrative en la matière. A l'époque déjà, cette loi est reconnue comme participant au mouvement d'ouverture de l'administration aux regards extérieurs[607]. Aujourd'hui, la motivation des actes administratifs défavorables est codifiée à l'article L 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. Cette motivation pourrait également être rattachée au droit au recours effectif de l'article 16 de la Déclaration de 1789, dès lors qu'elle permet de s'opposer efficacement à l'argumentation de la personne publique, lors d'un recours pour excès de pouvoir par exemple[608].

[607] COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, *op. cit*, p 151, incluant cette loi dans la question de la transparence administrative.

[608] Droit au recours effectif qui, sur le fondement de l'article 16 DDHC, permet d'assurer la connaissance des éléments nécessaires permettant effectivement d'exercer un recours (2012-256 QPC ; 2012-268 QPC ; 2010-

### 3). L'obligation de renseignement

L'obligation de renseignement des fonctionnaires et autres agents publics français est prévue à l'article 23 de la loi du 13 juillet 1983[609]. Si cette obligation porte sur une forme d'assistance matérielle des agents publics à ceux les interrogeant et ne porte pas directement sur la connaissance de l'activité administrative, elle doit être prise en compte pour déterminer la part de l'activité administrative dont le public a connaissance.

## C. Exclure les droits à la participation du champ de la reddition de compte

A ce jour, la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-599 QPC ouvre largement le champ de la reddition de compte : au delà des droits déjà mentionnés, le Conseil retient aussi bien la responsabilité devant les juridictions financières que les « contrôles ou obligations politiques, administratives ou pénales » pesant sur les agents publics[610]. De ce fait, le Conseil se laisse une grande marge d'interprétation pour juger si la somme de ces obligations, pour un agent donné, est suffisante pour considérer que la Société a bien le droit de demander compte à cet agent public de son administration. Plus prosaïquement, la technique de contrôle employée par le Conseil a également été critiquée pour son imprécision[611].

Le droit de l'environnement est un domaine propre à l'expérimentation de nouveaux mécanismes de droit. La procédure d'enquête publique, liée a l'affirmation de droits à la participation du public à la prise de décision administrative, est la principale illustration de l'évolution des rapports entre administration et administrés depuis l'ouverture des trois grands droits de la fin des années 1970. Face à ce nouveau mécanisme de l'enquête, non limité à un droit de regard *a posteriori* sur l'activité administrative, il est nécessaire d'établir si celui-ci peut être rattaché à l'article 15 de la Déclaration de 1789.

607 DC) ; il assure également que l'autorité judiciaire ne soit pas empêchée abusivement d'accéder à certaines informations au nom du secret de la défense nationale (2011-192 QPC)

[609] Loi n° 83-364, du 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires* ; JORF du 14 juillet 1983, p. 2174.

[610] Conseil constitutionnel, décision n° 599 QPC précitée, considérant n° 12.

[611] MOUZET (Pierre), « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », *AJDA* 2017-2 (23 janvier 2017), p. 130-136., p. 14 : « le tort de la décision du 2 décembre 2016 n'est pas tant de décider que l'injusticiabilité des élus locaux est conforme à la Constitution que de laisse accroire qu'elle lui serait seule conforme. »

Une confusion est apparue entre droit à l'information et droit à la participation en droit de l'environnement (1). La participation est pourtant à rattacher à l'exercice du pouvoir et non à la mise en œuvre de la responsabilité (2).

## 1). L'apparition d'une confusion entre information et participation en droit de l'environnement

L'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004 énonce que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. » Cet énoncé reflète la confusion apparue entre une demande d'information rattachée à la mise en jeu de la responsabilité des agents publics, et une demande de co-décision, relevant de l'exercice du pouvoir de l'agent.

La participation du public aux procédures administratives, particulièrement en matière environnementale, est en plein essor. Cette participation par les enquêtes publiques, rêvée par les plus optimistes comme une quasi-codécision, critiquée par d'autres comme un triomphe de la minorité la plus bruyante[612], est désormais clairement admise par la Charte de l'environnement. Le droit administratif classique connaît l'intérêt de prendre en compte l'opinion des personnes concernées par une procédure de décision. En France, derrière la compréhension généreuse de l'intérêt à agir devant le Conseil d'Etat, c'est une forme d'équilibre entre opportunité de correction de l'action administrative et risque d'obstruction qui est recherchée[613]. La jurisprudence relative aux droits de la défense en matière de sanction administrative est la plus exigeante en ce sens depuis les années 1950[614]. Dans le même sens, la loi allemande sur les procédures administratives prévoit que soit consultée la personne directement concernée par une décision[615].

[612] Spécialement HIEN (Eckart), « Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung » [Participation citoyenne dans le domaine tendu de la séparation des pouvoirs], *op. cit*.

[613] C'est le même souci qui anime les décisions Conseil d'Etat, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580, Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, n° 19167, Conseil d'Etat, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, n° 7715, ou plus récemment pour une limite Conseil d'Etat, 3 juin 2009, *Canavy*, n° 305131.

[614] La décision Conseil d'Etat, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, est la référence classique en la matière.

[615] § 28 VwVfG.

La spécificité des procédures administratives environnementales tient à leur caractère public. Si en principe la consultation et l'information ne sont prévues que pour les habitants de la zone estimée concernée par tel ou tel projet immobilier, aucune mesure ne vise à ce que – ni ne permet que – les informations divulguées soient tenues secrètes pour le reste de la population, ou à s'assurer physiquement que seules les personnes justifiant de leur lieu de résidence puissent indiquer leurs observations sur les recueils déposés en mairie. Le titre « information et participation des citoyens » du code de l'environnement ne mentionne que « le public », sans jamais limiter la concertation organisée par la Commission nationale du débat public à ce qui serait un public directement concerné, par l'intérêt personnel ou par la zone géographique. Seules les modalités de débat choisies par la Commission déterminent le champ de la participation effective. Le cas particulier de l' « organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision en cause » est mentionné à l'article L 121-16-1 du même code. La déclaration d'intention rédigée par le maître d'ouvrage avant le dépôt d'un projet mentionne néanmoins le territoire susceptible d'être affecté par le projet, par commune, et donne « un aperçu des incidences potentielles sur l'environnement » ; ce document sert de base à la concertation préalable[616].

Le développement de nouvelles procédures donnant un rôle au public ne saurait ôter sa liberté de choix à l'administrateur, seul habilité par la loi – et légitimé par l'élection dont est issue le gouvernement dont il dépend – à prendre une décision[617]. En cela, les procédures propres à l'environnement ne se distinguent pas du droit administratif général. Cette limite est d'ailleurs l'une des plus solides à l'élargissement de l'accès aux documents administratifs. La participation environnementale reste soumise, comme le rappelle l'article L 123-2 du Code de l'environnement relativement aux enquêtes publiques, au respect « du secret de la défense nationale, du secret industriel et de tout secret protégé par la loi ».

Le domaine de l'information environnementale est à ce jour le seul soumis à des obligations de publicité par le droit de l'Union européenne, depuis la directive 90/313/CE. Dans le domaine environnemental il est admis que la relation d'information existant entre le pétitionnaire d'une autorisation de construction et la personne publique dépasse ces deux personnes, et doit être ouverte au public. Le danger posé par une installation industrielle n'est pas absolument délimité par l'identification de la parcelle concernée sur le cadastre. Le rendu de compte relatif aux projets en cours permet en ce cas la connaissance de l'action des personnes publiques ainsi

[616] Articles L 121-18 et L 121-19 du Code de l'environnement.

[617] HIEN (Eckart), « Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung » [Participation citoyenne dans le domaine tendu de la séparation des pouvoirs], *op. cit*.

que celle des personnes privées dont l'activité, par les risques qu'elle comporte et son influence sur l'environnement, ne peut être considérée comme seulement privée.

## 2). Une participation à rattacher à l'exercice du pouvoir et non à la mise en jeu de la responsabilité

Une distinction entre les droits propres au fait de demander compte et les droits de la participation demeure indépassable : l'information et la responsabilité n'interviennent qu'*a posteriori*, tandis que la participation intervient *a priori*, avant la prise d'une décision. Cette frontière apparaît brouillée pour la raison évidente que la participation suppose une dose d'information, portant au moins sur le projet soumis à une enquête publique et sur les études réalisées par l'administration quant à l'impact de ce projet. Néanmoins, si les droits de la participation s'appuient sur un certain niveau d'information, ils visent au premier chef à façonner l'action administrative, et non à émettre un jugement de valeur sur l'action de l'agent public concerné, généralement le préfet. Ainsi, la temporalité propre à la mise en jeu d'une responsabilité est exclue. Les droits à la participation ne sauraient donc être traités selon le même régime que les droits propres à la responsabilité. Tout particulièrement, alors que l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit un régime spécial d'information et de participation, l'article 15 de la Déclaration de 1789 n'est porteur que d'un régime général relatif à l'information et à la responsabilité. Il ne saurait être considéré comme une source de droit à la participation.

Les procédures collectives de consultation sont les plus susceptibles d'être étendues à d'autres domaines d'intervention de la personne publique dans l'existence des administrés. Rien n'exclut d'autres droits, surtout dans le contexte des droits de la participation à la délibération ou à une pré-délibération en matière environnementale. La récente loi sur la République numérique a donné lieu à une forme de consultation populaire ouverte sur internet[618]. Il n'est pas absurde d'imaginer, par exemple, qu'un jour les usagers de Pôle Emploi soient appelés à donner leur avis sur un projet de réforme du service public de l'aide à l'emploi. L'éventuelle systématisation de mécanismes de consultation ou d'enquête en dehors du droit de l'environnement n'en ferait pas davantage des droits du rendu de compte.

La responsabilité n'existe que liée au pouvoir de décision, à la possibilité de l'action, en l'occurrence à la possibilité d'administrer au sens de l'article 15 de la Déclaration de 1789. En

[618] Loi n° 2016-1321, du 7 octobre 2016, pour une république numérique ; JORF du 8 octobre 2016, texte n° 1.

ce sens, les critiques adressées par Eckart Hien doivent être gardées à l'esprit[619] : si l'interprétation de « demander compte » permet d'imaginer de nouveaux moyens d'information et de responsabilité quant aux décisions prises, aucun déplacement du pouvoir de décision de l'autorité administrative vers une autre personne n'est possible sur le fondement de cet article.

## §2. Le champ du droit d'accès aux documents administratifs rattaché au droit à la reddition de compte

L'interprétation permet de borner le champ du droit d'accès aux documents administratifs rattaché au droit à la reddition de compte. Lorsque l'article 15 de la Déclaration de 1789 énonce que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son Administration », il reste ainsi à déterminer ce dont il est question concrètement. Pour ce faire, il convient de se pencher sur chacun des éléments réunis dans cet énoncé normatif. Le substrat normatif est composé d'un organe bénéficiaire (la Société), d'un organe débiteur (l'Agent public), et d'une action les unissant : le fait de demander compte de l'Administration. Afin que ce droit puisse être opposé à tout organe créateur de droit subordonné, au premier rang desquels le législateur, il doit être invocable devant une juridiction ; il est donc nécessaire d'établir encore qui est titulaire du droit de demander compte dont bénéficie la Société[620]. A ce point de l'étude, seul l'organe « agent public » a été précisément étudié.

La question du bénéfice du droit, distinguée de celle de la titularité de ce droit, doit encore être distinguée de la question de la concrétisation. C'est ainsi que le contrôle financier réalisé par les magistrats des chambres régionales des comptes bénéficie à la société toute entière, au même titre que le contrôle de légalité potentiellement exercé (indirectement) par tout administré auquel une autorité administrative oppose un acte administratif individuel défavorable. Le Conseil constitutionnel a reconnu que le droit de demander compte pouvait être concrétisé non

[619] HIEN (Eckart), ), « Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung » [Participation citoyenne dans le domaine tendu de la séparation des pouvoirs], *op. cit*.

[620] La question du bénéfice du droit, distinguée de celle de la titularité de ce droit, doit encore être distinguée de la question des organes de réalisation de ce droit. C'est ainsi que le contrôle financier réalisé par les magistrats des chambres régionales des comptes bénéficie à la société toute entière, au même titre que le contrôle juridique exercé par tout administré auquel une autorité administrative oppose un acte administratif individuel défavorable.

seulement par l'activité des juridictions financières[621], mais encore par le droit d'accès du public aux archives[622].

Le bénéficiaire du droit de demander compte est la « Société », soit un corps abstrait à l'image de la Nation et de la République (A). La titularité du droit, quant à elle, est bien accordée à l'ensemble des sujets de droit français (B). La communication des documents administratifs, enfin, est bien une modalité nécessaire de la reddition de compte (C).

## A. La « Société » bénéficiaire du droit, corps abstrait à l'image de la nation et de la République

Attribuer un droit à la « Société » est moins obscur qu'il n'y paraît, cette « société » étant une notion bien connue du droit et de la philosophie politique – mais sans désaccords tels que ceux relatifs à la démocratie et à la république[623]. La Société peut être rapprochée de la notion de corps social (rapporté à l'échelle d'un ordre juridique) et l'intérêt général est synonyme d'intérêt de la société. Sur ce point, le *Vocabulaire* Cornu identifie bien le cœur de la société lorsqu'il la définit comme « la collectivité des membres d'une nation, d'un Etat, considérée comme sujet et support d'un intérêt collectif » – il n'emploie néanmoins pas l'expression « intérêt général »[624].

Le droit constitutionnel positif donne des indications quant au sens à donner au terme « société ». Le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'il n'emploie pas le terme société, s'adresse à « tous les membres du corps social » ; quant aux articles de la Déclaration, ils concernent soit les membres de la société (article 4), soit celle-ci directement (articles 5, 15 et 16). Le corps social, ensemble de personnes constitué en société par le droit, peut être nommé de façon variable. C'est toujours de ce corps social dont il est question

[621] Conseil constitutionnel, 8 décembre 2011, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures judiciaires*, n° 2011-641 DC ; Conseil constitutionnel, 2 décembre 2016, *Mme Sandrine A. [Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière]*, n° 2016-599 QPC.

[622] Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, n° 2017-655 QPC.

[623] Pour Boucher d'Argis et Jaucourt, dans la première édition de *l'Encyclopédie*, la « société », saisie par la jurisprudence, « signifie en général une union de plusieurs personnes pour quelque objet qui les rassemble. » Ainsi « plusieurs familles réunies dans une même ville, bourg ou village, forment une société plus ou moins considérable [...] ; cette union est ce qu'on appelle société civile ou politique ; & dans ce sens tous les hommes d'un même pays, d'une même nation & même du monde entier composent une société universelle », Coll., *l'Encyclopédie*, 1ère édition, 1751, tome XV, Neufchastel, Faulche & cie, p. 252-260.

[624] CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sous « Société ».

lorsqu'est mentionné le salut public, l'intérêt de la nation, la raison d'Etat ou diverses expressions du même type, relevant généralement de la philosophie politique.

Pour l'interprétation de l'article 15 de la Déclaration de 1789, la « Société » peut être entendue comme un corps distinct des membres le composant et représenté par des organes propres, comme c'est le cas en droit des sociétés. C'est ce qui permet que cet article 15 soit mis en œuvre par des droits appartenant tantôt aux membres du public, tantôt aux juridictions, ou encore à d'autres organes. Reste alors à déterminer qui, physiquement, peut invoquer en justice ce droit de la société de demander compte, afin d'en assurer le respect par tous les organes créateurs de droit subordonnés.

## B. La titularité du droit accordée à l'ensemble des sujets de droit français

Au contraire du bénéfice du droit, la titularité du droit de demander compte ne peut appartenir à la société elle-même. Elle peut appartenir soit à chacun des membres la composant, soit à certains organes spécialement habilités à cette fin. Jusqu'à l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité en 2008, les seuls titulaires des normes de droit constitutionnel étaient les autorités désignées à l'article 61 de la Constitution. C'est ainsi que des parlementaires, sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration, avaient contesté une réduction de la compétence des chambres régionales des comptes au profit d'organes de contrôle internes à l'administration[625]. Dans cette espèce, un quorum de soixante sénateurs (organe titulaire de l'ensemble des droits énoncés dans la Constitution selon son article 61) avait invoqué le droit de demander compte dont la société est bénéficiaire, et dont l'une des concrétisations est le contrôle réalisé par les chambres régionales des comptes.

Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, tout plaideur à une instance est titulaire des droits et libertés que la Constitution garantit et dont le champ d'application couvre le litige auquel ce plaideur fait face. S'agissant du droit d'accès aux archives publiques, il est nécessaire de considérer que, pour cette forme au moins du rendu de compte, en sont titulaires tous les sujets de droit reconnus en France.

[625] Conseil constitutionnel, 8 décembre 2011, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, 2011-641 DC, considérants n$^{os}$ 7 et 8.

## C. La communication des documents administratifs, modalité nécessaire de la reddition de compte

Il a été établi que l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce bien un droit : il est encore nécessaire d'établir que « demander compte » peut signifier « obtenir l'accès aux documents administratifs ».

L'interprétation sémantique de l'article 15 de la Déclaration n'est pas uniquement soumise au sens commun du terme « demander ». Cornu, dans sa *Linguistique juridique*, rappelle que le sens d'un énoncé est le sens que lui donnent son émetteur et son récepteur, employant avec une exactitude plus ou moins grande, un langage qui leur est commun[626]. Le langage des panneaux de signalisation est particulièrement révélateur en la matière. Si le consensus entre les locuteurs est tel que le sens de l'expression « demander compte » est bien d'*obtenir* que compte leur soit rendu, alors c'est cette interprétation qui doit être retenue[627]. L'imprécision, le langage imagé et la métaphore ne sont pas interdits au constituant[628]. En l'absence de contestation sérieuse de ce que, dans le cas présent, « demander » signifie « obtenir », ni par les plaideurs, ni par le juge, ni par la doctrine, il peut être supposé que c'est la juste interprétation sémantique de ce terme[629].

Elargie à un mode historique, téléologique ou systématique, l'interprétation s'oppose également à ce que cette disposition, appartenant à un texte du bloc de constitutionnalité, se limite à un simple droit de demander poliment aux agents publics de rendre compte de leur administration en espérant une réponse donnée discrétionnairement. Une telle interprétation molle de l'article 15 de la Déclaration, celle d'un objectif à valeur constitutionnelle, a d'ailleurs été écartée par le Conseil constitutionnel le 29 mai 2015[630]. Il a réitéré en ce sens avec les décisions n$^{os}$ 2016-599 QPC et 2017-655 QPC.

---

[626] A ce propos, il conclut que « la communication n'est donc réussie (entre autres conditions) que si le récepteur, une fois le contact établi (première condition), connaît le code qu'utilise l'émetteur (deuxième condition) et connaît la réalité à laquelle référent les signes de l'énoncé (troisième condition) », *in* CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 209.

[627] Toujours dans sa *Linguistique juridique*, Cornu souligne que « l'essentiel est de dissocier intellectuellement vocabulaire juridique et discours juridique : il peut y avoir discours juridique sans vocabulaire juridique » ; le message juridique est « encodé dans la langue naturelle qui en est le véhicule nécessaire » *in idem*, p. 209.

[628] Cornu estime ainsi que « chaque fois qu'il est possible, le législateur doit s'exprimer de façon à être compris de tous », puis que « chaque fois qu'il est nécessaire, le législateur doit utiliser la précision de son langage technique » ; plus loin, il allait jusqu'à affirmer que cette « préférence » au style concret serait « dans le génie de la langue française » ; CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, *op. cit.*, respectivement p. 315 et 321.

[629] Lors de l'audience relative à la QPC 471, le représentant du gouvernement et les avocats de la ville de Paris, affirmant que l'article 15 de la Déclaration n'énoncerait qu'un objectif à valeur constitutionnel, n'ont pas été jusqu'à affirmer qu'au droit de demander des citoyens répondrait droit de décliner des agents publics. Aucune affirmation en ce sens n'a été soulevée depuis.

[630] Conseil constitutionnel, décision n° 2015-471 QPC, précitée.

L'accès aux documents administratifs est une modalité nécessaire de la reddition de compte. Le fait que la loi prévoie l'accès aux documents administratifs pose l'accès aux documents comme un mode de reddition de compte *possible*, mais sans en faire une modalité *nécessaire*. Cette nécessité peut néanmoins être déterminée. En premier lieu, l'accès à l'information est littéralement la première modalité de rendu de compte ; plus largement, l'information conditionne la mise en œuvre des autres responsabilités. S'agissant de l'accès du public aux documents administratifs, cette responsabilité potentielle est indirecte, dépendante du processus électoral. En second lieu, l'accès du public aux documents administratifs est une modalité *nécessaire* de la reddition de compte du simple fait qu'elle est *possible*, ceci parce que l'article 15 de la Déclaration ne conditionne ni ne limite en rien l'action de « demander compte ». Si une modalité de rendu de compte est réalisable, alors elle peut être réclamée sur le fondement de cet article, sauf à ce qu'une autre norme de droit constitutionnel s'y oppose. C'est ainsi, s'agissant des documents administratifs, que le droit d'accès s'oppose à la protection de la vie privée ou encore à celle du secret des délibérés judiciaires. En dehors des conciliations rendues nécessaires par le droit constitutionnel, le droit de demander compte ne peut être limité. C'est d'ailleurs, s'agissant du droit d'accès aux archives, ce que le Conseil constitutionnel a reconnu en estimant que les atteintes portées à ce droit doivent être proportionnelles à l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur, et limitées par ailleurs à la conciliation avec d'autres normes constitutionnelles[631].

## Conclusion de la section

La communication de document est une interprétation nécessaire d'une formule n'employant pas le terme en France : « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». Effectivement, si l'article 15 de la Déclaration de 1789 se borne à mentionner le fait de « demander compte », il est tout à fait possible de déterminer les modalités concrètes de l'obligation correspondante de rendre compte. Le législateur moderne, tout comme le constituant révolutionnaire, s'est attelé à cette tâche, de sorte que le droit administratif connaît diverses formes de reddition de compte par les agents publics. Certaines font intervenir le public en tant que tel, notamment le droit d'accès aux documents administratifs, tandis que d'autres sont limitées à des organes spécifiquement désignés, comme le contrôle exercé par les

[631] Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G* [*Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement*], n° 2017-655 QPC.

chambres régionales des comptes. Ces différents droits ont pour dénominateur commun de viser à la mise-en-jeu de la responsabilité des agents publics, quant à l'usage fait par eux des moyens matériels et juridiques qui leurs sont confiés. Le droit d'accès aux documents administratifs n'est pas seulement une illustration possible du droit de demander compte : c'en est une concrétisation nécessaire. La nécessité de cette concrétisation tient d'une part à ce que la transmission d'informations est le moyen essentiel d'une reddition de compte, et d'autre part, plus essentiellement encore, à ce que l'article 15 de la Déclaration énonce un droit de demander compte qui n'est ni conditionné ni limité. A défaut d'exigence constitutionnelle contraire, il est donc nécessaire de considérer le droit d'accès aux documents administratifs comme une concrétisation nécessaire du droit de demander compte. Si le droit du Royaume-Uni résout explicitement ces questions, de sorte que de telles interrogations ne se posent pas le concernant, un effort d'analyse du *Freedom of Information Act 2000* doit encore être mené pour établir si le refus de communication est bien soumis à un contrôle juridictionnel.

## SECTION II. UNE COMMUNICATION SOUMISE *IN FINE* A UN CONTROLE JURIDICTIONNEL AU ROYAUME-UNI

La communication d'informations prévue par le *Freedom of Information Act 2000* est soumise au contrôle du juge ordinaire. Contrairement au droit français, tel que le champ du droit garanti doit être établi par une interprétation conciliant l'article 15 de la Déclaration de 1789 et les énoncés constitutionnels contraires, le droit britannique délimite précisément le champ du droit qu'il garantit. Le grand principe de la loi de 2000 est énoncé à l'article premier, premier alinéa, du texte :

> « 1. (1). Toute personne soumettant une demande d'information à une autorité publique a le droit (a) d'être informée par écrit par l'autorité publique de ce qu'elle détient ou non une information telle que décrite dans la requête, et (b) si c'est le cas, de se voir communiquer cette information. » [632] [633]

Le public concerné par l'accès aux documents administratifs est entendu de la façon la plus large par l'article 1er de la loi de 2000, dont les deux premiers mots sont « *any person* ». Derrière cette expression, il s'agit bien de traiter de façon identique toutes les demandes, quelle que soit la personne dont elles émanent. Dans son fascicule d'information relatif à l'identité et aux motivations du demandeur, le Commissaire pour l'information britannique souligne ce point, s'appuyant notamment sur la jurisprudence de l'*Information Tribunal*. Il est seulement nécessaire pour la validité de la demande que soit fourni le vrai nom du demandeur (article 8(1)(b) FOI-A)[634]. A moins que l'identité du demandeur soit nécessaire aux fins de paiement d'un coût de la mise à disposition, ou pour l'accès à des informations personnelles, seule la requête sans nom, comportant un nom incomplet ou « un pseudonyme manifeste » n'est pas valide[635].

---

[632] « *1. (1) Any person making a request for information to a public authority is entitled (a) to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request, and (b) if that is the case, to have that information communicated to hiM.* »

[633] Pour simplifier la citation et la lecture des articles brefs, la citation est réalisée sous une forme à la française, c'est-à-dire en masquant les sous-alinéas entre les étapes de la numérotation.

[634] Information Commissioner's Office, *Consideration of the identity or motives of the applicant*, p. 4-5 ; par référence à *Information Tribunal*, 9 mai 2007, *S v Information Commissioner and the General Register Office*, n° EA2006/0030.

[635] *Idem*, p. 4, « *an obvious pseudonym* ».

La partie II du texte de 2000, soit de ses articles n^os^ 21 à 44, vise à borner le champ du droit accordé par son article 1^er^. Une étude de ces articles est donc nécessaire pour déterminer son champ et le comparer avec le droit français et un potentiel droit allemand. Un développement détaillé relatif à chacun des articles de cette loi semble inutile dans le cadre la présente étude, dans la mesure où les titres adoptés par le législateur britannique sont suffisamment clairs. De plus, une analyse approfondie de certains de ces articles sera effectuée avec l'étude des régimes comparés. Le droit accordé en 2000 n'a été ouvert ni contre tous les agents publics, ni dans tous les domaines. Le projet académique de loi sur la liberté de l'information de 1993 prévoyait lui-même un ensemble d'exception au droit qu'il proposait. Les exceptions alors listées sous une forme très brève, donnent un éclairage nécessaire aux intérêts développés par la loi de 2000 en une vingtaine d'articles :

> « 28.2 Ce droit est soumis aux seules limitations prescrites par la loi et nécessaires dans une société démocratique –
> 1. pour la protection de la sécurité nationale ;
> 2. dans l'intérêt de l'exécution de la loi ou la prévention et la détection des infractions ;
> 3. pour la protection de la vie privée, du privilège légal ou des processus et transactions commerciaux ;
> 4. pour permettre aux services publics d'exercer leurs fonctions constitutionnelles, ou à une autorité publique agissant en capacité de régulateur, contractant ou employeur, pour l'exercice de ses missions. »[636]

Au sein du texte effectivement adopté en 2000, les cas de réponse négative à la demande sont prévus sous la forme d'exemptions relatives et absolues de communication, de sorte qu'une gradation, absente du projet académique, existe entre des exemptions simples et susceptibles d'être écartées au nom de l'intérêt général, et des exemptions absolues, insusceptibles d'être écartées. Le contentieux portant sur l'application du texte de 2000 naît en général de l'application de ces exemptions, et se traduit par une longue procédure administrative et juridictionnelle.

[636] Coll. (Institute for Public Policy Research), *A Written Constitution for the United-Kingdom* [Une Constitution écrite pour le Royaume-Uni], *op. cit.*, p 48, article 28 du projet de *Bill of Rights* (extrait) : « *28.2 This right is subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society – .1 for the protection of national security ; .2 in the interest of law enforcement or the prevention and detection of crime ; .3 for the protection of personal privacy, legal privilege or commercial processes or transactions ; .4 to enable a public service to perform its constitutional functions or a public authority, when acting in the capacity of regulator, contractor or employer, to perform its functions.* »

Le contentieux de l'accès à l'information est borné par les cas de refus légaux à la demande (§1). Lorsqu'elle est prévue, la communication est susceptible d'être garantie par la Cour suprême britannique (§2).

## §1. Un contentieux de l'accès à l'information borné par les cas de refus de communication

Sous réserve que l'information demandée soit clairement identifiée, la réponse à la demande doit en principe être positive[637], conformément à la seconde partie de l'énoncé général de l'article 1er alinéa 1er de la loi de 2000 : « toute personne demandant une information à une autorité publique a le droit [...] de se voir communiquer cette information. » C'est seulement par exception qu'une réponse négative peut être apportée à la demande de communication. Ces exceptions, déjà évoquées rapidement pour exclure de l'étude le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002*, sont de deux types : les exemptions absolues et les exemptions relatives, ces dernières nécessitant la réalisation d'un test de l'intérêt public à la communication.

Le principe et l'effet de ces exemptions sont énoncés à l'article 2 alinéa 2 du texte :

> « (2) S'agissant de toute information qui est une information exemptée selon une disposition de la Partie II, l'article 1(1)b ne s'applique pas ou seulement dans la mesure où (a) l'information est une information exemptée en vertu d'une disposition conférant une exemption absolue, ou (b) dans le cas en présence, l'intérêt public au maintien de l'exemption dépasse l'intérêt public à la publication de l'information. »[638]

[637] Les seules restrictions imposées au demandeur sont de ne pas soumettre de demande abusive ou déraisonnablement répétée (article 14) – l'agent public reste néanmoins libre de répondre à la demande s'il le souhaite. L'imprécision de la demande elle-même n'est pas une cause de refus de publication mais impose une réponse de l'agent public lui demandant des indications supplémentaires pour identifier l'information demandée (articles 1 et 10).

[638] « *(2) In respect of any information which is exempt information by virtue of any provision of Part II, section 1(1)b does not apply if or to the extent that (a) the information is exempt information by virtue of a provision conferring absolute exemption, or (b) in all the circumstances of the case, the public interest in maintaining the exemption outweighs the public interest in disclosing the information.* »

La loi de 2000 organise des exemptions absolues catégorielles à l'obligation de communication (A) et soumet les exemptions relatives à un test de l'intérêt public à la publication (B). Ces exemptions n'ont été modifiées qu'à la marge depuis 2000 (C).

## A. Des exemptions absolues catégorielles à l'obligation de communication

L'alinéa 3 de l'article 2 de la loi de 2000 liste les articles de la loi énonçant des exemptions absolues au devoir de communication. Il énonce que :

> « (3). Pour la mise en œuvre de cet article, les dispositions suivantes de la Partie II (et aucune autre) doivent être regardées comme conférant des exemptions absolues :
> « (a) l'article 21 [information accessible au public par un autre moyen, payant ou non],
> « (b) l'article 23 [information directement ou indirectement émanée des services secrets[639]],
> « (c) l'article 32 [information détenue par toute entité exerçant le pouvoir judiciaire et se rapportant à une affaire déterminée],
> « (d) l'article 34 [risque d'atteinte au privilège parlementaire],
> « (e) l'article 36 dans la mesure où il est question d'informations détenues par la Chambre des Communes ou la Chambre des Lords [information dont la publication nuirait à la bonne conduite des affaires publiques, spécialement le bon fonctionnement du gouvernement et des assemblées parlementaires],
> « (f) dans l'article 40 [relatif aux informations personnelles],
> « (i) à l'alinéa (1) [information se rapportant à la personne du pétitionnaire], et
> « (ii) à l'alinéa (2) dans la mesure où il se rapporte à des cas dans lesquels la première condition à laquelle il est fait référence à cet aliéna est satisfaite en vertu de l'alinéa (3)(a)(i) ou (b) de cet article [informations personnelles relevant du *Data Protection Act 1998* et dont la publication serait nuisible à la personne à laquelle se rapportent ces informations,

[639] Services secrets entendus au sens large, c'est-à-dire services de sécurité intérieure, extérieure, services d'espionnage et de contre-espionnage, forces spéciales et juridictions spéciales compétentes en la matière.

ou encore informations dont la publication contreviendrait aux principes de la protection des données],

« (g) l'article 41 [information obtenue confidentiellement et dont la publication ouvrirait un droit à réparation pour le tort causé par cette rupture de confidentialité], et

« (h) l'article 44 [information dont la publication est interdite par la loi, par le droit communautaire ou constituerait un outrage envers une juridiction]. »[640]

Deux types de catégorisation sont à l'œuvre dans cette liste : la catégorisation par objet de l'information (1) et la catégorisation par détenteur de l'information. Au titre de l'exclusion à raison de l'identité du détenteur de l'information, le cas du Parlement britannique est remarquable : l'exclusion n'est que partiellement fondée sur la nature des assemblées parlementaires (2).

## 1). La catégorisation par objet de l'information

La catégorisation par objet de l'information est une mécanique bien connue sur le continent dans le cadre des lois organisant l'accès aux documents administratifs. Les informations écartées de la publication en raison de leur objet sont les plus nombreuses dans la liste des exemptions absolues. Sont concernées à ce titre les informations accessibles au public par un autre moyen (article 21), les informations obtenues – et non détenues – par les services de sécurité (article 23), pouvant porter atteinte au privilège parlementaire[641] (article 34) ou encore les informations personnelles (article 40). Il en va de même pour les informations confidentielles (article 41) ou protégées par un secret législatif non mentionné (article 44).

[640] « *(3) For the purposes of this section, the following provisions of Part II (and no others) are to be regarded as conferring absolute exemption— (a) section 21, (b) section 23, (c) section 32, (d) section 34, (e) section 36 so far as relating to information held by the House of Commons or the House of Lords, (f) in section 40— (i) subsection (1), and (ii) subsection (2) so far as relating to cases where the first condition referred to in that subsection is satisfied by virtue of subsection (3)(a)(i) or (b) of that section, (g)section 41, and (h)section 44.* »

[641] A ce propos, COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., *op. cit.*, p. 665.

## 2). Une exemption partiellement appuyée sur la nature du détenteur de l'information s'agissant des assemblées parlementaires

La spécificité des affaires parlementaires est telle que les informations s'y rapportant sont protégées à deux titres. D'une part, les informations dont la divulgation pourrait porter atteinte au privilège parlementaire ont été exclues (article 34 – il s'agit alors d'une exclusion par objet de l'information), d'autre part, une protection spécifique est accordée aux informations détenues par les chambres *et* dont la publication pourrait porter atteinte à la bonne marche des affaires parlementaires (article 36). De ce point de vue, la protection accordée en France au Parlement par le Code des relations entre le public et l'administration est plus large, puisque le droit d'accès aux documents administratifs établi n'est opposable en rien aux assemblées parlementaires[642]. En Allemagne au contraire, la loi fédérale sur la liberté de l'information protège un certain nombre d'intérêts auxquels la publication pourrait porter atteinte – elle est alors interdite – mais sans exclusion par organe, que celui-ci soit parlementaire ou judiciaire[643].

Le deuxième type d'informations protégées de par la nature de leur détenteur est celui des informations détenues par les autorités judiciaires. Dans ce cas encore, la condition de protection est double puisqu'il faut que ces informations se rapportent à une affaire spécifique (article 32) – une condition se rapportant à la nature des informations. Au gré de cet article, par exemple, les documents se rapportant à la bonne marche des juridictions mais non à la fonction de juger telle ou telle affaire restent potentiellement accessibles. Dans ce cas spécifiquement, un même niveau de protection est prévu au Royaume-Uni et en Allemagne. Si le droit français mentionne la question, la protection accordée en France est purement relative à la qualité du détenteur d'information, une assemblée parlementaire, sans considération pour l'objet de l'information – la protection accordée en France aux assemblées parlementaires est donc bien plus large[644].

---

[642] L'article L 300-2 alinéa 2 du code prévoit que les documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, dont l'article 7 bis laisse une pleine liberté de gestion de leurs archives aux assemblées.

[643] Voir l'article 3 de la loi fédérale sur la liberté de l'information, « protection d'intérêt publics spécifiques » (*Schutz von besonderen öffentlichen Belangen*). L'accès aux documents purement informatifs du service scientifique du Bundestag est donc autorisé ; voir sur ce point ROSSI (Matthias), « Die Stellung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages im Informationsfreiheitsrecht » [La place des services scientifiques du Bundestag allemand dans le droit de la liberté de l'information], *DÖV* 2013-6, p. 205-213.

[644] Voir l'article 3 de la loi fédérale sur la liberté de l'information, qui protège la conduite des procédures judiciaires ou disciplinaires en cours (§ 3 n° 1 g), de même que l'article L 311-5 2° f du code des relations entre le public et l'administration.

## B. La soumission des exemptions relatives à l'intérêt général à la publication

Les exemptions relatives, qui forment le cas général des informations exemptées de publication, sont énoncées dans la partie II du texte (« informations exemptées »), couvrant ses articles 21 à 44 non évoqués par l'article 2 alinéa 3[645]. Selon la titulature adoptée par le texte lui-même, ces articles sont :

> « Partie II. Information exemptée
> « 22. Information dont la publication est prévue
> « 24. Sécurité nationale
> « 25. Certificats pris au titre des articles 23 et 24 : dispositions supplémentaires
> « 26. Défense
> « 27. Relations internationales
> « 28. Relations au sein du Royaume-Uni
> « 29. L'économie
> « 30. Les enquêtes et procédures conduites par les autorités publiques
> « 31. L'exécution de la loi
> « 33. Fonctions d'audit
> « 35. Formulation de la politique gouvernementale etc.
> « 36. Atteinte à la conduite effective des affaires publiques
> « 37. Communications avec Sa Majesté, etc. et décorations
> « 38. Hygiène et sécurité
> « 39. Informations environnementales
> « 40. Informations personnelles
> « 42. Privilège des professions juridiques
> « 43. Intérêts commerciaux »[646].

[645] Les articles n^os^ 36 et 40 sont maintenus dans la liste des articles énonçant des exemptions relatives, dès lors qu'ils ne relèvent que partiellement du régime des exemptions absolues.

[646] Pour la lisibilité de la note, les alinéas sont masqués : « *Part II. Exempt Information 22. Information intended for future publication 24. National security 25. Certificates under ss. 23 and 24: supplementary provisions 26. Defence 27. International relations 28. Relations within the United Kingdom 29. The economy 30. Investigations and proceedings conducted by public authorities 31. Law enforcement 33. Audit functions 35. Formulation of government policy, etc 36. Prejudice to effective conduct of public affairs 37. Communications with Her Majesty, etc. and honours 38. Health and safety 39. Environmental information 40. Personal 42. Legal professional privilege 43. Commercial interests* »

Dans l'ensemble de ces cas, l'agent public saisi de la requête doit réaliser un « test de l'intérêt public », prévu par l'article 2 (2) (b) du texte[647]. Ce test fait référence aux circonstances dans lesquelles « l'intérêt public au maintien de l'exemption dépasse l'intérêt public à la divulgation de l'information »[648]. La justesse du résultat auquel parvient l'agent est l'un des motifs ouverts de contestation administrative puis judiciaire du refus de communication.

Il est remarquable que l'existence de ce test écarte de fait les publications discrétionnaires pouvant être réalisées par les agents publics. Dès lors que la demande de publication discrétionnaire ferait suite à un refus opposé dans le cadre de la loi sur la liberté de l'information, l'agent aura déjà dû réaliser un test de l'innocuité de la publication et estimer cette publication nuisible. Il y a donc peu de chances que l'agent accepte soudain de divulguer l'information. Au contraire, si l'agent estime dans le cadre de la loi que la publication ne serait pas nuisible, alors il est contraint à cette publication. L'hypothèse d'une demande de divulgation discrétionnaire après un refus de publication malgré un test positif est donc écartée.

## C. Des exemptions modifiées à la marge depuis 2000

A l'article 2 alinéa 3 de la loi de 2000 sur la liberté de l'information, qui liste les exemptions absolues à la publication, une nouvelle entrée « (ea) » a été insérée[649]. Elle est relative aux communications des agents publics avec le souverain, avec son héritier, le suivant dans l'ordre de succession ou une personne ayant subséquemment accédé au trône ou à l'une de ces positions. Les exemptions absolues préexistantes, pour leur part, ne sont modifiées que marginalement, pour prendre en compte l'évolution du droit de l'Union européenne et l'évolution institutionnelle britannique :

– l'article 21 (information accessible par d'autres moyens) est laissé intact ;
– l'article 23 (relatif aux services secrets et de sécurité) est modifié pour intégrer les agences compétentes en matière de criminalité grave, l'agence criminelle nationale et le Comité parlementaire sur la sécurité et le renseignement ;

[647] Le même test doit également être appliqué relativement à l'obligation de confirmer ou d'informer l'existence d'un document, préalablement à son éventuelle communication.
[648] « *The public interest in maintaining the exemption outweighs the public interest in disclosing the information* ».
[649] Article 2(3)(ea) FOI-A 2000 : « *in section 37, paragraphs (a) to (ab) of subsection (1) and subsection (2) so far as relating to those paragraphs* ».

– l'article 32 (informations relatives à la justice) est modifié marginalement ;
– l'article 34 (privilège parlementaire) est laissé intact ;
– l'article 36 (bonne conduite des affaires publiques) n'est modifié que pour prendre en compte l'évolution des institutions locales galloises au gré du *Government of Wales Act 2006* et les évolutions en matière de contrôle des actions publiques issues des *Budget Responsibility and National Audit Act 2011* et du *Public Audit (Wales) Act 2013* ;
– l'article 40 (relatif aux informations personnelles) est laissé intact ;
– l'article 41 (informations obtenues confidentiellement) est laissé intact ;
– l'article 44 (interdictions de publications) prend en compte l'évolution terminologique issue du traité de Lisbonne en remplaçant l'expression « obligation communautaire » par « obligation de l'Union européenne »[650].

## §2. Une communication susceptible d'être garantie par la Cour suprême britannique

Le droit à la communication d'informations énoncé par le *Freedom of Information Act 2000* est susceptible d'être sanctionné, *in fine*, par la Cour suprême britannique. Cette issue n'est rien moins qu'évidente à la lecture du texte, qui prévoit un ensemble de recours, ouverts devant des organes semblant être – du moins à ce jour – des autorités administratives. C'est spécialement le cas du *First Tier Tribunal*, auquel est confié au premier chef la sanction de l'effectivité du droit accordé à l'article 1er de la loi de 2000. La nature administrative ou quasi-juridictionnelle de ce *tribunal*, ne rend pas évident à la lecture du texte que celui-ci garantit un droit opposable à l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés. C'est la raison pour laquelle la structure des recours ouverts par la loi britannique de 2000 doit être mise en avant.

Pour la sanction du droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, la loi de 2000 met en place une chaîne de recours ouverts jusque devant la Cour suprême britannique (A). Malgré la spécificité du recours ouvert devant le *First-tier Tribunal*, il est possible d'affirmer que le droit d'accès est effectivement garanti par un recours juridictionnel (B).

[650] De « *Community obligation* » à « *EU obligation* », au gré du *Treaty of Lisbon (Changes in Terminology) Order 2011* (S.I. 2011/1043), article 3.

## A. Une chaîne de recours ouverts jusque devant la Cour suprême britannique

Le parcours s'ouvrant au pétitionnaire demandant une information, après avoir vu un refus opposé à sa demande, se déroule en de nombreuses étapes. En apparence, le *Freedom of Information Act* écarte la possibilité d'un recours juridictionnel. L'article 56 de la loi de 2000 énonce ne pas créer de droit invocable à une procédure juridictionnelle civile de droit commun. Néanmoins, une voie de droit administrative est ouverte qui, *in fine*, aboutit à un réel recours juridictionnel. Dans tous les cas, le point de départ de la procédure est la réponse négative adressée au pétitionnaire par l'autorité publique à laquelle un document a été demandé. Selon l'article 17 alinéa 7 de la loi de 2000, cette réponse doit préciser d'une part les mécanismes de contestation disponibles devant l'autorité ayant énoncé ce refus, et d'autre part la procédure ouverte devant le Commissaire pour l'information.

Le *Freedom of Information Act 2000* prévoit un enchaînement de recours d'une certaine complexité. Après une première phase administrative (1) un recours en plusieurs étapes est ouvert devant un organe spécifique, le *Tribunal* (2). Cette série de recours s'achève par une contestation du refus devant la *Court of Appeal* et la *Supreme Court* (3).

### 1). Une première phase administrative de recours

Dans un premier temps, le pétitionnaire doit exercer un recours conforme au code de mise en œuvre (*Code of Practice*) prévu par l'article 45 de la loi. Cet article impose au ministre pour le Bureau du Cabinet de rédiger un tel code, notamment pour organiser les cas de contestation (article 45 alinéa 2 e). Ce code a été publié le 23 décembre 2004 sous le titre *Code de bonne pratique pour l'exercice par les autorités publiques de leurs fonctions selon la partie I de la Loi sur la liberté de l'information de 2000*[651]. Le paragraphe 39 de ce code prévoit qu'une nouvelle décision doit pouvoir être prise en considérant de nouveau tous les éléments de la demande, y compris lorsque celle-ci a supposé un test de l'intérêt public. Selon le paragraphe 40 du même code, cette nouvelle décision devrait être prise, dans la mesure du possible, par un supérieur hiérarchique de la personne ayant émis le refus contesté. Le recours ouvert se

[651] *Code of practice on the discharge of public authorities functions under part 1 of the Freedom of Information Act 2000.*

rapproche ainsi largement du recours administratif bien connu des administrativistes français. La réponse négative à ce premier recours doit obligatoirement mentionner qu'un recours est ouvert contre elle devant le Commissaire pour l'information.

Dans un deuxième temps, il est possible au pétitionnaire de déposer un recours devant le Commissaire pour l'information, en vertu de l'article 50 de la loi[652]. Que sa décision soit favorable au demandeur (*enforcement notice*, prévue à l'article 52) ou non, celle-ci doit lui être notifiée ainsi qu'à l'autorité publique ayant refusé la communication d'information, et mentionner le droit d'appel conféré par l'article 57 de la loi de 2000. Une décision favorable au demandeur peut néanmoins être contrée par un certificat ministériel affirmant une absence d'erreur de la part de l'administration en cause (article 53).

Dans le cas d'une décision du Commissaire favorable au demandeur (une *enforcement notice*), un aboutissement spécifique de la procédure est envisageable. Si l'administration concernée ne s'est pas pleinement conformée à la décision, selon l'article 54 de la loi, le Commissaire peut en informer soit la *High Court* (Angleterre, Irlande du Nord et Pays-de-Galles) soit la *Court of Session* (Ecosse). En ce cas, la juridiction est susceptible de condamner l'autorité en cause pour *contempt of court*.

### 2). Les étapes du recours devant l'organe spécifique *Tribunal*

Le troisième temps de la procédure dans le chaînage des recours est l'appel contre la décision du Commissaire à l'information, appel soulevé par le pétitionnaire ou l'autorité publique devant une institution administrative quasi-juridictionnelle : le *Tribunal*. L'article 57 de la loi de 2000 organise les cas d'ouverture de cet appel. C'est alors la Chambre générale de régulation (*General Regulatory Chamber*) du *First-tier Tribunal* qui est compétente[653]. Dans le cas où la décision du *First-tier Tribunal* est défavorable au pétitionnaire, la procédure peut suivre son cours[654].

Le quatrième temps de la procédure devrait théoriquement consister en l'appel contre la décision du *First-tier Tribunal* devant le *Upper Tribunal*. Néanmoins, le second degré de

[652] Ce commissaire lui-même est l'institution créée à l'article 18 du texte.

[653] Cette chambre est compétente pour l'ensemble des appels relatifs à une décision du commissaire à l'information en matière de protection des données personnelles mais aussi d'accès aux informations sur la base des droits d'accès à l'information ouverts par les normes de droit de l'Union européenne.

[654] Un cas spécifique est volontairement laissé de côté : la procédure de recours gracieux, non obligatoire, contre une décision du *First-tier Tribunal* et interne à celui-ci ; elle est organisée par l'article 9 du *Tribunal, Courts and Enforcement Act 2007*.

juridiction n'est pas de droit dans tous les domaines au Royaume-Uni. En matière d'information, l'appel d'une décision d'une juridiction peut être autorisée par celle-ci ou par la juridiction supérieure, sur demande en ce sens ; c'est le *leave to appeal* devant le *Upper Tribunal*. Celui-ci est prévu, sauf pour les décisions exclues d'appel, par l'article 11 du texte de 2007. Il est remarquable que la nature du *Tribunal* conditionne l'existence d'une garantie juridictionnelle du droit d'accès aux informations, condition posée en introduction de cette étude. En l'absence de *leave to appeal*, la décision du *First-Tier Tribunal* est définitive. Alors, si celui-ci n'est pas une juridiction à proprement parler, la condition diceyenne selon laquelle une norme de droit doit pouvoir être invoquée devant une juridiction n'est pas remplie et l'existence du droit lui-même est remise en cause. La nature du recours devant le *Tribunal* est étudiée précisément *infra*. Dans l'hypothèse où, suite à un appel, l'*Upper Tribunal* rend une décision défavorable au pétitionnaire mais que celui-ci obtient un *leave for appeal* de sa part ou de la part de la *Court of Appeal*, la procédure peut continuer.

### 3). La contestation du refus, enfin, devant la *Court of Appeal* et de la *Supreme Court*

Le cinquième temps du recours se situe soit devant la *Court of Appeal*, soit devant la *Supreme Court*. L'appel devant la *Court of Appeal* est déjà pleinement juridictionnel ; néanmoins un second cas existe, celui envisagé pour les questions de droit de grande importance. Devant une telle question, le *Upper Tribunal* peut émettre un certificat permettant l'appel directement devant la Cour suprême (article 14A de la loi de 2000) ; ce cinquième temps est alors le dernier de la procédure. A défaut, un recours contre la décision de la *Court of Appeal* est possible – s'il est accordé – devant la Cour suprême.

Le sixième et dernier temps de la procédure est celui d'un dernier appel de la décision de la *Court of Appeal* devant la Cour suprême, prévu à l'article 40 du *Constitutional Reform Act 2005*.

Au fil de la procédure, le droit d'appel se trouve exclu dans un nombre de plus en plus important de cas, pour ne laisser subsister devant la Cour suprême que les appels relatifs à des points de droit essentiels. Du fait de ce filtrage, il n'est pas de droit général d'accès aux juridictions supérieures, alors même que le *Tribunal* n'est en apparence pas une juridiction. Pour savoir si le droit ouvert par le *Freedom of Information Act 2000* est bel et bien garanti, il faut

s'intéresser à la nature des recours ouverts de plein droit aux demandeurs, c'est-à-dire sans filtre préalable relatif au fond de l'affaire. La question se pose donc de savoir si le recours au *First-tier Tribunal* peut être qualifié de recours juridictionnel. Cette question s'inscrit dans la perspective de la naissance d'un droit administratif britannique à part entière.

## B. Un droit d'accès effectivement garanti par un recours juridictionnel

La définition du droit constitutionnellement garanti donnée en introduction suppose non seulement que ce droit soit garanti par une norme formellement constitutionnelle, mais aussi qu'il soit invocable contre tout organe créateur de droit subordonné. En France et en Allemagne, cette nécessité est clairement exprimée par l'existence d'une juridiction constitutionnelle, de sorte que la réalité du recours peut très simplement être établie ou écartée. Au Royaume-Uni au contraire, au delà de la question de la réalité de la souveraineté du Parlement, l'absence de distinction entre justice ordinaire et justice constitutionnelle doit être traitée spécifiquement. La juridiction *in fine* susceptible d'imposer le respect du *Freedom of Information Act 2000* à tout organe, à l'exception du Parlement, est désormais la Cour suprême, qui a pris la suite du comité juridictionnel de la Chambre des Pairs. Néanmoins, il est nécessaire de déterminer si les recours ouverts par le *Freedom of Information Act 2000* permettent l'annulation d'un acte ministériel, qu'il soit pris en application de cette loi ou d'une autre, ou pris sur le fondement de la prérogative royale.

Le recours ouvert devant le *First-tier Tribunal* est encore quasi-juridictionnel en apparence (1). Néanmoins, il est possible d'affirmer que le droit d'accès aux informations est en réalité garanti par un recours proprement juridictionnel (2).

### 1). Un recours encore quasi-juridictionnel en apparence devant le *Tribunal*

Le récent système britannique des *tribunals* ne saurait être confondu avec les tribunaux français ou allemands. Les juridictions, à proprement parler, au Royaume-Uni sont les *courts*, alors que les *tribunals* ne sont que des entités administratives dotées de pouvoirs et de garanties d'indépendance quasi-juridictionnels. A partir des années 1950, un système de *tribunals* est progressivement mis en place au Royaume-Uni, qui appartiennent à l'administration et ont pour rôle d'éviter l'engorgement des juridictions par le contentieux civil opposant l'administration

aux administrés, et par le contentieux spécifique aux pouvoirs propres à l'administration. Les *tribunals* ne sont pas des juridictions, au contraire des *courts of law*.

Progressivement, des garanties propres aux procédures juridictionnelles sont apportées aux procédures devant les *tribunals*. Depuis le *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, les présidents de ces *tribunals* jouissent de la qualité de juges à part entière (article 1er de la loi de 2007), cette qualité ne s'attachant pas aux autres membres de ces organes. Récemment, les *tribunals* ont été regroupés en un *First-Tier Tribunal* et un *Upper Tribunal* (article 3 du même texte). L'ancien *Information Tribunal*, né avec le *Data Protection Act 1984*, a ainsi été intégré en 2007 à la *General Regulatory Chamber* du *First-Tier Tribunal*.

## 2). L'existence d'un recours en réalité proprement juridictionnel

L'ambiguïté de la nature du recours ouvert par la loi sur la liberté de l'information de 2000 peut être levée pour affirmer l'existence d'un recours proprement juridictionnel. Pour qualifier le *Tribunal* de juridiction, il est nécessaire que la décision rendue sous l'autorité d'un juge soit une décision juridictionnelle. Cette condition pose un problème d'organisation hiérarchique et, dans une optique pragmatique de contrôle effectif par le magistrat des décisions prononcées sous son autorité. En la matière, un faisceau d'indices peut être rassemblé. La procédure devant le *Tribunal* comporte deux temps : un premier recours devant le *First-tier Tribunal*, un second devant le *Upper Tribunal*. Devant ces deux organes, des garanties existent relativement à leur indépendance ainsi qu'à la procédure.

L'organisation des *tribunals* permet de les considérer comme des juridictions. En premier lieu, les décisions rendues par les *tribunals* le sont sous l'autorité formelle d'un juge : depuis le *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, les présidents des *tribunals* sont nommés selon le même mode et avec les mêmes garanties statutaires que les magistrats[655]. Si ces garanties ne sont pas étendues à l'ensemble des agents des *tribunals*, le droit organise ainsi bien l'indépendance du magistrat sous l'autorité duquel les décisions sont rendues. En deuxième lieu, la procédure devant les *tribunals* est organisée pour garantir son caractère à la fois équitable (mais

[655] L'article 1er du *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* prévoit ainsi que les présidents des *tribunals* relèvent de plein droit du pouvoir judiciaire. Cet article est d'ailleurs intitulé « indépendance du pouvoir judiciaire des *tribunals* » – (*Independence of tribunal judiciary*). « *In section 3 of the Constitutional Reform Act 2005 (c. 4) (guarantee of continued judicial independence), after subsection (7) insert — "(7A) In this section "the judiciary" also includes every person who — (a) holds an office listed in Schedule 14 or holds an office listed in subsection (7B), and (b) but for this subsection would not be a member of the judiciary for the purposes of this section. (7B) The offices are those of — (a) Senior President of Tribunals [...]."* »

aussi compréhensible, rapide et efficace), et ceci afin que « justice » soit rendue[656]. Le respect effectif de cette condition des règles de procédure équitable est garantie par les juridictions ordinaires au titre du *judicial review*.

A titre subsidiaire, les mécanismes d'appel contre les décisions des *tribunals* permettent de considérer qu'existe, globalement, un ensemble de recours susceptible d'être qualifié de juridictionnel. Ainsi, les décisions du *Tribunal* sont sujettes à un droit d'appel. Les décisions du *First-tier Tribunal* sont en principe susceptibles d'appel devant le *Upper Tribunal* (article 11 de la loi de 2007), ou directement devant la *Court of Appeal* – la décision de l'*Upper Tribunal* pouvant également être contestée devant cette dernière.

Des exceptions à ce droit d'appel existent néanmoins : la loi de 2007 exclut la possibilité de l'appel contre une première décision du *tribunal* relative à la validité d'un certificat ministériel de sécurité nationale, devant l'*Upper Tribunal*[657] comme devant la *Court of Appeal*[658]. Ces certificats ministériels, prévus par l'article 60 de la loi sur la liberté de l'information de 2000, sont ceux émis par un ministre de la Couronne, affirmant que telle information est émanée d'une agence de sécurité et partant exclue du champ de la loi de 2000[659]. En cette matière, le *tribunal* intervient donc en première et dernière instance, sans qu'un appel soit possible. Deux constats s'en dégagent : cette exclusion ne suffit pas à écarter qu'un droit d'appel existe en général d'une part ; d'autre part, cette exclusion n'écarte en rien les garanties apportées au recours devant le tribunal prévu par l'article 60 du *Freedom of Information Act 2000*.

Sur la base de ces éléments, les recours ouverts contre le refus de communication semblent bien présenter la qualité de recours juridictionnel susceptible de s'imposer à tout organe créateur de droit subordonné. La condition de l'invocabilité du droit établie en introduction est ainsi bien satisfaite par le *Freedom of Information Act 2000*.

---

[656] Article 22 du *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*.

[657] S'agissant de l'appel devant le tribunal supérieur, cette exclusion est prévue à l'article 11 (5) (c) de la loi de 2007 sur l'organisation juridictionnelle.

[658] S'agissant de l'appel devant la cour d'appel, cette exclusion est prévue à l'article 13 (8) (b) de la loi de 2007 sur l'organisation juridictionnelle.

[659] Article 23 de la loi de 2000 sur la liberté de l'information, « Informations émanées des, ou en relation avec les, organes compétents s'agissant de la sécurité », (*Information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters*).

## Conclusion de la section

Le droit d'accès à l'information énoncé à l'article 1er du *Freedom of Information Act 2000* est *in fine* garanti par un recours juridictionnel. De cette façon, ce droit remplit l'ensemble des conditions posées en introduction de la présente étude. Affirmer que les refus de communication limitent le contentieux de l'accès aux informations détenues par les agents publics au Royaume-Uni tient de l'évidence. Néanmoins, il est nécessaire de d'expliciter cette évidence pour déterminer la portée effective de ce droit, et un préliminaire important à l'étude de la nature du recours ouvert. Celui-ci semble être mis en œuvre par ce que la pensée administrative française qualifierait d'entité quasi-juridictionnelle. Pourtant, la composition du *Tribunal* britannique et les voies de recours ouvertes suite à ces décisions permettent de considérer raisonnablement ce droit comme effectivement assorti d'un recours juridictionnel.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics est réalisé par la communication des documents servant de support à ces informations. Cette communication de documents est une concrétisation possible d'énoncés juridiques n'employant pas directement cette formulation ; en France, c'est même une concrétisation nécessaire de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Vis-à-vis du public français, le droit d'accès aux documents administratifs apparaît comme une des clés de la responsabilité des agents publics. Quant à la garantie du droit énoncé par cet article 15, ni le droit constitutionnel ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne laissent désormais de doute quant à son invocabilité par toute personne. Au Royaume-Uni, en revanche, c'est moins l'existence du droit d'accès qui est problématique – il est l'objet manifeste du *Freedom of Information Act 2000* – que le caractère juridictionnel du recours créé pour assurer l'effectivité de ce droit. A défaut de recours juridictionnel pour obtenir la sanction du droit, son existence serait fictive. Néanmoins, l'ensemble de recours ouvert par la loi de 2000 sur la liberté de l'information présente des garanties propres au recours juridictionnel. Le *Tribunal* britannique est un organe qui peut désormais être qualifié de quasi-juridictionnel, à l'image du collège des sanctions de certaines autorités administratives indépendantes françaises, voire de « *quasi*-quasi-juridictionnel » depuis la loi sur les juridictions de 2007. Enfin, et bien que l'appel ne soit pas acquis de droit aux plaideurs au Royaume-Uni, la possibilité d'une contestation portée devant la *Court of Appeal* puis la Cour suprême britannique va également dans le sens d'une garantie juridictionnelle du droit.

## CONCLUSION DU TITRE

Le champ du droit d'accès aux informations détenues par les agents publics est déterminable au sein des trois ordres juridiques étudiés. En Allemagne, cet exercice est d'une pertinence limitée : il révèle seulement que l'article 5 de la Loi fondamentale ne distingue pas les informations détenues par les agents publics de la masse des informations éventuellement accessibles au public[660]. Au Royaume-Uni, le champ du droit conféré n'est sujet à interrogation que pour l'interprétation des dispositions très précises de la loi de 2000. Sur ce point, sa construction par liste limitative de destinataires, exclusive de toute généralité du droit, a le mérite de simplifier la recherche pour le praticien. En France au contraire, l'article 15 de la Déclaration de 1789 implique de démontrer et l'existence d'un droit et le caractère déterminable de son champ. Pour le praticien, cela suppose un exercice intellectuel plus poussé. En 1789 le député de Lameth s'inquiétait de la soumission du roi à l'obligation de rendre compte de son administration si l'expression « agent public » était employée[661] ; en 2015, M. Daumas, rapporteur public du Conseil d'Etat, avant de conclure à la transmission de la requête devenue l'objet de la QPC 471, a dû s'interroger sur le point de savoir si les membres élus d'un conseil municipal étaient des agents publics. Il a tranché par l'affirmative[662]. Si l'interprétation la plus large peut être donnée en principe à la notion d' « agent public », ainsi que le fait la définition opératoire de la présente thèse, il est vraisemblable que la jurisprudence constitutionnelle épousera la jurisprudence administrative en la matière. C'est tout l'enjeu du contentieux constitutionnel de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Le recours constitutionnel individuel, propre à l'Allemagne et à la France, est d'une spécificité telle, quant à son objet et à son potentiel de correction du droit législatif, qu'il convient de lui consacrer un titre à part entière.

[660] Ce résultat a d'ailleurs, à proprement parler, été obtenu dès la partie I, titre II, lorsqu'il a été question d'une normativité de cet article. Il semble néanmoins pertinent de souligner ce point au moment de conclure le titre de l'étude relatif au champ du droit d'accès à l'information éventuellement conféré.

[661] Les *Archives parlementaires* notent, p. 488, que : « M. de Lameth observe qu'il pourrait se faire que, sous le mot d'*agent*, l'on comprît la personne du roi, et que l'on prétendît exercer la responsabilité contre lui. » Ce scrupule n'est pas celui de l'Assemblée car « cette réflexion n'arrête pas la discussion de l'article 24 » du projet, soit l'article 15 actuel.

[662] DAUMAS (Vincent), conclusions, sous Conseil d'Etat, ordonnance, 30 mars 2015, n° 387322.

# TITRE II. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL INDIVIDUEL, MODE SPECIFIQUE DE SANCTION DU DROIT D'ACCES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

Le recours constitutionnel individuel est le mode spécifique de sanction du droit d'accès aux informations détenues par les agents publics en France et en Allemagne. Ce recours doit permettre à toute personne de s'assurer du respect de ce droit par l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés, spécialement le législateur. En toute rigueur, en France, ce rôle est également celui de la juridiction administrative dès lors qu'existe un pouvoir règlementaire autonome.

S'agissant de la France, la présente étude ne s'intéresse néanmoins qu'au contentieux de conformité au droit constitutionnel formel de la loi. Ce choix de stratégie scientifique est appuyé sur le caractère récent de l'existence de droits invocables par toute personne en contentieux constitutionnel. En outre, il peut être considéré que, d'une part, les arguments développés sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de 1789 sont au moins partiellement transposables au contentieux de constitutionnalité des règlements autonomes, et d'autre part que, lorsqu'existera une jurisprudence constitutionnelle en la matière, la jurisprudence administrative se conformera aux considérations développées par le Conseil constitutionnel[663]. En Allemagne, une précaution semblable est nécessaire : le recours constitutionnel individuel est ouvert contre toute action des pouvoirs publics, ce qui se traduit en pratique par un recours exercé après l'épuisement des voies de droit ordinaires. Par exception, le recours peut être ouvert directement contre la loi ou le règlement si aucune voie de droit n'existe contre ce texte ou si son exécution serait insupportable pour le demandeur. Pour ce titre de l'étude, le recours constitutionnel contre la loi est considéré de manière abstraite, à l'unique étape du contentieux porté devant la Cour constitutionnelle fédérale, sans considération des étapes antérieures. Le contentieux de constitutionnalité de la loi sera étudié relativement aux droits énoncés par l'article 15 de la

[663] L'article 62 alinéa 3 de la Constitution prévoit que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. » Le Conseil a décidé d'avoir de cette disposition une compréhension spécialement large, puisque dès 1962, il a étendu cette autorité aux motifs de ses décisions. Conseil constitutionnel, 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, n° 62-18 L ; considérant 1 : « considérant [...] qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution : "les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles" ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ».

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, sous d'importantes réserves, par les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale allemande.

Lorsqu'un recours constitutionnel est ouvert, ses effets peuvent être déterminés en opposant l'interprétation du texte constitutionnel aux dispositions législatives en cause, sans soumission aux interprétations jurisprudentielles existantes[664]. C'est exercice est particulièrement fructueux pour la France, en raison de la rareté de la jurisprudence relative à l'article 15 de la Déclaration de 1789. A ce jour, l'horizon des plaideurs est dégagé pour participer à la construction de la jurisprudence constitutionnelle. En Allemagne, l'étude des conditions du recours constitutionnel est révélatrice sur d'autres fondements : une jurisprudence existe et est opposée à la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics. Néanmoins, un droit, au moins partiel, d'accès aux informations détenues par les agents publics pourrait être défendu sur le fondement d'une combinaison d'articles de la Loi fondamentale, invoqués ensemble. L'absence d'obligation du législateur par l'article 5 I du texte pourrait ainsi être dépassée, de même que la non-invocabilité de l'article 20 I à l'appui d'un recours constitutionnel individuel. De la sorte, l'étude du recours constitutionnel individuel doit prendre en compte deux situations : rareté de la jurisprudence d'une part, éventualité de l'invocation conjointe de dispositions d'autre part.

En France, la question prioritaire de constitutionnalité permet la mise en conformité du droit administratif français avec la Constitution (chapitre I). En Allemagne, il est impossible de fonder un droit d'accès sur l'invocation conjointe d'articles de la Loi fondamentale (chapitre II).

[664] Si un plaideur a de meilleures chances de l'emporter en s'appuyant sur une jurisprudence constante qu'en proposant un revirement, cette considération de stratégie contentieuse est indépendante de la question de la justesse de l'interprétation et de la conformité au droit applicable, questions proprement juridiques.

# CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UNE MISE EN CONFORMITE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANCAIS A LA CONSTITUTION

Le contentieux constitutionnel fondé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen donne la possibilité d'une mise en conformité du droit administratif français à la Constitution. Il s'agit là de l'effet pratique de la détermination de la portée de cet article.

Le 26 août 1789, trois grandes opinions se font jour parmi les membres de la Constituante relativement à l'article 23 du projet de déclaration établi par le sixième bureau de l'Assemblée. Certains estiment devoir le réunir avec l'article 14 nouvellement voté, en se concentrant sur l'aspect financier de la responsabilité (ainsi le député Bouche[665]) ; d'autres au contraire estiment que le futur article 15 est intrinsèquement lié à la séparation des pouvoirs et devrait être réuni avec l'article suivant du projet, le futur article 16 (ainsi les députés de Lameth, Rhédon, Rewbell, Mounier, de Clermont-Lodève[666]) ; la majorité, enfin, estime que l'article se tient tout seul et l'adopte tel quel. Aujourd'hui, les articles 14, 15 et 16 de la Déclaration forment un système cohérent. L'article 14 organise d'abord les fondements du droit des finances publiques, l'article 15 pose ensuite les bases de la responsabilité des agents publics, l'article 16, enfin, établit la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. En matière d'accès aux informations détenues par les agents publics, l'article 15 pose le principe général du droit d'accès aux documents. L'article 14, par un recoupement partiel et par son caractère de *lex specialis*, influe sur le régime de l'information financière, tandis qu'en élargissant la lecture des énoncés constitutionnels, l'article 7 de la Charte de l'environnement énonce un autre régime spécial, propre à l'information relative à l'environnement. L'étude de ce système permet de dresser un état du droit constitutionnel de l'information administrative.

---

[665] Il propose : « Le payement de l'impôt étant le prix de la protection et de la sûreté, la société a le droit de contraindre tout citoyen à la contribution, comme elle a celui de faire rendre compte à tout agent public de son administration » ; *in* Mavidal, Laurent, Clavel, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Tome VIII, *op. cit.*, p. 488, colonne de gauche.

[666] Ils proposent : « Aucun peuple ne peut jouir de la liberté, si les pouvoirs publics ne sont distincts et séparés, et si les agents du pouvoir exécutif ne sont responsables de leur administration » (de Lameth) ; « les droits de l'homme en société ne seront assurés qu'autant que les pouvoirs seront divisés et les agents publics responsables de leur administration » (Rewbell) ; « la liberté publique exige que la séparation des pouvoirs soit déterminée, et que les agents du pouvoir exécutif soient responsables de leur administration » (Mounier). Pour sa part Rhédon affirme : « sans doute, lorsque l'on vous parle de la séparation des pouvoirs, l'on n'entend pas déterminer par là quelle sera l'influence du pouvoir exécutif sur la caisse nationale » ; *idem*, p. 488-489.

Un régime général de transparence administrative est fondé sur l'article 15 de la Déclaration de 1789 (section I). En conséquence, le législateur est désormais soumis à une obligation de proportionnalité des atteintes à la publicité des documents administratifs (section II).

## SECTION I. UN REGIME GENERAL DU DROIT DE L'INFORMATION ADMINISTRATIVE FONDE SUR L'ARTICLE 15 DE LA DECLARATION DE 1789

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fonde un régime général du droit de l'information administrative. Ce régime général est complété par des régimes spécifiques à l'information financière (article 14 de la Déclaration de 1789) et environnementale (article 7 de la Charte de l'environnement). L'article 14 de la Déclaration est une norme spécialisée, qui donne à chaque individu des droits spéciaux relatifs aux finances publiques, tandis que l'article 15 accorde à la société entière un droit général de regard sur l'activité administrative des agents publics. Le régime commun est donc celui établi par l'article 15, dont les principaux modes d'expression dans la loi ont été déclinés au titre précédant, c'est le régime de la reddition de compte. Avec l'adoption de la Charte de l'environnement, par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, un nouveau régime spécifique a été créé : celui de l'information et de la participation du public en matière environnementale. La spécificité de ce dernier article est remarquable : il exclut le domaine environnemental du régime général favorable à la publication pour le mettre entre les mains du législateur, à la façon d'un droit fondamental activé par le législateur. Le droit opposable à l'information énoncé à l'article 15 de la Déclaration de 1789 est donc neutralisé en matière environnemental. A ce jour, l'étude de ces trois énoncés et de leurs interactions est donc nécessaire pour rendre compte précisément du droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics.

La relation principe exception est clarifiée entre les articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 (§1). La détermination du régime de l'information environnementale est confiée au législateur par l'article 7 de la Charte de l'environnement (§2).

### §1. Une relation principe-exception clarifiée entre les articles 15 et 14 de la Déclaration

L'analyse de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen établit un régime général de transparence administrative. Cette affirmation implique néanmoins de repenser partiellement la jurisprudence relative aux articles 14 et 15 de la Déclaration. Expliciter la relation de spécialité existant entre les articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen permet une clarification du droit existant et, partant, fonde leur invocation dans le cadre du contrôle de conformité. Le Conseil constitutionnel a construit le droit constitutionnel de l'information financière sur l'article 14, dont la normativité a été affirmée de longue date. Cet article énonce que :

> « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »

En l'état de la jurisprudence constitutionnelle – et d'une certaine doctrine œuvrant principalement à relayer les décisions du Conseil – des recoupements entre les articles 14 et 15 de la Déclaration apparaissent. Ainsi deux principes du droit budgétaire se trouvent appuyés sur les articles 14 et 15 de la Déclaration par le Conseil alors que leurs fondements pourraient être révisés : le principe de bon usage des deniers publics et le principe de sincérité budgétaire.

Un principe général de transparence administrative est appuyé sur l'article 15 de la Déclaration (A). L'exigence de bon emploi des deniers publics s'y rattache, fondée sur ce seul article (B). Au contraire, il semble bien qu'il faille fonder le principe de sincérité budgétaire sur le seul article 14 de la Déclaration (C).

## A. Un principe général de transparence administrative appuyé sur l'article 15 de la Déclaration

Sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de 1789, il est possible d'affirmer qu'existe un principe général de transparence des activités publiques, formulation recouvrant l'ensemble des droits concrets permettant la réalisation de la reddition de comptes. Sont donc concernés au moins les droits d'accès aux documents et aux archives, de motivation des actes administratifs et de renseignement. Un tel principe de « transparence des activités publiques » avait déjà été invoqué devant le Conseil constitutionnel en 1994[667]. Les députés requérants mentionnent alors la violation d'un « principe de transparence », ce à quoi le Conseil constitutionnel répond que « la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de

[667] Conseil constitutionnel, 21 janvier 1994, *loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC, considérants n$^{os}$ 25 à 29.

personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle ». La décision n° 471 QPC, relative au chantier de la tour Triangle à Paris, tient donc lieu de revirement de jurisprudence[668]. Le Conseil, en estimant que la disposition selon laquelle « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration » énonce un droit que la Constitution garantit, accepte nécessairement, quoiqu'implicitement, un principe général de transparence, du moins un principe de reddition de compte. La transparence n'est pourtant pas définie et cette expression est particulièrement malheureuse : elle est à la fois réductrice relativement au fait de demander compte et très abstraite.

L'existence d'un principe général de transparence n'exclut pas des exceptions, qui peuvent être créées par la loi, pour un motif d'intérêt général suffisant, ou directement par la Constitution. Il en va ainsi notamment de la protection de l'indépendance des juges, de l'irresponsabilité des parlementaires et du cœur de l'activité du pouvoir exécutif. Les actes de gouvernement constituent une catégorie d'actes juridiques au régime spécifique, rattachée aux pouvoirs propres du gouvernement. Très schématiquement, l'ensemble des actes administratifs non-justiciables peut être considéré comme en relevant. Cette définition, qui ne correspond qu'imparfaitement à chacune des réalités française, allemande et britannique[669], permet néanmoins d'affirmer l'existence de cette catégorie d'actes non-justiciables en France[670] et au Royaume-Uni[671]. En Allemagne, en revanche, le cœur de la responsabilité propre de l'exécutif est protégé des regards et interventions extérieures mais reste limité à un domaine spécifique « d'initiative, de délibération et d'action ». La protection accordée prend fin à la prise de décision. Ceci bien que l' « action » renvoie à un comportement, supposant une décision potentiellement contrôlable[672]. Concrètement, la consécration d'un principe de transparence permet également de préciser la portée des articles 14 et 15 de la Déclaration.

---

[668] Conseil constitutionnel, décision n° 2015-471 QPC, déjà évoquée.

[669] Par exemple, alors que la motivation politique d'un acte n'est plus, depuis 1875 (voir *infra*), un critère d'identification d'un acte de gouvernement en France, les juges britanniques n'hésitent pas à considérer que l'exercice de certains pouvoirs de prérogative royale, même dans l'hypothèse où celle-ci serait soumise à la *common law*, est essentiellement politique et ne saurait être soumis qu'à une sanction politique (voir *supra*, la décision Bancoult n° 2).

[670] Conseil d'Etat, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec. p. 155.

[671] Voir la décision Bancoult n° 2, *supra*.

[672] Ainsi BVerfGE, 17 juillet 1984, *Flick-Untersuchungsausschuß* (commission d'enquête Flick), n° 67, 100 (§ 173) ; littéralement domaine d'initiative, domaine de conseil et domaine d'action (« *Initiativbereich, Beratungsbereich und Handlungsbereich* »)

## B. L'exigence de bon emploi des deniers publics à fonder sur le seul article 15 de la Déclaration

Le principe de bon emploi des deniers publics doit n'être fondé que sur l'article 15 de le Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette affirmation s'oppose à la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel[673]. Le droit de suivre l'emploi des deniers publics présuppose, pour un suivi utile, la mise à disposition des informations retraçant la réalité de l'emploi des deniers ; cependant, la généralité de ce principe ne peut s'appuyer que maladroitement sur l'article 14, d'une trop grande spécificité. Un droit de contrôle du « bon usage » des deniers publics ne saurait avoir qu'un caractère objectif, partant un fondement traduisant ces exigences. Cette exigence doit être pleinement objective car elle s'applique à un agent public qui doit pouvoir y conformer son comportement, à peine d'engager sa responsabilité.

En premier lieu, le droit infra-constitutionnel relatif au bon usage des deniers publics exprime qu'il s'agit d'un droit relevant de l'exécution administrative et fondé sur une référence objective de bon usage. L'exigence de bon usage des deniers publics est traduite par le code des marchés publics et, plus généralement, par le droit de gestion publique. Le bon usage des deniers publics est objectivement mesurable à l'aune du respect des obligations de mise en concurrence, des interdictions de favoritisme, et d'aliénation du domaine public.

En deuxième lieu, l'article 14 de la Déclaration ouvre un droit d'information (le droit de suivre) distinct par sa nature d'un droit de contrôle. Les notions de constatation, consentement, détermination et suivi de l'usage des deniers publics sont propres à la décision et à l'information quant à l'exécution, mais pas au standard du contrôle exercé. Le droit de suivre ne saurait être un droit d'orientation de la dépense, mais seulement un droit d'information. Ainsi, d'après cet article, les citoyens – par eux-mêmes ou par leurs représentants – ont le droit de suivre l'emploi des deniers publics mais pas celui de déterminer ce qu'est un bon emploi de ces deniers.

En troisième lieu, l'article 14 porte sur la détermination de la politique financière de l'Etat, ce qui suppose une subjectivité politique. Ainsi, la subjectivité propre au fait de suivre l'emploi des deniers publics peut conduire à tolérer voir à encourager des choix de politique publique ne semblant objectivement pas pertinents. Le débat public s'intéresse ainsi parfois bien davantage aux moyens à mettre en œuvre pour limiter le montant de la fraude aux prestations de sécurité sociale et d'assurance chômage (respectivement 425 et 122 millions d'euros

[673] Le Conseil appuie ce principe sur les articles 14 et 15 de la Déclaration depuis la décision Conseil constitutionnel, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, n° 2006-545 DC, considérant n° 24.

détectés en 2014[674]) qu'au montant de la fraude fiscale (11,2 milliards détectés en 2014[675], pour 60 à 80 milliards d'euros d'estimations). Exiger un bon usage, objectivement mesurable, des deniers publics semble donc mal fondé relativement à un simple droit de suivi, laissant son entière place à la subjectivité.

En quatrième lieu (et bien au contraire), l'article 15 de la Déclaration, peut fonder un droit de contrôle selon un standard objectif propre au domaine de l'exécution administrative. Qu'un agent public, et spécialement un comptable public, puisse engager sa responsabilité du fait d'un mauvais usage des deniers publics, impose que cet agent puisse comprendre objectivement quel comportement est attendu de lui. Cette approche de la responsabilité financière est comparable à celle de l'intelligibilité de la loi pénale. L'article 15 de la Déclaration de 1789 exige que l'agent public, confronté à une demande en ce sens, rende compte de son administration. Si la satisfaction d'un citoyen ou d'un parlementaire est nécessairement subjective, la nécessité du bon fonctionnement de l'administration ne peut dépendre d'une telle subjectivité. Le rendu de comptes et l'appréciation portée sur ceux-ci sont donc deux temps différents. Il est nécessaire pour l'agent public d'avoir une prévisibilité quant au respect des obligations pesant sur lui.

Il ressort de ces éléments que l'obligation de « bon usage » est objective et que cette objectivité est exprimée bien davantage dans l'obligation de rendre des comptes imposée aux agents publics, que dans le droit de suivi de l'usage des deniers publics accordé aux citoyens. La rentabilité, qui empreint la question du bon usage des deniers, est ainsi maintenue en dehors des questions de choix des politiques publiques. Dans sa compréhension la plus large, le « bon usage » pourrait être entendu jusqu'à une exigence constitutionnelle d'atteinte proportionnée à la somme des deniers publics engagés, c'est-à-dire jusqu'à l'obligation d'atteindre un objectif de politique publique en dépensant le minimum de ressources à cette fin[676]. Cette mesure objective d'un « bon usage » obligatoire, auquel est soumis l'agent public, relève alors du domaine seul de l' « administration », tandis que n'y sont pas soumises les actions de juger et de délibérer. La rentabilité est ainsi maintenue en dehors des questions de politique et de justice. L'article 14 de la Déclaration serait clarifié dans son rôle de mise en capacité des parlementaires et des citoyens de décider librement et utilement des choix de politiques publiques.

[674] Fraude aux prestations sociales détectées par les organismes de sécurité sociale, total maladie, retraite et famille ; source : Bilan 2014 de la Délégation nationale de lutte contre la fraude, p. 64.
[675] Fraudes détectées dans le domaine fiscal et douanier ; source : *idem*, p. 46.
[676] Les difficultés de définition de ce principe dépassent de très loin l'objectif de cette étude.

### C. Le principe de sincérité budgétaire à fonder sur le seul article 14 de la Déclaration

L'article 14 de la Déclaration de 1789 est connu et accepté comme pleinement normatif et comme appartenant au cadre classique du droit budgétaire. On a ainsi étayé sur les articles 14 et 15 de la Déclaration le principe de sincérité budgétaire et l'exigence de bon emploi des deniers publics[677]. Néanmoins, alors que principe de bon emploi des deniers publics est à fonder sur l'article 15 de la Déclaration, le principe de sincérité budgétaire semblerait mieux fondé sur son article 14 seul. Ainsi, l'information sincère est la seule susceptible de permettre non seulement un consentement utile à l'impôt, mais encore à sa détermination, comme au choix politiques financés par cet impôt. Cette sincérité budgétaire apparaîtrait alors comme une obligation spécifique aux finances publiques, donc rattachée à l'article 14, sans préjudice de la nécessaire conformité à la réalité de la reddition de compte prévue à l'article 15 de la Déclaration de 1789. Cette question, sortant du cadre de la présente étude, est volontairement laissée à l'état de proposition.

## §2. La détermination du régime de l'information environnementale confiée au législateur par l'article 7 de la Charte de l'environnement

L'existence d'un droit d'accès à l'information (et de participation) en matière environnementale est apparemment garantie par l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui énonce que :

> « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

[677] Pour la sincérité budgétaire, Conseil constitutionnel, décision n° 2006-538 DC du 13 juillet 2006, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, considérant n° 2 ; pour le bon usage des deniers publics, Conseil constitutionnel, décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, considérant n° 24.

Cet article présente une très grande similarité avec l'article 5 I de la Loi fondamentale allemande, en mettant l'accent sur l'accessibilité de l'information. Néanmoins, au contraire de l'article 5 I de la Loi fondamentale, l'accessibilité ici concernée est uniquement l'accessibilité juridique. L'article 5 I garantit pour sa part l'accès aux sources d'informations matériellement disponibles et ne répond qu'indirectement à la question de savoir si, sur son fondement, il était possible de contraindre l'Etat à rendre certaines informations disponibles. En revanche, au gré de l'article 7 de la Charte française, l'important n'est pas que l'information soit disponible matériellement, mais que son accès soit autorisé par la loi. Cette spécificité devrait commander une limitation du contrôle réalisé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de cet article. Ce n'est pourtant pas le cas.

L'article 7 de la Charte de l'environnement est soumis à une réserve législative explicite de détermination qui soumet le droit d'accès au bon vouloir du législateur (A). Du fait de cette réserve explicite dont il ne tire pas les conséquences, le Conseil constitutionnel a tendance à outrepasser sa compétence de contrôle sur le fondement de cet article (B).

## A. Une réserve législative explicite de détermination soumettant le droit d'accès au bon vouloir du législateur

L'effet de l'article 7 de la Charte de l'environnement est conditionné par sa soumission à une réserve législative de détermination ; cela suppose de reconnaître à l'incise « dans les conditions et les limites définies par la loi » un caractère normatif. Cette normativité a deux conséquences : la première, largement reconnue par le Conseil constitutionnel, est la compétence exclusive du législateur pour l'énoncé de normes générales en la matière ; elle se double d'une obligation d'intervention de la part du législateur. Une seconde conséquence, bien moins étudiée, est la limitation de la compétence de contrôle par le Conseil de l'usage fait par le législateur de cette compétence. Lorsque le constituant énonce lui-même explicitement une réserve de compétence au profit de la loi pour déterminer les limites et les conditions d'exercice d'un droit, il n'est pas absurde d'estimer que le contrôle réalisé par le juge constitutionnel ne doit porter que sur la constitutionnalité externe de la loi[678]. La jurisprudence constitutionnelle n'en tient pourtant pas compte à ce jour.

[678] Vocabulaire emprunté à C. Huglo, « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, p. 57, qui parle de l'incompétence négative comme d'un « moyen d'inconstitutionnalité externe ».

L'incise « dans les conditions et les limites définies par la loi » a bien un caractère normatif (1), se traduisant par une exigence purement formelle d'intervention du législateur en matière d'information (2).

## 1). Le caractère normatif de l'incise « dans les conditions et les limites définies par la loi »

S'agissant d'un énoncé du bloc de constitutionnalité, il peut être présupposé que l'incise « dans les conditions et les limites définies par la loi » de l'article 7 de la Charte a un caractère normatif, sauf s'il est possible de justifier le contraire. A ce premier présupposé s'en ajoute un autre, selon lequel cette formule est parfaitement claire, précise et déterminée. Pourtant, une interprétation de cet article 7 persiste à considérer cette incise dénuée de portée normative. L'incise relative aux limites et conditions serait ainsi dénuée de conséquences de droit. Cette interprétation doit être critiquée comme non motivée. En premier lieu, l'interprétation de l'article 7 de la Charte comme ensemble cohérent s'y oppose (*interprétation sémantique* du texte, ou encore *interprétation systématique* de l'intégralité de l'énoncé). Des considérations explicites devraient justifier une telle atteinte à l'intégrité de l'article. En deuxième lieu, il semble difficile de justifier que l'esprit du texte serait de favoriser pleinement l'information et la participation du public en matière environnementale (*interprétation téléologique*), alors que la lettre du texte est explicitement porteuse de limitation ; vouloir le plein effet des dispositions constitutionnelles impliquerait de vouloir également l'effet de la limitation explicitement énoncée. L'article 6 de la Charte rappelle ainsi que les politiques publiques doivent concilier « la protection de la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social », tandis que son préambule fait de la protection de l'environnement un intérêt fondamental de la nation, sans plus (ni moins) de valeur que les autres. En troisième lieu, quant à une *interprétation historique* du texte, appuyée sur son contexte de rédaction, si la volonté affichée pour la rédaction de la Charte est la protection de l'environnement, en 2004 le constituant ne pouvait ignorer qu'une formule plus protectrice pour le législateur que celles employées par la Déclaration de 1789 ou le Préambule de 1946 aurait effectivement des conséquences de droit en ce sens. En quatrième lieu, la conciliation à opérer, par exemple, entre cet article 7 et les articles 4 de la Déclaration de 1789 et 34 de la Constitution (*interprétation systématique*

appliquée au bloc de constitutionnalité) n'implique en rien l'exclusion de l'incise[679] : l'article 7 de la Charte peut être considéré comme *lex specialis* par rapport à ces deux dispositions générales – en matière de compétence du législateur, c'est d'ailleurs ce qui a été retenu par plusieurs commentateurs. S'il peut être considéré comme établi que l'ensemble des termes de cet article 7 a une valeur normative, il est nécessaire de déterminer ses conséquences en droit.

### 2). Une exigence purement formelle d'intervention du législateur en matière d'information

La première conséquence de la réserve législative de détermination énoncée par l'article 7 de la Charte est la compétence exclusive et obligatoire du législateur en la matière. En toute rigueur, seule l'absence générale et absolue de tout droit d'accès à l'information ou à la participation en matière environnementale caractériserait une violation de l'article 7 de la Charte. Le droit cesse d'exister lorsque les conditions et limites ne sont plus simples « conditions et limites » mais caractérisent une inexistence du droit. Si la jurisprudence relative à l'exclusion de la compétence du pouvoir règlementaire semble conforme à l'énoncé de l'article, c'est bien tout ce qui semble pouvoir être opposé au législateur sur la base de celui-ci. Par exemple, s'agissant du plan d'eau d'une commune, le législateur pourrait prévoir[680] que l'accès aux relevés de pureté de l'eau soit limité aux seuls riverains immédiats, accessible seulement quelques jours durant, en mairie, et en prévoyant des frais de copie des relevés, voir des frais de mise à disposition. Un tel régime législatif, fort proche de ce que la législation relative à l'accès aux documents administratifs prévoit effectivement – quoique plus contraignant –, ne pourrait être utilement contesté devant le juge constitutionnel tant qu'il pourrait être argué qu'existe un droit d'accès.

Dès lors qu'une loi peut être considérée comme traitant de la question du droit de l'accès à l'information et de la participation en matière environnementale, et n'excluant pas ce droit, le contrôle fondé sur l'incompétence négative se trouve réduit à une existence toute théorique. En pratique, cela signifie une immense possibilité pour le législateur de limiter l'accès aux informations relatives à l'environnement, sans même qu'une question prioritaire de

[679] Ces articles sont respectivement relatifs au principe de compétence du législateur pour organiser l'exercice des droits en société, et à la compétence du législateur, notamment pour fixer les principes fondamentaux de la protection de l'environnement.

[680] Directement ou, plus simplement, en laissant ces possibilités d'encadrement au pouvoir règlementaire et aux autorités administratives subordonnées.

constitutionnalité puisse permettre à un plaideur de s'y opposer. Cela signifie encore que le régime d'information et de participation mis en place en matière environnementale est moins favorable aux personnes que le régime propre à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette position n'est pas celle qu'a adopté le Conseil constitutionnel.

## B. Une tendance du Conseil constitutionnel à outrepasser sa compétence de contrôle

La seconde conséquence de la réserve législative de détermination est le caractère minimal de l'habilitation de l'organe de contrôle, soit le Conseil constitutionnel. Si la Charte de l'environnement énonce que le droit à l'information en matière environnementale n'est constitutionnellement protégé que dans la mesure où le législateur le définit et le limite, alors le fond du droit créé par le législateur sur ce fondement est soumis à un contrôle de conformité ne portant que sur les autres dispositions du bloc de constitutionnalité[681]. Deux nuances s'imposent néanmoins : formellement, d'abord, l'habilitation à agir implique un contrôle de l'absence d'incompétence négative du législateur. Ensuite, dès lors que l'article 7 de la Charte de l'environnement énonce une norme spéciale relative à l'information en matière d'environnement, les exigences générales posées par l'article 15 de la Déclaration de 1789 ne s'appliquent pas aux lois relatives à l'information en matière environnementale.

L'article 7 de la Charte de l'environnement ne garantit que l'intervention d'une loi en matière d'accès aux informations relatives à l'environnement (1). La pratique du Conseil constitutionnel diffère, dès lors qu'il exerce un contrôle propre à un régime de transparence administrative (2).

[681] Il en irait différemment si le législateur devait non pas déterminer mais concrétiser ce droit, ainsi qu'il le fait dans les cas où un énoncé constitutionnel dispose, par exemple, que tel ou tel article de la Constitution doit être mis en œuvre par une loi organique.

## 1). Une protection constitutionnelle limitée à garantir l'intervention de la loi

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 7 de la Charte de l'environnement a pu être qualifié de « contrôle de la dénaturation »[682]. Pourtant, ni cette expression de « dénaturation », doctrinale, ni celle de la « méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence », employée par le Conseil constitutionnel, ne rendent compte de la réalité du contrôle exercé par le Conseil. Ces expressions préservent bien davantage un flou favorable au juge. Sous le couvert du respect de sa compétence par le législateur, correspondant à une question technique et apparemment objective de constitutionnalité externe de la loi, le Conseil constitutionnel s'autorise à réaliser un contrôle entier de la loi, portant tout autant sur sa constitutionnalité interne. Il agit alors par delà sa propre compétence de contrôle de constitutionnalité, en modifiant le sens de l'énoncé constitutionnel à appliquer.

L'appui sur le vocabulaire du contentieux administratif de l'excès de pouvoir permet un éclairage des types de contrôles pratiqués par le juge constitutionnel. Dans sa thèse, M. Eisenmann expliquait déjà simplement que les vices de conformité de la loi à la constitution étaient rigoureusement les mêmes que ceux de l'acte administratif vis-à-vis de la loi [683]. Lorsqu'il est saisi d'une loi sur le fondement d'un ou plusieurs énoncés constitutionnels, le Conseil constitutionnel doit déterminer quelle est l'étendue de son office. C'est exactement ce que fait le juge administratif qui, relativement à la qualification juridique des faits, réalise soit un contrôle minimal purement formel[684], soit un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation[685], soit un contrôle normal ou « entier »[686], soit enfin un contrôle de proportionnalité[687]. Cette référence à l'office du juge administratif informe quant à l'activité du juge constitutionnel à une nuance près : le refus parfois exprimé par le juge constitutionnel d'exercer un contrôle normal, au sens du contentieux administratif, sur la loi.

Le Conseil constitutionnel affirme qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur[688], tout au contraire du juge administratif avec la décision *Gomel*. Le

---

[682] Expression employée par M. Huglo, « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », déjà cité ; également M. Fonbaustier, « Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement », *Environnement* 2008, n° 12, p. 15-21.

[683] EISENMANN (Charles), *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 21.

[684] Conseil d'Etat, 20 mars 1987, *Gambus*, n° 70993.

[685] Conseil d'Etat, Section, 9 juin 1978, *Lebon*, n° 05911.

[686] Conseil d'Etat, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125.

[687] Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*, n$^{os}$ 17413 et 17520 ; Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, n° 78825.

[688] Le Conseil constitutionnel se tient remarquablement en retrait devant la compétence du législateur pour ce qui concerne l'article 1$^{er}$ de la Charte, affirmant qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de

Conseil constitutionnel réalise donc *a priori* soit un contrôle purement formel, soit un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, soit un contrôle de proportionnalité. Ce dernier type de contrôle, qui pourrait être considéré politiquement comme plus légitime car plus objectif, est paradoxalement plus intrusif pour le législateur. En apparence, il supprime la liberté d'appréciation du Conseil constitutionnel : le législateur et lui sont tous deux soumis objectivement au plus grand respect des droits et libertés. Le législateur a l'obligation de ne leur porter qu'une atteinte minimale, tandis que le Conseil constitutionnel se soumet à l'obligation de sanctionner le législateur sur ce fondement objectif. En réalité, l'un de ces deux organes reste compétent pour déterminer lui-même quelle est cette juste proportion objective acceptable dans l'atteinte à un droit.

Si la réserve législative de l'article 7 de la Charte de l'environnement présente une portée normative, alors le contrôle que le Conseil constitutionnel est habilité à réaliser sur ce fondement est seulement un contrôle minimal, purement formel : un contrôle de la constitutionnalité externe de la loi. C'est tout le sens d'un droit garanti par la Constitution dans les limites et les conditions établies par la loi.

### 2). Une pratique par le Conseil d'un contrôle propre à un régime de transparence administrative

Le contrôle exercé dans la décision n° 518 QPC est représentatif d'une confusion du Conseil constitutionnel entre contrôle de constitutionnalité externe et interne de la loi relativement à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Au considérant n° 10, d'abord, le Conseil effectue un rappel de la majeure du syllogisme : valeur constitutionnelle de la Charte, invocabilité de son article 7 à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité et compétence exclusive du pouvoir législatif pour le mettre en œuvre. Considérant n° 11, ensuite, le juge réalise déjà un contrôle de la qualification juridique des faits pouvant être qualifié d' « entier », en estimant que « les décisions établissant les servitudes instituées par les dispositions contestées sont des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte

décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les moyens par lesquels le législateur entend mettre en œuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ainsi que le principe de prévention des atteintes à l'environnement » ; Conseil constitutionnel, 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*, n° 2012-282 QPC, considérant n° 8.

de l'environnement »[689]. La loi déférée est donc bien soumise au respect de cet article. Au considérant 12, enfin, le Conseil ne s'intéresse plus seulement à l'existence d'une étude d'impact, d'une enquête publique ou encore d'une consultation, mais bien à l'étendue des modalités de participation du public prévues par le législateur : géographie (les communes traversées par une future ligne à haute tension), publicité (annonce par voie de presse locale et publication en mairie), temporalité (jours, heures et lieux de consultation), procédure enfin de prise en compte des observations du public par le maître d'ouvrage avant la déclaration d'utilité publique. « Par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement doit être écarté »[690].

En réalité, sur le fondement de l'article 7 de la Charte, le Conseil exerce un contrôle entier de la constitutionnalité de la loi. Avec cette décision, il ne s'agit assurément pas d'un contrôle limité à la constatation d'une intervention de la loi dans un domaine ou de la réalité de la détermination des limites et conditions d'un droit ; non plus que d'un contrôle qui puisse entrer sous la qualification « contrôle de la dénaturation ». Il ne s'agit pas plus d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte au droit protégé, contrôle en principe exclu par la formulation de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Ainsi, lorsque le Conseil opère ce contrôle de proportionnalité, il emploie des formules bien éprouvées, affirmant que le législateur « n'a pas porté d'atteinte disproportionnée » à tel ou tel droit[691]. En l'espèce, il s'agit d'avantage d'un contrôle dans lequel le Conseil constitutionnel, à l'instar du juge administratif réalisant son contrôle dit « entier » de la qualification juridique des faits, étudie les modalités prévues par le législateur pour la détermination du droit de participation. Dès le considérant n° 11 de sa décision, le Conseil s'est substitué au législateur pour décider de ce qu'est ou n'est pas une décision publique ayant une incidence sur l'environnement. C'est bien un contrôle entier au sens de la décision *Gomel*. Au considérant n° 12, le Conseil persiste, en s'intéressant au détail des modalités de consultation prévues par la loi. Le juge considère donc que, sans la prétention à l'objectivité propre au contrôle de proportionnalité, ces modalités sont conformes à la Constitution. L'aridité du commentaire officiel de la décision est remarquable sur ce point : il s'agit simplement d'un copier-coller des considérants évoqués. Le fait que le Conseil constitutionnel effectue un

[689] Il substitue donc déjà son appréciation à celle du législateur.

[690] L'absence de paragraphe de principe relatif au degré de contrôle est spécialement à déplorer, dès lors que le Conseil a présenté le contrôle qu'il opère sur ce fondement en matière d'accès aux archives publiques (Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, n° 2017-655 QPC, déjà citée).

[691] Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, dite « OGM », n° 2008-564 DC, considérant n° 34.

contrôle apparemment exclu par l'énoncé sur lequel il est fondé aurait mérité une justification explicite.

Depuis la décision n° 518 QPC, seule une décision n° 595 QPC a été rendue sur le fondement de l'article 7 de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel[692]. Là encore, le Conseil constitutionnel réalise un contrôle entier de la constitutionnalité de la loi ou, à tout le moins, un contrôle s'en approchant et ne s'embarrassant pas de formule susceptible d'expliciter sa nature (paragraphe n° 9). Le commentaire officiel de la décision est d'ailleurs à nouveau taiseux, s'intéressant seulement au complexe calendrier de l'inconstitutionnalité de l'article L 541-22 du code de l'environnement : non-conformité à la Constitution de la disposition contestée, spécifiquement entre le 3 mars 2005 et le 14 juillet 2010.

A défaut d'affirmation explicite par le Conseil du contrôle qu'il s'estime compétent pour mener sur le fondement de l'article 7 de la Charte de l'environnement, l'observation indique qu'il exerce un contrôle entier de la constitutionnalité de la loi. Ce faisant, le Conseil a pleinement écarté la retenue qui était la sienne dans la décision « OGM », dans laquelle il estimait devoir se limiter à un contrôle de la disproportion manifeste entre, en l'espèce, infraction et peine encourue, estimant qu'il ne disposait pas du même pouvoir général d'appréciation que le législateur.

Si cet article 7 de la Charte de l'environnement semble bien établir un régime spécifique propre aux informations détenues par les agents publics et relatives à l'environnement, ce cas illustre positivement qu'un décalage peut exister entre le sens démontrable d'un énoncé constitutionnel et l'effet que lui donne le Conseil constitutionnel. Si la présente thèse affirme que le régime de l'accès à l'information relative à l'environnement ne saurait être considéré comme opposable au législateur, il semble bien que le Conseil ne partage pas cette opinion.

## Conclusion de la section

Un régime général du droit de l'information administrative est fondé sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cet état de fait n'exclut pas que des régimes spécifiques existent, qu'ils soient fondés sur l'article 14 de la même Déclaration ou sur l'article 7 de la Charte de l'environnement. L'invocabilité et la pleine normativité de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, redécouvertes en 2015, sont appelées à une

[692] Conseil constitutionnel, 18 novembre 2016, *Société Aprochim et autres [Conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets]*, n° 2016-595 QPC.

très grande influence sur le droit administratif français, pour le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, mais également pour tous les droits susceptibles de se rattacher au fait de « rendre compte ». Cette influence ne se limite pas à l'invocation de cet article à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le droit d'accès aux documents administratifs, par exemple, est aussi sensible aux interprétations qui seront données de cet article avec d'autres énoncés du bloc de constitutionnalité. Une conséquence de l'existence de ce régime général de publicité tient à ce que le législateur est désormais contraint à ne lui porter que des atteintes convenablement proportionnées.

## SECTION II. LE LEGISLATEUR DESORMAIS SOUMIS A UNE OBLIGATION DE PROPORTIONNALITE DES ATTEINTES A LA PUBLICITE DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Du fait de la normativité de l'article 15 de la Déclaration de 1789, le législateur français est désormais soumis à une obligation de proportionnalité des atteintes à la publicité des documents administratifs. Le Conseil constitutionnel n'a à ce jour reconnu cet état du droit qu'en matière d'accès aux archives publiques, mais il semble bien qu'il sera contraint d'étendre cette solution à l'ensemble des documents administratifs. Cette évolution relative aux archives est la première depuis la décision n° 471 QPC mais, comme juridiction, le Conseil ne saurait se prononcer que sur les litiges dont il est saisi. C'est pourquoi une étude prospective est nécessaire, sans attendre le bon vouloir des plaideurs devant le Conseil. Par l'interprétation, il est possible d'établir quelles conséquences l'article 15 de la Déclaration pourrait avoir sur le droit administratif existant.

Un réel contrôle de constitutionnalité est apparu en droit des archives et de la responsabilité (§1). De plus, une étude de plusieurs dispositions du Code des relations entre le public et l'administration permet d'illustrer de possibles corrections de la loi sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration (§2).

### §1. L'apparition d'un réel contrôle de constitutionnalité en droit des archives et de la responsabilité

Depuis 2015, la jurisprudence constitutionnelle a illustré l'apparition d'un réel contrôle de constitutionnalité de la loi en matière d'archivistique et de responsabilité des agents publics. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi penché à deux reprises sur le fond de dispositions législatives, au gré de l'invocabilité de l'article 15 qu'il avait reconnue dans sa décision n° 2015-471 QPC, du 29 mai 2015. Dans les décisions concernées, le Conseil a exprimé quels sont les modes de responsabilité concrétisant le droit de la société de demander compte, mais encore de ce que l'accès aux archives est un mode de reddition de comptes. Il a en outre manifesté le degré de contrôle qu'il était prêt à exercer en la matière.

La variété des modes de reddition de compte est reconnue par le Conseil constitutionnel (A). Relativement aux archives publiques, celui-ci accepte déjà d'exercer un contrôle de proportionnalité des dispositions qui lui sont soumises (B).

## A. Une variété des modes de reddition de compte reconnue par le Conseil constitutionnel

Le 2 décembre 2016, le Conseil constitutionnel s'est exprimé en faveur de la compréhension la plus large de l'expression « demander compte » au sens de l'article 15 de la Déclaration de 1789[693]. Cette décision porte sur la constitutionnalité de l'article L 312-1 du Code des juridictions financières, qui « fixe la liste des personnes justiciables, à raison de leurs fonctions, de la cour de discipline budgétaire et financière et précise celles qui ne le sont pas »[694]. Il est reproché à cet article d'établir une irresponsabilité financière, en violation notamment de l'obligation de rendre des comptes :

> « 2. La requérante reproche à cet article de déclarer certains responsables publics non justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière et, ainsi, d'instaurer à leur profit une irresponsabilité en matière d'infractions à la législation financière. Il en résulterait une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et du principe d'égalité devant la loi pénale. Il en résulterait également une méconnaissance de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans la mesure où cette immunité interdirait que les personnes qui en bénéficient soient tenues de rendre compte de leur action en matière financière. »

Après avoir écarté le grief de méconnaissance du principe d'égalité devant la loi du fait de cette irresponsabilité, le Conseil affirme que, du fait des diverses obligations s'imposant aux agents concernés, le législateur n'a pas méconnu l'article 15 de la Déclaration :

[693] Conseil constitutionnel, 2 décembre 2016, *Mme Sandrine A. [Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière]*, n° 2016-599 QPC.
[694] *Idem*, considérant n° 1.

« 11. Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : "La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration".

« 12. Compte tenu des contrôles ou des obligations politiques, administratives ou pénales pesant par ailleurs sur les membres du Gouvernement et les élus locaux pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, le législateur n'a pas méconnu l'article 15 de la Déclaration de 1789 en les exemptant, sauf dans les cas prévus à l'article L. 312-2 du même code, des poursuites devant cette cour pour manquements aux règles des finances publiques. »[695]

D'après le Conseil constitutionnel, la reddition de compte propre à l'article 15 de la Déclaration de 1789 peut être de nature politique, administrative, pénale ou financière ; de plus, toutes les formes du rendu de compte ne sont pas nécessaires cumulativement pour un agent public donné.

Le Conseil se laisse pleinement libre de décider quand la combinaison de responsabilités aussi variées est suffisante pour correspondre aux exigences de l'article, sans préciser d'ailleurs comment il détermine cette mesure. Cette imprécision peut être due à la nouveauté de la jurisprudence relative à l'article 15 de la Déclaration : dans le passé il avait fallu plusieurs années au Conseil pour expliquer quel était son mode d'identification des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[696]. Il peut aussi simplement s'agir d'une manière, pour le Conseil, de protéger sa propre compétence en la matière.

En l'espèce, les membres du Gouvernement et, parmi d'autres, le président de l'assemblée de Guyane et les maires sont reconnus comme étant pleinement des agents publics. Le juge s'oriente donc, ainsi que l'appelait de ses vœux le rapporteur Vincent Daumas devant le Conseil d'Etat en 2015, vers la définition la plus large des agents publics – à l'exception vraisemblable des agents de la personne publique se comportant comme un entrepreneur ordinaire.

---

[695] Pour une mise en perspective avec la jurisprudence antérieure du Conseil relative à l'article 15 de la Déclaration, VERPEAUX (Michel), « Première utilisation effective de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », *JCP A*, 2017-43/44 (30 octobre 2017), p. 34-37. Pour une critique de la décision relativement à sa clarté et à la nature de la Cour de discipline budgétaire et financière selon les jurisprudences administrative et constitutionnelle : MOUZET (Pierre), « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », *op. cit*.

[696] De leur identification dans Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC, à la systématisation des conditions de leur mise en avant avec Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC.

## B. Un contrôle de proportionnalité déjà exercé en droit des archives

La jurisprudence constitutionnelle relative au droit de l'accès aux archives est la plus aboutie relativement à la concrétisation de l'article 15 de la Déclaration de 1789[697]. Le droit d'accès aux archives y apparaît comme une des obligations administratives pouvant s'imposer aux agents publics au titre du droit de la société de leur demander compte de leur administration. La décision n° 2017-655 du 15 septembre 2017 porte sur le droit des archives des membres du Gouvernement : la conformité de l'article 213-4 du Code du patrimoine à la Constitution est contestée[698]. Il est directement reproché à cet article, par les limitations du droit de consultation des archives qu'il établit, de méconnaître le droit de demander compte à un agent public de son administration :

> « 2. Le requérant conteste ces dispositions, relatives aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement, au motif qu'elles confèreraient aux responsables politiques ou à leur mandataire un droit exclusif d'autoriser, de façon discrétionnaire, la divulgation anticipée des documents qu'ils ont versés aux archives. Il en résulterait une méconnaissance du droit de demander compte à un agent public de son administration, prévu à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont le droit d'accès aux archives publiques serait un "corollaire nécessaire". Il en résulterait également une méconnaissance du droit du public à recevoir des informations, qui découlerait du droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Enfin, le droit à un recours juridictionnel effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 serait méconnu, dans la mesure où l'autorité administrative est tenue de se conformer au refus discrétionnairement opposé par le responsable politique ou par son mandataire. »

[697] Pour une présentation de l'état et de l'évolution du droit des protocoles relatifs aux archives, MONNIER (Sophie), « Le statut dérogatoire des archives publiques présidentielles validé par le Conseil constitutionnel », *Droit administratif*, 2017-11 (novembre 2017), p. 34-37. Pour une étude au prisme de la nécessité pragmatique du bon versement des archives, NOUAL (Pierre), « Archives publiques : un droit sans cesse affiné », *Juris art*, 2017-51, p. 6.

[698] Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]*, n° 2017-655 QPC.

Pour écarter le grief tiré de la violation de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel réalise un contrôle de proportionnalité approfondi en trois paragraphes. Il énonce que :

> « 7. En premier lieu, il ressort des travaux préparatoires qu'en conférant au signataire du protocole ou à son mandataire le pouvoir d'autoriser la consultation anticipée des archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement, le législateur a entendu, en les plaçant sous le contrôle des intéressés, accorder une protection particulière à ces archives, qui peuvent comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif et, ainsi, favoriser la conservation et le versement de ces documents. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général.
>
> « 8. En second lieu, cette restriction au droit d'accès aux documents d'archives publiques est limitée dans le temps. D'une part, les protocoles relatifs aux archives versées après la publication de la loi du 15 juillet 2008 cessent de plein droit d'avoir effet lors du décès de leur signataire et, en tout état de cause, pour les documents relevant de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, à l'expiration des délais fixés par cet article. D'autre part, les clauses relatives à la faculté d'opposition du mandataire figurant dans les protocoles régissant les archives versées avant cette même publication cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire.
>
> « 9. Par conséquent, les limitations apportées par les dispositions contestées à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques résultant de l'article 15 de la Déclaration de 1789 sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à cet objectif. Le grief tiré de la méconnaissance de cet article doit donc être écarté. »

Le Conseil constitutionnel s'appuie pour son contrôle sur la protection temporaire du secret des délibérations du pouvoir exécutif, qui est selon lui une considération essentielle de la loi (§ 7). Quoique cela ne soit pas clair dans son propos, une conciliation est bien nécessaire entre cette protection des délibérations du gouvernement et l'obligation de rendre des comptes – le Conseil aborde pourtant cette question sous l'angle de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi. Cet objectif est celui du bon versement des documents aux archives.

La décision a été considérée de façon tantôt neutre[699], tantôt réellement critique. M. Noual a ainsi estimé, relativement à ces motivations, que le Conseil dissimulait mal un pragmatisme méritant d'être explicité :

> « « Il aurait été plus juste de dire que le dispositif est un pis-aller inévitable pour que l'Etat récupère ses papiers, objectif d'intérêt général s'il en est. [...] Le choix, de ce point de vue, était entre deux solutions insatisfaisantes en principe : ou bien se résoudre à laisser aux intéressés (ou à leur mandataire) un contrôle discrétionnaire sur les archives versées, ce qui préjudicie momentanément au droit d'accès des citoyens ; ou bien prendre le risque d'une généralisation des non-versements qui y préjudicie définitivement. Entre deux maux, il faut choisir le moindre. »[700]

La critique de la motivation ou du degré de contrôle exercé par le Conseil est toujours possible, et souvent d'autant plus que le Conseil sait faire preuve d'une retenue souvent proportionnelle à l'importance politique de la question à trancher[701]. Dans le cas présent, s'agissant d'une jurisprudence d'une grande nouveauté et portant sur un sujet dépassionné, il est davantage nécessaire d'insister sur la reconnaissance explicite de la nécessité de mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité relativement à l'article 15 de la Déclaration de 1789. Les considérations pragmatiques du Conseil doivent passer au second plan, surtout lorsqu'elles visent à la plus grande réalisation du droit d'accès aux archives.

Une réelle clarification du droit est apportée : les atteintes qui peuvent être portées au droit d'accès aux archives, pour être constitutionnelles doivent être « justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à cet objectif »[702]. A moyen terme, cette solution devrait être étendue à l'ensemble des droits identifiés comme propres à la reddition de compte et spécialement, s'agissant d'obligations administratives, à la motivation des décisions individuelles

---

[699] MONNIER (Sophie), « Le statut dérogatoire des archives publiques présidentielles validé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 34-37 ; VERPEAUX (Michel), « Première utilisation effective de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », *op. cit.*

[700] NOUAL (Pierre), « Archives publiques : un droit sans cesse affiné », *op. cit.*

[701] A ce titre, voir la décision Conseil constitutionnel, 1er février 2019, n° 2018-761 QPC, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, ne portant paradoxalement ni sur la définition ni sur l'effet de la protection constitutionnelle de la dignité humaine, et le commentaire WACHSMANN (Patrick), « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients de prostitués », publié le 21 février 2019 sur le blog « juspoliticum ».

[702] A propos de cette décision, voir : DISPERATI (Tatiana), « Décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement] », *RFDC* 2018-1, n° 113, p. 194-202.

défavorables et à l'accès aux documents administratifs. Sur cette base, il est possible d'envisager un certain nombre de corrections du droit administratif.

## §2. Etude de corrections de la loi possibles sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de 1789

Le présent paragraphe est bâti sur une hypothèse fort simple, construite en trois temps : d'abord, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantit un droit général d'accès aux documents administratifs. En conséquence, le Conseil constitutionnel contrôlera son respect par l'exercice d'un contrôle de proportionnalité. Enfin, partie de l'hypothèse la plus aventureuse : le Conseil soumettra l'accès aux documents administratifs au même régime constitutionnel que l'accès aux archives publiques. Sur la base de cette hypothèse, le droit législatif existant en la matière semble bien voué à des corrections au gré des saisines du Conseil. Les exclusions fondées en bloc sur la nature d'une autorité publique sont spécialement sujettes à échouer au test de proportionnalité.

Le droit législatif de l'accès aux documents administratifs ne saurait plus reposer sur un modèle de l'exception au secret (A), ce qui implique la fin des exclusions de communication reposant sur la seule identité de l'organe détenteur d'information (B).

### A. Un droit législatif de l'accès aux documents administratifs ne reposant plus sur le modèle de l'exception au secret

Jusqu'à présent, la transparence administrative a été largement considérée comme une libéralité du législateur au citoyen, comme un droit « né des mains du législateur », « inventé » en 1978[703]. Les droits afférents à cette transparence n'ont pu être appuyés que sur des dispositions ponctuelles du bloc de constitutionnalité ; la motivation des actes administratifs peut ainsi être reliée au droit à un recours juridictionnel effectif. Difficile pour le plaideur de contester une décision sans en connaître les motifs, difficile également pour le juge d'en apprécier la

[703] Respectivement Denis Piveteau, conclusions sur Conseil d'Etat, 29 avril 2002, Ullmann, n° 228830, et Guy Braibant, « Droit d'accès et droit à l'information », *in Service public et libertés, Mélanges Charlier*, *op. cit.*, p.703.

légalité[704]. Pourtant, jusqu'à récemment, seul le professeur Maisl, en 1981, affirmait qu'avec la loi de 1978, « le législateur organise le "droit de citoyenneté" posé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 »[705]. Cette absence de lien généralement admis avait des conséquences en contentieux constitutionnel.

Si l'ouverture de l'accès aux documents administratifs constitue une atteinte potentielle à la vie privée, au secret des affaires et à la défense nationale qu'il convient d'encadrer[706], le maintien du secret n'avait pas à être observé comme une atteinte au droit de demander compte aux agents publics. Il n'avait pas à être justifié. Dans la balance du législateur, le plateau favorisant la transparence était vide. Ce n'est plus le cas aujourd'hui en reconnaissant que l'article 15 de la Déclaration de 1789 énonce un droit pleinement valide et invocable. A ce titre, les atteintes qui lui sont portées, par exemple le refus de publier le patrimoine de certains agents publics comme les députés et les sénateurs, doivent désormais être soumises au test de proportionnalité avec les objectifs justifiant ces atteintes. C'est d'autant plus le cas depuis que ce test de proportionnalité a été mis en œuvre par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 septembre 2017.

Le droit d'accès aux documents administratifs a été introduit en France par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. A cette fin, il est revenu au législateur de définir principalement la notion de document administratif et de déterminer quelles étaient les exceptions opposables au droit d'accès. Originellement, le texte mentionnait les documents administratifs, qu'il énumérait[707]. A ce jour, l'article L 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) adopte une définition substantielle de la notion, s'appuyant sur la « mission de service public »[708]. Parmi les exclusions de la communicabilité définie dans cet article et à l'article L 311-2 du même code, trois méritent une étude approfondie quant à leur pertinence : les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'Etat et enfin les documents reçus par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

---

[704] Ainsi Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1954, *Barel*, n$^{os}$ 28238, 28493, 28524, 30237 et 30256.

[705] Herbert Maisl, « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Service public et libertés*, op. cit., p. 831 ; p. 832 pour la citation.

[706] Pour citer seulement les principales limites reconnues par la loi du 17 juillet 1978 à l'accès aux documents administratifs.

[707] Article 1er, alinéa 2, loi 78-753, rédaction originelle : « Sont considérés comme documents administratifs au sens du présent titre tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrement sonores ou visuels, de traitement automatisés d'informations non nominatives ».

[708] « Sont considérés comme documents administratifs [...] les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. »

## B. La fin des exclusions reposant sur la seule identité de l'organe détenteur d'information

La conséquence essentielle de la garantie d'un droit d'accès aux documents dont les atteintes ne sauraient qu'être proportionnées à l'objectif poursuivi, est que les exclusions en bloc de la communication d'information cessent d'être possibles. Seule une exclusion appuyée sur la nature protégée ou non de l'information peut être conforme à la Constitution ; au contraire, le refus de communiquer en bloc toutes les informations détenues par un agent ne saurait être que disproportionné. Plusieurs hypothèses de questions prioritaires de constitutionnalité permettent d'illustrer cet effet.

Ces hypothèses sont celle de l'exclusion en bloc de la communicabilité des documents des assemblées parlementaires (1), mais encore du régime spécifique de publicité des avis du Conseil d'Etat (2) et du secret des documents transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (3).

### 1). L'exclusion en bloc de la communicabilité des documents des assemblées parlementaires

Il est très discutable que les documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires échappent totalement au droit commun de l'accès aux documents administratifs. Aujourd'hui, ces documents restent soumis à l'ordonnance n° 58-1100, du 17 novembre 1958 (au gré de l'article L 300-2 alinéa 2 CRPA). La loi se veut donc globalement fidèle à la séparation des pouvoirs. Néanmoins, cette ordonnance se limite, dans son article 7 bis, à rendre les assemblées maîtresses de leurs archives au gré de leurs règlements intérieurs. Aucune distinction n'est faite sur le fondement du rattachement de ces documents avec l'activité parlementaire, par exemple selon leur degré d'affinité avec l'exercice du mandat comme c'est le cas en Allemagne pour les documents réalisés par le service scientifique du Bundestag. Ceux-ci sont détachables de l'activité législative, comme recueils neutres d'informations pour les parlementaires, dont la

connaissance par le public est insusceptible de porter atteinte à la liberté du mandat[709]. Il n'est pas non plus question des activités des chambres comme au sein du *Freedom of Information Act 2000*. Sur ce point au moins, le code de 2015 et l'ordonnance de 1958 peuvent donc être critiqués. L'article 15 de la Déclaration de 1789 ne distingue pas les agents publics les uns des autres, retenant simplement le critère de « l'administration ». De la sorte, une exclusion de communication de document doit être à la fois utile et nécessaire à la protection des chambres : si le premier de ces critères peut être retenu – l'absence d'information du public sur ce qui retient l'attention des chambres en dehors du public permettrait d'éviter les influences extérieures – le critère de nécessité ne saurait être satisfait s'agissant de documents purement informatifs comme des devis pour l'isolation des fenêtres ou des combles.

## 2). L'exclusion spécifique de publicité pour les avis du Conseil d'Etat

La mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité implique la révision de l'exclusion de la communicabilité des avis du Conseil d'Etat (article L 311-5 n° 1 CRPA). Cette exclusion spécifique est difficilement justifiable alors qu'est déjà protégé le secret provisoire des délibérations du Gouvernement (n° 2 « a » du même article), ainsi que la sûreté de l'Etat, la sécurité publique et la ribambelle des secrets reconnus par la loi comme d'intérêt général. Si le droit constitutionnellement garanti de demander compte implique le droit d'accès aux documents administratifs comme marque de l'activité des services, d'une part, et si, d'autre part, les atteintes à ce droit doivent être proportionnées, alors l'atteinte consacrée par l'exclusion des avis du Conseil d'Etat en tant que tels ne saurait être conforme à la Constitution.

Cette exclusion échouerait en tout cas au test de proportionnalité par son caractère systématique, formellement et matériellement distinct des motifs d'exclusion énumérés au n° 2 de l'article L 311-5 CRPA. En outre, l'exclusion sans distinction de moment ou de contenu des rapports du Conseil d'Etat ne saurait, naturellement, être appuyée sur l'activité par ailleurs juridictionnelle du Conseil. Quant à un rapport étroit entre les avis du Conseil d'Etat et l'activité législative des parlementaires, il est difficilement envisageable tant ces avis interviennent tôt dans le processus législatif. Une évolution semble donc nécessaire.

[709] Cour administrative fédérale, 25 juin 2015, réf. BVerwGE 7 C 1/14.

### 3). Le secret des documents transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

Un troisième cas discutable pour cette étude est celui des documents transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Ceux-ci sont exclus de la communication au public par l'article L 311-5 n° 1 CRPA, renvoyant à l'article 20 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique[710]. Le I de cet article mentionne les missions de l'autorité relatives aux membres du Gouvernement, aux autorités administratives indépendantes et aux parlementaires. Cette exclusion semble inutile au regard des causes mentionnées à l'article 311-6 CRPA, relatif à la protection de la vie privée, par ailleurs constitutionnellement garantie. La pleine reconnaissance d'un droit directement garanti par l'article 15 de la Déclaration implique de protéger la vie privée, non pas par des exclusions générales et absolues, portant une atteinte disproportionnée au droit de demander compte aux agents publics de leur activité administrative, mais bien en réalisant un équilibre entre ces deux nécessités. Cet équilibre peut être atteint par la communication obligatoire des informations, sauf, en principe, des informations personnelles.

La garantie de la protection des informations personnelles n'est pas absolue. L'intervention du Conseil constitutionnel serait d'autant plus souhaitable que le droit des conflits d'intérêts, de la corruption et des autres infractions liées à la qualité d'agent public implique, pour la mise au jour des faits, une part d'atteinte à la vie privée. Cette part d'atteinte est admise dans le secret de l'instruction, le secret fiscal, le secret des enquêtes en général. Néanmoins, il ne semble pas possible d'exclure, sur la base de cette simple constatation, que la protection de la vie privée des agents publics, spécialement pour l'exercice de fonctions gouvernementales et parlementaires, doive être appréciée sans prendre en compte la particularité de celles-ci vis-à-vis du public. Avant le premier tour de l'élection présidentielle, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a publié les déclarations de patrimoine des candidats, prévoyant de ne maintenir accessibles ensuite que celles des candidats présents au second tour. Si cette publication est possible sans atteinte inconstitutionnelle aux droits à la vie privée, des exigences plus larges de publication d'informations personnelles pourraient être appuyées sur l'article 15 de la Déclaration de 1789.

[710] Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique.

## Conclusion de la section

Le législateur français doit désormais composer avec une obligation de proportionnalité des atteintes à la publicité des documents administratifs. Très concrètement, cette exigence de proportionnalité pourrait conduire à une refonte de nombreux éléments du code des relations entre le public et l'administration, dès lors que ce code organise le droit de l'accès aux documents administratifs. Au delà des exemples présentés, toutes les exclusions générales reposant sur l'identité de l'organe détenteur d'informations pourraient être mises en cause devant le Conseil constitutionnel et sanctionnées. Seules pourraient subsister des exceptions à la publication fondées sur un intérêt constitutionnellement protégé (par exemple la vie privée), et dans la seule mesure nécessaire, mesure d'ailleurs susceptible de varier selon les circonstances. Le cas de la haute autorité pour la transparence de la vie publique permet de souligner que les personnes s'investissant dans la vie politique locale ou nationale ne sauraient prétendre à un même niveau de protection que les citoyens ordinaires. Les décisions n$^{os}$ 599 et 655 QPC semblent bien n'être que le début d'une évolution profonde du droit de l'accès aux documents administratifs.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Par des recours constitutionnels individuels, il existe une réelle possibilité de mise en conformité du droit administratif français à la Constitution ; c'est la conséquence nécessaire de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la normativité de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cet article établit un régime général du droit de l'information administrative, avec lequel le droit infra-constitutionnel doit être mis en conformité. A cette fin, une place spécifique est à réserver aux énoncés constitutionnels avec lesquels l'article 15 interagit au premier chef : les articles 14 de la Déclaration de 1789 et 7 de la Charte de l'environnement. Plus largement, le droit d'accès aux documents administratifs n'est que l'un des droits que l'article 15 de la Déclaration de 1789 implique : l'obligation de motivation des actes administratifs et l'obligation de renseignement imposée aux agents publics sont des axes majeurs d'approfondissement possible. Le Conseil constitutionnel approche la question plus largement, puisqu'il s'intéresse sur ce fondement à toutes les obligations politiques, administratives, pénales ou financières pesant sur les agents publics. Le contentieux constitutionnel individuel est donc susceptible de provoquer de profondes modifications du droit administratif français.

# CHAPITRE II. L'IMPOSSIBILITE DE FONDER UN DROIT D'ACCES SUR L'INVOCATION CONJOINTE D'ARTICLES DE LA LOI FONDAMENTALE

Il a été établi en première partie de la présente thèse que la Loi fondamentale ne connaît pas de disposition qui énoncerait un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics. En conséquence, un plaideur pourrait recourir à l'invocation conjointe de dispositions de la Loi fondamentale afin de démontrer que, mis en relations, différents énoncés de ce texte pourraient faire naître un tel droit. Ce n'est pas le cas. L'invocation conjointe d'articles de la Loi fondamentale est insusceptible de pallier l'absence de droit directement opposable au législateur. Cette absence de droit opposable est établie par deux éléments : la réserve législative de l'article 5 I de la Loi fondamentale d'une part, et le fait que l'article 20 I de ce texte n'est pas invocable à l'appui d'un recours constitutionnel individuel d'autre part. Seuls le sont les droits fondamentaux (articles 1 à 19 du texte) et certains droit dits « équivalents » (*grundrechtsgleiche Rechte*) – ces derniers sont listés à l'article 93 I Nr. 4a du texte.

L'idée qui sous-tend l'invocation conjointe de dispositions repose sur l'affirmation que tout le droit applicable à une matière ne relèverait pas que d'un énoncé. Concrètement, en l'espèce, il s'agirait de compenser la faiblesse supposée d'un énoncé à atteindre un but, en lui adjoignant un autre texte. En matière d'accès aux documents administratifs, pour l'essentiel, il s'agit d'affirmer tantôt qu'un article de la Loi fondamentale qualifie une source d'information comme accessible au sens de son article 5 I ; tantôt qu'un article invocable à l'appui d'un recours constitutionnel individuel peut être lu conjointement à son article 20 I, dans l'hypothèse où ce dernier pourrait avoir une influence sur l'accès aux documents. Diverses argumentations peuvent être construites sur ce modèle, impliquant plus ou moins d'énoncés extérieurs à ceux déjà mentionnés par la présente étude. La seule argumentation potentiellement convaincante en la matière repose sur les articles 28 et 38 de la Loi fondamentale, mais elle est par trop décousue.

Il est impossible d'appuyer un droit d'accès aux informations sur le fondement principal de l'article 5 I ou de l'article 20 I de la Loi fondamentale (section I). L'argumentation fondée sur les articles 28 et 38 de ce texte est pour sa part trop décousue (section II).

## SECTION I. L'IMPOSSIBILITE D'UN DROIT GENERAL APPUYE PRINCIPALEMENT SUR LES ARTICLES 5 I ET 20 I DE LA LOI FONDAMENTALE

Pour un plaideur, il est impossible d'invoquer un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics en s'appuyant principalement sur les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale allemande. Ce « principalement » est porteur d'une dose de subjectivité et doit être explicité. Deux difficultés existent : la première, tient à l'absence d'obligation opposable au législateur sur le fondement du premier article, ainsi qu'à l'ininvocabilité de l'article 20 I à l'appui d'un recours constitutionnel individuel. C'est là une difficulté objective, qui s'impose au plaideur comme à son juge. La seconde difficulté est plus subjective car elle relève de l'interprétation et de l'argumentation : un plaideur enthousiaste ou un juge certain que sa décision ne sera pas remise en cause pourrait passer outre. Cette difficulté tient à ce que ces articles 5 I et 20 I ne permettent, ni appuyés l'un sur l'autre, ni invoqués conjointement à des dispositions complémentaires, d'appuyer une argumentation convaincante. Concrètement, il n'est pas raisonnable de se fonder sur l'accessibilité par nature de certaines informations, ou bien sur les caractères nécessaires de l'administration démocratique ou de l'administration républicaine pour emporter mécaniquement l'adhésion de la Cour constitutionnelle fédérale. Ces deux écueils ne sont cependant pas totalement insurmontables : certains énoncés concrets du texte constitutionnel allemand peuvent être invoqués à l'appui de l'article 5 I pour fonder des droits d'accès à certaines informations ; de plus, une argumentation fondée principalement sur d'autres articles de la Loi fondamentale et faisant intervenir ses articles 5 I et 20 I pourrait être envisagée.

Il est impossible de fonder un recours constitutionnel individuel sur le seul article 20 I de la Loi fondamentale (§1). De plus, cet article est trop abstrait pour justifier une accessibilité de l'information au sens de l'article 5 I du texte (§2). Seuls certains droits ponctuels peuvent être invoqués sur le fondement de l'article 5 I (§3).

## §1. L'impossibilité d'un recours constitutionnel individuel fondé sur le seul article 20 I de la Loi fondamentale

Il est impossible d'introduire un recours constitutionnel individuel sur le seul fondement de l'article 20 I de la Loi fondamentale. Deux conditions doivent être réunies pour pouvoir conclure à l'existence d'un droit à l'information invocable par toute personne devant la juridiction constitutionnelle : qu'un tel droit fasse partie du *corpus* constitutionnel allemand et que ce droit soit invocable par toute personne devant la juridiction constitutionnelle. Le constituant allemand n'a pas exclu l'existence d'un tel droit du seul fait que celui-ci ne figurerait pas au chapitre « droits fondamentaux » de la Loi fondamentale allemande : il lui était et lui est toujours parfaitement loisible d'introduire des droits nouveaux à tout endroit du texte[711]. Ceci étant, tous les organes constitués, y compris la Cour constitutionnelle fédérale, sont soumis à ce texte, ce pourquoi les conditions d'invocabilité mentionnées dans le texte constitutionnel bornent absolument le champ des droits invocables. C'est tout l'enjeu de l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale.

Le champ du contentieux constitutionnel individuel est fixé par l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale, sans limitation au catalogue des droits fondamentaux (A). Néanmoins, l'article 20 I du texte n'énonce pas de droit fondamental ou de droit équivalent (B).

### A. Un champ du contentieux constitutionnel individuel fixé par l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale sans limitation au catalogue des droits fondamentaux

L'invocabilité devant la juridiction constitutionnelle réalise le droit opposable au législateur : la simple existence d'un droit au sein du *corpus* constitutionnel n'implique pas que quiconque puisse s'en prévaloir. Cette nuance est à l'origine de la catégorie des *grundrechtsgleiche Rechte*, soit les droits équivalents aux droits fondamentaux au sens de la Loi fondamentale ; ces droit sont invocables par toute personne, selon les mêmes modalités que les droits

[711] L'hypothèse d' « amendements constitutionnels inconstitutionnels » est volontairement laissée de côté pour l'instant. Voir PFERSMANN (Otto), « Unconstitutional constitutional amendments : a normativist approach » [Amendements constitutionnels inconstitutionnels : une approche normativiste], *ZöR* 2012-67, p. 81-113.

fondamentaux. L'article 93 I Nr. 4a, organisant le recours constitutionnel individuel, liste les articles énonçant de tels droits au delà du catalogue des articles 1 à 19 :

> « Article 93
> « [Compétence de la Cour constitutionnelle fédérale]
> « (1) La Cour constitutionnelle fédérale statue : [...]
> « 4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 »[712].

Avec cette énumération limitative, la latitude d'appréciation laissée au juge allemand est bien moindre que celle laissée par l'article 61-1 de la Constitution française aux juges saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité. La protection de la liberté individuelle, ancrée à l'article 66 de la constitution française, est un exemple de droit invocable par toute personne, inscrit ailleurs que dans les renvois du Préambule qui forment un recueil de catalogues de droits garantis. La notion de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » va plus loin encore, en détachant presque complètement des sources de droits opposables au législateur du texte constitutionnel. En Allemagne, ce sont donc six articles du texte (dont l'article 20 amputé de ses trois premiers alinéas) qui peuvent être invoqués en sus des droits fondamentaux.

Très simplement, cette construction s'appuie sur le fait que le constituant n'est pas soumis à sa propre parole ni à sa propre forme. Lorsqu'il énonce, au chapitre premier de la Loi fondamentale allemande des droits fondamentaux, il n'épuise en rien sa compétence en la matière ; un luxe de classification seulement lui fait distinguer les droits fondamentaux de ceux garantis par les divers autres articles de la Loi fondamentale listés à l'article 93 I Nr. 4a LF. Au passage, le constituant allemand souligne l'impropriété d'un usage de l'expression « droits fondamentaux » au delà de son sens formel le plus strict, en l'absence d'unité de source, d'effet ou d'invocabilité des droits recouverts habituellement par cette expression.

[712] Traduction du Bundestag.

## B. Un article 20 I exclu des sources de droits fondamentaux ou de droits équivalents

L'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale renvoie aux droits fondamentaux et aux « droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ». Ceux-ci sont respectivement relatifs à :

– article 20 IV LF : droit de résistance contre les atteintes à l'ordre constitutionnel allemand ;
– article 33 LF : garantie de l'égalité des droits et obligations civiques pour les Allemands sur tout le territoire de la République fédérale, protection contre la distinction des agents publics sur des fondements religieux ou philosophiques ;
– article 38 LF : modalités de l'élection au Bundestag et droits afférents ;
– article 101 LF : interdiction des tribunaux d'exception ;
– article 103 LF : droit à l'audience pénale, interdiction de la rétroactivité des lois pénales et de multiplicité des peines pour une infraction unique ;
– article 104 LF : légalité de la procédure pénale, interdiction de la torture, interdiction de la privation de liberté au delà d'une journée sans décision juridictionnelle.

La simple absence de mention de l'article 20 I du texte constitutionnel parmi les droits équivalents aux droits fondamentaux induit une conséquence simple : le droit constitutionnel allemand ne garantit pas de droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, quand bien même un tel droit pourrait être rattaché à cet article. Cette affirmation aurait, elle, pour conséquence de dénuer ce titre de l'étude de son objet, en posant que l'article 20 LF et le droit constitutionnel allemand dans son ensemble ne garantissent aucun droit d'accès aux documents administratifs qui soit invocable contre le législateur.

L'invocation de l'article 20 I de la Loi fondamentale à l'appui d'un recours fondé sur un autre article de ce texte, notamment son article 5 I, est pourtant toujours possible. Un article de la Loi fondamentale, lui-même bien invocable devant la Cour constitutionnelle fédérale, pourrait subir une atteinte inconstitutionnelle du fait de la violation de l'article 20 I. L'hypothèse immédiatement envisageable en la matière est celle d'un rapprochement avec l'article 5 I du texte.

## §2. L'article 20 I de la Loi fondamentale, trop abstrait pour justifier une accessibilité de l'information au sens de l'article 5 I du texte

L'objet de l'invocation conjointe à l'article 5 I de la Loi fondamentale est de démontrer que les documents administratifs sont à considérer comme une source d'information accessible au public au sens de la Loi fondamentale. Le législateur qui méconnaîtrait cet état du droit, en ne garantissant pas la communicabilité de principe des documents administratifs, ou en la restreignant abusivement, violerait l'article 20 de la Loi fondamentale et par conséquent son article 5. Cette dernière violation serait sanctionnée par le juge constitutionnel dans la mesure où l'article 20 I n'est pas invocable devant lui par les particuliers[713].

L'affirmation d'un lien spécifique entre les articles 5 I et 20 I, II de la Loi fondamentale allemande est particulièrement répandue (A). Néanmoins, des conséquences de droit à cette rencontre ne sont admises que de façon toute théorique par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (B).

### A. L'affirmation répandue d'un lien spécifique entre les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale allemande

La doctrine allemande est particulièrement friande des mentions des principes énoncés à l'article 20 I de la Loi fondamentale. Les principes démocratique, républicain et, plus concrètement, d'Etat de droit, font l'objet de mentions abondantes. La malléabilité de ces notions conduit d'ailleurs à une grande communauté de propos avec les juristes britanniques. Lord Lester of Herne Hill, relativement au *Freedom of Information Act 2000* affirmait dans l'un des rapports du Comité parlementaire sur l'administration publique que :

> « L'essence du gouvernement démocratique, je le pense, réside dans la capacité de l'électorat à faire des choix relatifs à qui devrait gouverner ou à quelles politiques et pratiques il soutient ou rejette. De tels choix ne peuvent être faits si une information suffisante n'est pas disponible. [...] En définitive, l'information relative aux activités politiques et

[713] N'énonçant ni droit fondamental ni droit équivalent au sens de l'article 93 I Nr. 4a LF.

gouvernementales appartient à tous ceux dont les ministres et agents publics servent les intérêts par l'élection ou la nomination »[714].

Ces termes sont particulièrement proches de ceux de la Cour constitutionnelle fédérale quant à la liberté de l'information, qui affirme ainsi que :

> « Deux éléments sont déterminants pour l'essence de la liberté de l'information garantie à l'article 5 alinéa 1 phrase 1 de la Loi fondamentale. Le premier est la relation au principe démocratique de l'article 20 alinéa 1 de la Loi fondamentale : un Etat démocratique ne peut pas exister sans une opinion publique libre et la mieux informée possible. Par ailleurs, la liberté de l'information renvoie à une composante de droit individuel, issue des articles 1 et 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale. S'informer auprès du plus grand nombre de sources relève des besoins élémentaires des hommes, afin d'élargir leur savoir propre et ainsi de s'épanouir comme individus. [...] Le droit fondamental à la liberté de l'information est comme le droit fondamental à la libre expression des opinions une des conditions les plus importantes de la démocratie libérale (selon BVerfGE 7, 198 [208]). C'est d'abord avec son aide que le citoyen est mis en situation de se forger les conditions nécessaires pour l'accomplissement de ses devoirs personnels et politique, afin de pouvoir agir responsablement en termes de démocratie »[715].

---

[714] *Lord Lester of Herne Hill, Select Committee on Public Administration, Third Report, 1998-99*, Q 205 HC 570-I, cité par WADHAM (John), HARRIS (Kelly) et PERETZ (George), *Blackstone's Guide to the Freedom of Information Act 2000* [Guide Blackstone pour la loi de 2000 sur la liberté de l'information], *op. cit.*, p. 2 : « *The essence of democratic government, I suggest, lies in the ability of the electorate to make choices about who should govern or about which policies and practices they support or reject. Such choices cannot be made unless sufficient information is available [...]. Ultimately, information about political and government activity belongs to the people whose interests Ministers and civil servants are elected or appointed to serve.* »

[715] BVerfGE, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71 (881-2) – § 28 (extrait) : « *Für die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Informationsfreiheit sind danach zwei Komponenten wesensbestimmend. Einmal ist es der Bezug zum demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG : Ein demokratischer Staat kann nicht ohne freie und möglichst gut informierte öffentliche Meinung bestehen. Daneben weist die Informationsfreiheit eine individualrechtliche, aus Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitete Komponente auf. Es gehört zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen, sich aus möglichst vielen Quellen zu unterrichten, das eigene Wissen zu erweitern und sich so als Persönlichkeit zu entfalten. [...]. Das Grundrecht der Informationsfreiheit ist wie das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]). Erst mit seiner Hilfe wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um im demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können.* »

La doctrine allemande regorge de formules semblables dans les manuels et les commentaires de la Loi fondamentale[716]. Selon Christoph Gröpl, ce même article 5 « garantit une condition fondamentale pour la démocratie et un ordre étatique libéral, soit que chacun puisse exprimer ses pensées en principe sans être dérangé, sans devoir craindre de représailles »[717]. S'il est commun pour les auteurs d'affirmer un lien de nécessité entre les principes énoncés à l'article 20 I du texte constitutionnel allemand et à l'article 5 I de celui-ci, l'affirmation de conséquences de droit concrètes est plus incertaine. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en la matière n'est pas plus explicite.

## B. Des conséquences de droit envisagées de façon abstraite par la Cour constitutionnelle fédérale allemande

Pour M. Jarass, « l'effet combiné de la liberté de l'information avec d'autres objectifs véhicule une prétention invocable à la consultation de documents ou à la remise de rapports [...]. » Néanmoins, « il n'est pas certain que la publication de directives administratives puisse être demandée » par ce biais [718]. Dans son propos, il s'agit moins d'invoquer des articles de la Loi fondamentale, que des principes tels que ceux énoncés à l'article 20 de ce texte, soit les principes républicain et démocratique. Il constate toutefois que la jurisprudence lui est contraire.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, comme la doctrine nationale, est pourtant très diserte quant à l'importance démocratique, ou encore républicaine, de la liberté pour les citoyens de s'informer sans entrave. A ce titre, les motivations de ses décisions sont régulièrement le lieu de grandes pétitions de principes mais ces affirmations sont toujours suivies du refus de leur donner des conséquences de droit contraignantes pour le législateur[719]. La Cour

[716] Relativement à ces formules, voir la partie I, titre II de la présente thèse.

[717] GRÖPL (Christoph), « Artikel 5 » [Article 5], *op. cit.*, p. 112 : « *[Artikel 5 GG] garantiert eine Grundvoraussetzung für Demokratie und freiheitliche Staatlichkeit, nämlich dass der Einzelne seinen Gedanken grds. ungestört Ausdruck verleihen darf, ohne Repressalien fürchten zu müssen* ».

[718] JARASS (Hans Dieter), « Artikel 5 » [Article 5], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p 185-243, p. 198-199 : « *allerdings vermittelt die Informationsfreiheit im Zusammenwirken mit anderen Vorgaben einen Anspruch auf Akteneinsicht oder auf Auskunftserteilung [...]. Unklar ist, ob die Bekanntgabe von Verwaltungsvorschriften verlangt werden kann* ».

[719] Ces développements appartiennent aux motifs des décisions et non à leurs dispositifs. En toute rigueur, ces propos sont donc des considérations argumentatives et non des normes juridiques.

s'efforce, à cette fin de distinguer les lois délimitant l'étendue du droit protégé et les lois lui portant atteinte. C'est toute la mécanique du droit fondamental « activé » par le législateur :

> « Une source d'information est généralement accessible lorsqu'elle est adaptée et vouée à fournir des informations au public, c'est-à-dire un ensemble d'individus non déterminable individuellement (selon BVerfGE 27, 71 [83 s.] ; 33, 52 [65]). [...] Les normes de droit qui règlementent l'accès à l'information ne délimitent pas le domaine protégé de la liberté de l'information, mais sont au contraire des normes limitant un droit fondamental, à mesurer à la Constitution. » [720]

Cette première catégorie, celle les lois délimitant l'étendue du droit protégé, est pourtant laissée particulièrement libre quant à son contenu :

> « Lorsque le législateur organise le mode de l'accès aux procédures étatiques et, du même coup, la mesure de l'ouverture de cette source d'information, alors le domaine protégé de la liberté de l'information est ouvert dans cette mesure. Si les médias ont accès [aux audiences juridictionnelles] aux fins d'observation, mais sous réserve légalement imposée d'exclusion de l'enregistrement et de la diffusion du son et de l'image, il n'y a aucune atteinte au droit fondamental dans cette limitation. » [721]

Le caractère philosophique et abstrait des propos favorables à l'accès aux documents administratifs appuyé sur l'article 20 I de la loi fondamentale se heurte au caractère juridique et concret des termes de l'article 5 I, y compris dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. De cette façon, l'invocation d'un droit sur le fondement de ces deux articles apparaît vouée à l'échec. Seuls des énoncés constitutionnels spécialement concrets semblent pouvoir être accolés

---

[720] BVerfG, 9 février 1994, Antennes paraboliques I (*Parabolantenne I*), n° 90, 27 (32) – § 13 (extrait) : « *Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen (vgl. BVerfGE 27, 71 [83 f.]; 33, 52 [65]). [...] Rechtsnormen, die den Informationszugang regulieren, umgrenzen nicht den Schutzbereich der Informationsfreiheit, sondern sind als grundrechtsbeschränkende Normen an der Verfassung zu messen.* »

[721] BVerfGE, 24 janvier 2001, Enregistrement télévisé en salle d'audience II (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44 (61) – § 61 : « *Legt der Gesetzgeber die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle fest, so wird in diesem Umfang zugleich der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet. Haben die Medien Zugang zwecks Berichterstattung, aber in rechtlich einwandfreier Weise unter Ausschluss der Aufnahme und Verbreitung von Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen, liegt in dieser Begrenzung kein Grundrechtseingriff.* »

à l'article 5 I de la Loi fondamentale – en pratique, ces énoncés n'ouvrent que des droits ponctuels.

## §3. Des droits d'accès ponctuels invocables sur le fondement de l'article 5 I de la Loi fondamentale

Certains droits d'accès à l'information ponctuels sont invocables sur le fondement de l'article 5 I de la Loi fondamentale. C'est le cas par exemple de l'accès au journal officiel fédéral, mentionné à l'article 82 du texte, article non invocable à l'appui d'un recours constitutionnel individuel : dès lors que cet article prévoit la publication dans le journal officiel fédéral des lois et règlements fédéraux, si l'Etat allemand n'assurait pas sa publicité, alors un plaideur pourrait invoquer une violation de l'article 5 I de la Loi fondamentale.

L'invocation conjointe d'articles de la Loi fondamentale est bien susceptible de garantir l'accès à certaines sources d'informations (A) mais il est nécessaire à cette fin que le plaideur s'appuie sur des dispositions concrètes (B).

### A. Une invocation conjointe susceptible de garantir l'accès à certaines sources d'informations

L'effet de l'invocation conjointe est de démontrer qu'une norme résulte de deux énoncés formellement distincts. C'est le cas de l'invocation conjointe de l'article 5 I et de l'article 42 I 1 LF (publicité des débats du Bundestag) : l'invocabilité du premier permet d'assurer le respect du second. Plus précisément, l'invocation des deux articles ensemble permet de démontrer que les débats du Bundestag sont une source d'information accessible au public au sens de l'article 5 I. Un cas semblable est celui de l'accès au journal officiel fédéral, qui est mentionné plusieurs fois au sein de la Loi fondamentale comme support de publications obligatoires[722]. Il n'est pas précisé que le Journal officiel fédéral doive obligatoirement être accessible au public mais il est manifeste que l'interprétation de ces mentions va en ce sens. De plus, si les articles mentionnant le journal officiel ne sont pas invocables à l'appui d'un recours constitutionnel individuel, il

[722] Articles 82 (« Signature, promulgation et entrée en vigueur des lois et règlements »), 115a (« Déclaration de l'état de défense ») et 145 (« Promulgation de la Loi fondamentale ») du texte – intitulés de la version française du texte publiée par le Bundestag.

semble bien possible d'arguer de sa violation par le biais de l'article 5 I, dans le cas où certaines publications obligatoires cesseraient.

L'invocation conjointe à proprement parler trouve sa limite dans l'interprétation qu'il est raisonnablement possible de donner aux deux énoncés. Spécialement, lorsqu'un seul des énoncés est invocable devant le juge constitutionnel par un particulier, il convient que puisse être identifiée une violation de cet énoncé. Lorsque les deux énoncés conjoints sont invocables, ce problème ne se pose pas : l'invocation conjointe des articles 3 et 5 de la Loi fondamentale est toujours possible pour affirmer que l'accès aux informations généralement accessibles ne doit pas être différencié à raison du sexe, de la race ou encore des opinions du demandeur. Pour le plaideur, cette invocation conjointe permet de faire valoir des droits existants mais elle n'est pas propice à faire reconnaître l'existence de normes constitutionnelles insoupçonnées jusqu'alors. Il s'agit pour le plaideur de pouvoir invoquer davantage de normes de droit formellement constitutionnel, mais sans modifier le champ de celui-ci.

Au contraire, dans le cas de l'invocation conjointe d'effet pédagogique, un sens inattendu peut être donné à un énoncé existant. Un plaideur pourrait ainsi exciper de l'exigence de publicité des débats judiciaires et de l'article 5 I de la Loi fondamentale une obligation pour l'Etat de publier l'intégralité des décisions de justice, ou encore arguer contre la jurisprudence excluant la diffusion intégrale, même par écrit, des débats dans les salles d'audience. Dans ce cas, le lien entre les deux articles et la norme invoquée n'est plus manifeste, comme l'est le lien entre articles 5 I et 82 I, mais dépendant de la qualité de l'argumentation des parties. Plus les dispositions invoquées à l'appui de l'article 5 I de la Loi fondamentale sont concrètes, plus la tâche des plaideurs est facilitée.

## B. La nécessité de l'appui sur des dispositions concrètes

L'invocation conjointe se heurte rapidement à une nécessité de clarté des normes invoquées, sans quoi le lien entre le texte et son interprétation viendrait à être rompu. L'interprétation donnée serait, d'une part, peu acceptable pour ses destinataires et, d'autre part, conduirait à une grande incertitude sur l'état du droit, autrement dit à un immense pouvoir discrétionnaire du juge. La réflexion de Trevor Allan illustre ce risque quand il se propose de soumettre la notion de légalité au respect des valeurs morales qu'il place à la racine d'un droit britannique naturel. S'intéressant au principe de l'Etat de droit et à la question de l'information, il affirme ainsi qu'un détenu a un droit fondamental à pouvoir rencontrer un journaliste :

> « Dans ces circonstances, le droit d'accès aux médias peut être compris comme implicite au sein du principe de légalité – part de tout système de droit efficace et digne de confiance, qui protège la liberté comme l'indépendance – et intrinsèque à la substance britannique de la légalité, comme aspect de la liberté d'expression, ou du procès équitable, qui trouve un siège naturel dans une démocratie libérale enracinée dans la tradition de *common law* »[723].

Poussée à son extrémité, cette argumentation peut mener à remplacer toute constitution par un article unique, énonçant une norme infiniment indéterminée, comme la garantie de la dignité humaine ou bien de l'Etat de droit. Il ne resterait plus au juge qu'à affirmer que la dignité humaine ne saurait être garantie que si les hommes sont égaux entre eux, que cela implique que les lois qu'ils se donnent soit adoptées de façon démocratique et que leur exécution soit soumise au contrôle du juge, que les procédures juridictionnelles soient telles et telles, qu'au Parlement les partis d'opposition disposent de tel ou tel temps de parole, *etc*. *In fine*, donc, cela impliquerait qu'un détenu a le droit de s'entretenir avec un journaliste. Bien au contraire, seules des dispositions aussi concrètes que les articles 42 et 82 de la Loi fondamentale sauraient raisonnablement être invoquées à l'appui d'un recours fondé sur l'article 5 I de ce texte.

Si l'invocation conjointe d'articles de la Loi fondamentale allemande permet d'élargir le champ des normes invocables par un particulier devant le juge constitutionnel, cette simple extension est insusceptible de créer pour le législateur des obligations qui ne préexistaient pas dans le droit formellement constitutionnel. La nécessité d'une grande clarté de cette invocation conjointe est particulièrement sensible lorsque le texte invoqué est aussi indéterminé que l'article 20 I de la Loi fondamentale allemande, ou dénué d'obligation pour le législateur, comme son article 5 I.

---

[723] ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale], *op. cit.* p. 101 (« *In these circumstances, the right of access to the media can be understood as both implicit in the concept of legality – part of any effective and reliable system of law that protects freedom as independence – and intrinsic to the British instantiation of legality, as an aspect of freedom of speech, or fair trial, that finds a natural home in a liberal democracy rooted in the common law tradition* »). Il ajoute en outre qu'il faudrait résister « à l'idée que le principe de légalité est soumis aux termes explicites ou aux implications contraires » (« *We must, however, resist the notion that the principle of legality is defeated by express provision or necessary implication to the contrary* »).

## Conclusion de la section

Il est impossible d'appuyer un droit général d'accès aux informations détenues par les personnes publiques en fondant principalement une argumentation sur les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale. Ces articles sont insusceptibles d'avoir un tel effet, ni séparément ni réunis. Néanmoins, invoqué conjointement à des articles concrets – mais ponctuels – de la Loi fondamentale, l'article 5 I de ce texte est susceptible d'imposer une obligation d'accessibilité de l'information au législateur. Il en va ainsi de la publicité du journal officiel et des débats du Bundestag. L'article 20 I ne se prête pas à ce type d'usage : il est tout à la fois ininvocable par lui-même à l'appui d'un recours constitutionnel individuel, ce qui exclut qu'il donne un effet à un article concret mais encore trop abstrait pour être un complément utile de l'article 5 I. L'affirmation d'un droit général d'accès ne saurait donc être fondée que sur une argumentation radicalement différente, construite principalement sur d'autres articles de la Loi fondamentale – en particulier ses articles 28 et 38.

## SECTION II. UNE ARGUMENTATION TROP DECOUSUE FONDEE SUR LES ARTICLES 28 ET 38 DE LA LOI FONDAMENTALE

Une argumentation fondée sur les articles 28 et 38 de la Loi fondamentale est possible mais par trop décousue. L'essence de cette argumentation est la suivante :

> Le droit de vote est garanti, or la liberté du vote serait vidée de son sens en l'absence d'information suffisante, un recours existerait donc pour garantir la bonne information des citoyens.

Cet argument, mâtiné de philosophie de la démocratie et du régime représentatif, nécessite d'être rattaché aux normes juridiques contenues dans la Loi fondamentale pour se doter de conséquences de droit. Quatre articles du texte doivent permettre ce rattachement :

– L'article 5 I énonce que toute personne a le droit d'accéder aux sources d'information légalement (ou constitutionnellement) accessibles.
– L'article 20 I énonce que la République fédérale d'Allemagne est un Etat démocratique et républicain.
– L'article 28 énonce que les Länder doivent être organisés de façon républicaine et démocratique, ce qui implique la liberté du vote.
– L'article 38 prévoit la liberté du scrutin pour l'élection des membres du Bundestag.

Le lien entre l'argument développé, ces dispositions de la Loi fondamentale et un droit d'accès aux documents administratifs doit être explicité. En l'absence de consensus pour l'interprétation des termes « démocratie » et « république », qui permettrait à la juridiction constitutionnelle d'en tirer des conséquences de droit, il est nécessaire de les étudier à la lumière des autres dispositions de la Loi fondamentale. Seules pourraient être suivies de conséquences de droit l'invocation de la démocratie et de la république *au sens de la Loi fondamentale*. Cet exercice d'identification des dispositions du texte auxquelles pourraient renvoyer les termes de son article 20 I suppose, de par la généralité de cet article, de se limiter à des liens raisonnablement explicites et, pour la pertinence de l'étude, à des dispositions susceptibles d'avoir une influence sur le droit de l'accès aux informations détenues par les agents publics. Peut ainsi être exclue de l'étude la doctrine selon laquelle l'essence de la démocratie allemande tiendrait aux

droits fondamentaux, en ce qu'elle ne se rattache pas au mode de gouvernement – ou d'administration –, et en ce qu'elle serait insusceptible de fournir des informations nouvelles.

L'article 28 de la Loi fondamentale est porteur d'un lien explicite entre démocratie, république et liberté du vote (§1). Pour sa part, la jurisprudence constitutionnelle semble favorable à une protection d'une essence indéterminée du droit de vote (§2).

## §1. Un article 28 de la Loi fondamentale porteur d'un lien explicite entre démocratie, république et liberté du vote

L'intégralité de l'article 28 pourrait tenir dans sa première phrase si les concepts de démocratie, de république (et d'Etat social) avaient une définition claire et consensuelle. A défaut, le constituant a précisé ce qu'il fallait entendre par « principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social ». L'article 28 I, III de la Loi fondamentale allemande énonce ainsi que :

> « Article 28
>
> « [Garantie fédérale relative aux constitutions des Länder, autonomie communale]
>
> « (1) L'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale. Dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret. Pour les élections dans les arrondissements et communes, les personnes possédant la nationalité d'un Etat membre de la Communauté européenne sont également électrices et éligibles dans les conditions du droit de la Communauté européenne. Dans les communes, l'assemblée des citoyens de la commune peut tenir lieu de corps élu. »
>
> « (3) La Fédération garantit la conformité de l'ordre constitutionnel des Länder avec les droits fondamentaux et avec les dispositions des alinéas 1 et 2. »[724]

[724] Traduction du Bundestag.

La mention de la Fédération à l'alinéa 3 de l'article est liée à l'article 93 de la Loi fondamentale, relatif à la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale : les litiges relatifs à l'article 28 relèvent principalement des procédures de conflit entre organes constitutionnels (article 93 I Nr. 1 LF) et entre la Fédération et les Länder (article 93 I Nr. 2 LF). Bien que l'article 28 soit exclu de la liste des articles invocables au titre d'un recours constitutionnel individuel, cette absence est sans conséquence dans la mesure où les droits mentionnés par l'article 28 I, droits d'élection et droits fondamentaux, sont invocables sur d'autres fondements mentionnés à l'article 93 I Nr. 4a du texte. Le droit relatif à la conduite des élections au Bundestag est ainsi organisé à l'article 38 de la Loi fondamentale et directement invocable par les particuliers à l'appui d'un recours constitutionnel individuel.

Deux hypothèses s'opposent : soit les termes « démocratique » et « républicain » ont le sens détaillé par la suite de l'article, soit ces termes ont un sens distinct mais non précisé. La Cour constitutionnelle n'est pas d'une grande précision à ce propos. Amenée à trancher un recours sur ce fondement, la Cour a estimé que :

> « La Loi fondamentale a désormais tranché pour la démocratie comme fondement de la construction étatique (articles 20 et 28 de la Loi fondamentale) : la République fédérale est un Etat fédéral démocratique. L'ordre constitutionnel dans les Länder doit être conforme aux principes de l'Etat de droit démocratique au sens de la Loi fondamentale. Le Bund assure que l'ordre constitutionnel des Länder lui est conforme. » [725]

L'article 28 de la Loi fondamentale donne la définition la plus complète des droits à garantir partout en Allemagne mais il ne mentionne pas plus l'information administrative que l'article 20 du texte. Néanmoins, les termes de l'article semblent bien lier la liberté du vote et le régime démocratique. Une argumentation toute théorique pourrait donc estimer que la garantie de la démocratie suppose en droit la garantie de la liberté du vote. Le lien avec un droit d'accès aux documents administratifs n'est pourtant pas manifeste : l'article 38 de la Loi fondamentale est supposé pouvoir être ce lien. Après tout, la Cour constitutionnelle a accepté sur ce fondement de garantir une essence indéterminée du droit de vote.

[725] BVerfG, 23 octobre 1951, *Etat du sud-ouest* (*Südweststaat*), n° 1, 14 (33) – § 81 : « *Nun hat sich das Grundgesetz für die Demokratie als Grundlage des staatlichen Aufbaus entschieden (Art. 20, 28 GG) : Die Bundesrepublik ist ein demokratischer Bundesstaat. Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder dem entspricht.* »

## §2. Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la protection d'une essence indéterminée du droit de vote

A défaut d'attacher des conséquences normatives au principe démocratique ou au principe républicain, la Cour constitutionnelle accepte, sur le fondement de l'article 38 de la Loi fondamentale, certains recours relatifs à une perte de sens du droit de vote. Cette solution est celle de la décision sur le traité de Lisbonne de 2009. Plusieurs électeurs allemands avaient contesté la ratification de ce traité, au motif que les transferts de compétence à l'Union videraient de son sens leur droit de vote pour l'élection des membres du Bundestag. L'article 38 organise cette élection et garantit le droit de vote des Allemands. Le droit de vote énoncé est un droit équivalent à un droit fondamental au sens de l'article 93 I Nr 4a du texte, de sorte qu'il est susceptible de fonder un recours constitutionnel individuel. L'article 38 dispose que :

> « Article 38
> « (1) Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience.
> « (2) Est électeur celui qui a dix-huit ans révolus ; est éligible celui qui a atteint l'âge de la majorité.
> « (3) Les modalités sont définies par une loi fédérale. »[726]

L'essence du droit de vote est un critère de contrôle démocratique accepté par la Cour constitutionnelle fédérale (A). Un élargissement de la jurisprudence *Lisbonne* à la question de l'information administrative n'est pourtant pas défendable (B).

[726] Traduction du Bundestag.

## A. L'essence du droit de vote, critère de contrôle démocratique accepté par la Cour constitutionnelle fédérale

La Cour constitutionnelle fédérale allemande accepte de contrôler que le droit de vote des citoyens allemands aux élections au Bundestag n'est pas vidé de son sens par le transfert de compétences aux institutions de l'Union européenne[727]. Sa décision relative au traité de Lisbonne est en cela exemplaire de ce que la Cour décide parfois de s'éloigner de la lettre et des énoncés concrets du texte constitutionnel allemand pour s'appuyer sur le principe démocratique et en déduire une non-conformité partielle de la loi de ratification du traité à la Loi fondamentale allemande.

Dans le passé, la Cour avait déjà développé un raisonnement similaire relativement à la démocratie allemande au sein de l'Union européenne. En 1993, au moment de la ratification du traité de Maastricht, elle avait affirmé que :

> « [A la démocratie] appartient également ce que les procédures de décision des organes exerçant le pouvoir d'Etat et les objectifs politiques poursuivis soient observables et compréhensibles par le public et, de même, que le citoyen titulaire du droit de vote puisse communiquer par sa voix avec les pouvoirs auxquels il est soumis. » [728]

En matière de droit de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle allemande est susceptible d'avoir recours à des raisonnements bien moins concrets que dans le reste de sa jurisprudence. A moins de considérer que cette matière est radicalement distincte des autres, l'argumentation relative à l'effet réel du droit de vote pourrait s'appliquer s'agissant de l'information administrative. Dans sa décision relative au traité de Lisbonne, la Cour estime que les citoyens ont le droit à un vote libre et égal pour l'organe essentiel de l'exercice de la volonté générale, soit le Bundestag. Textuellement, la Cour a affirmé que :

> « Le droit de vote est le droit subjectif relatif à la participation démocratique le plus important qui soit garanti par la Loi fondamentale (article 20 I

[727] BVerfG, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne* (*Lissabon Urteil*), n° 123, 267.

[728] BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, n° 89, 155 (185) – § 98 (extrait) : « *Dazu gehört auch, daß die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind, und ebenso, daß der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, in seiner Sprache kommunizieren kann.* »

et II LF). Dans l'ordre étatique établi par la Loi fondamentale, l'élection des représentants au Bundestag allemand revêt une grande importance. Sans élection libre et égale de l'organe qui exerce une influence sur le gouvernement et la législation du *Bund*, le principe constitutif de la liberté personnelle reste incomplet. Pour cette raison, le citoyen peut invoquer une violation des principes démocratiques en s'appuyant sur le droit de vote (article 38 I 1, article 20 I et II LF). Le droit, appartenant à chaque citoyen, de participation à l'autodétermination démocratique (droit de participation démocratique) peut également être violé par une modification de l'organisation de l'Etat si important que la volonté du peuple ne peut plus être établie utilement au sens de l'article 20 II, et que les citoyens ne peuvent plus se gouverner par la volonté majoritaire. Le principe de la souveraineté du peuple par la représentation peut être violé quand, dans la structure organique de la Loi fondamentale, les droits du Bundestag sont rabaissés et qu'ainsi le pouvoir de détermination démocratique souffre d'une perte de substance pour l'organe qui a été assemblé selon les principes de l'élection libre et égale (ainsi BVerfGE 89, 155 <171 F>). »[729]

Ces développements impliquent deux conséquences pour un recours relatif à un accès aux informations détenues par les agents publics. D'une part, l'invocation conjointe de dispositions à l'appui d'un recours constitutionnel individuel fondé sur l'article 38 de la Loi fondamentale est possible ; d'autre part, la Cour constitutionnelle est susceptible d'admettre des raisonnements particulièrement abstraits relativement à l'essence du droit de vote.

[729] BVerfGE, 30 juin 2009, *Lissabon Urteil* [Décision Lisbonne], 123, 267 (340-341) – § 210 : « *Das Wahlrecht ist der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). In der vom Grundgesetz gestalteten Staatsordnung kommt der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages eine maßgebliche Bedeutung zu. Ohne freie und gleiche Wahl desjenigen Organs, das einen bestimmenden Einfluss auf die Regierung und Gesetzgebung des Bundes hat, bleibt das konstitutive Prinzip personaler Freiheit unvollständig. Der Bürger kann deshalb unter Berufung auf das Wahlrecht die Verletzung demokratischer Grundsätze mit der Verfassungsbeschwerde rügen (Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). Das jedem Bürger zustehende Recht auf gleiche Teilhabe an der demokratischen Selbstbestimmung (demokratisches Teilhaberecht) kann auch dadurch verletzt werden, dass die Organisation der Staatsgewalt so verändert wird, dass der Wille des Volkes sich nicht mehr wirksam im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG bilden kann und die Bürger nicht mit Mehrheitswillen herrschen können. Das Prinzip der repräsentativen Volksherrschaft kann verletzt sein, wenn im grundgesetzlichen Organgefüge die Rechte des Bundestages wesentlich geschmälert werden und damit ein Substanzverlust demokratischer Gestaltungsmacht für dasjenige Verfassungsorgan eintritt, das unmittelbar nach den Grundsätzen freier und gleicher Wahl zustande gekommen ist (vgl. BVerfGE 89, 155 <171 f.>).* »

## B. Un élargissement non défendable de la jurisprudence *Lisbonne* à l'information administrative

La garantie de la liberté du vote pourrait être vidée de son sens si les citoyens ne sont pas convenablement informés des affaires publiques. Cette argumentation exclue sur le fondement des articles 5 et 20 de la Loi fondamentale trouverait un nouveau fondement si l'article 38 de la Loi fondamentale leur est adjoint. De plus, la jurisprudence de la Cour relativement au traité de Lisbonne laisserait à penser que celle-ci n'est pas défavorable à raisonnement aussi abstrait. En se fondant sur l'article 38 de la Loi fondamentale, serait alors dépassé le simple droit de protection de la liberté du vote selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour. Plusieurs éléments de droit et de fait sont à prendre en compte laissent néanmoins penser qu'un tel élargissement de la jurisprudence de la Cour n'est pas défendable, ni probable.

En premier lieu, la jurisprudence relative à l'article 38 de la Loi fondamentale révèle une différence de réflexion de la Cour, selon qu'elle se trouve confrontée à un problème de droit européen ou de droit interne. Rien n'indique que la Cour soit prête à élargir sa jurisprudence à un problème aussi abstrait que le lien entre accès aux informations détenues par les agents publics et liberté du vote. Jusqu'à présent, la Cour considère ainsi que la liberté du vote se limite à protéger les personnes contre la contrainte, l'intimidation ou la manipulation. Sa jurisprudence est ainsi liée aux difficultés concrètes relatives à l'organisation d'une élection.

> « Comme l'exige la Loi fondamentale, il n'appartient pas seulement à la démocratie qu'une représentation du peuple existe, contrôlant le Gouvernement. Il est également essentiel à la démocratie que le droit de vote des électeurs ne soit pas supprimé ou diminué d'une façon non prévue par la Constitution. Le droit de vote est aussi atteint quand les échéances électorales sont reportées. » [730]

> « L'article 38 de la Loi fondamentale vise seulement l'élection au Bundestag et énonce les principes du droit électoral. Avant tout, une violation du droit subjectif contenu dans l'article 38, invocable à l'appui d'un recours constitutionnel, entre en considération quand une loi électorale

[730] BVerfG, 23 octobre 1951, *Etat du Sud-Ouest* (*Südweststaat*), n° 1, 14 (33) – § 81 (extrait) : « *Zur Demokratie, wie sie das Grundgesetz will, gehört nicht nur, daß eine Volksvertretung vorhanden ist, die die Regierung kontrolliert. Wesentlich ist ihr auch, daß den Wahlberechtigten das Wahlrecht nicht auf einem in der Verfassung nicht vorgesehenen Wege entzogen oder verkürzt wird. Das Wahlrecht wird auch beeinträchtigt, wenn fällige Wahlen hinausgeschoben werden.* »

porte atteinte à la généralité, l'immédiateté, la liberté ou l'égalité du vote, ou contre le secret du vote. [...] Au delà, pourrait être tiré de l'article 38 un droit subjectif à ce que les élections prévues aient effectivement lieu. Le droit invoqué par le requérant à une consultation par référendum selon l'article 29 III de la Loi fondamentale est substantiellement différent du droit aux élection, qui pourrait être protégé par l'article 38. [731]

La décision *Traité de Lisbonne* de la Cour doit donc être replacée dans le contexte politique du contrôle de l'intégration européenne. Quoique les questions de politique jurisprudentielle et de conflit entre juridictions suprêmes nationales et internationales ne soient pas l'objet de la présente thèse, elles n'en demeurent pas moins un élément à prendre en compte. A défaut d'indice clair en ce sens, la Cour n'est vraisemblablement pas prête à appliquer le même type de raisonnement aux questions de droit purement internes. La différence de degré d'abstraction est d'ailleurs remarquable entre les décisions de droit interne relatives à l'article 38 de la Loi fondamentale et ses décisions relatives à l'intégration européenne. La décision *Lisbonne* est remarquable par ses développements relatifs au principe démocratique : ils s'inscrivent directement dans une tendance à la sur-interprétation, illustrée plus haut par les propos de M. Allan. Les modalités du droit de vote sont explicitement rattachées à la protection de la dignité humaine :

« L'article 38 I de la Loi fondamentale garantit à chaque Allemand titulaire du droit de vote le droit d'élire les membres du Bundestag allemand. [...] L'élection des représentants au niveau fédéral est la source du pouvoir d'Etat, au sein de l'Etat constitué par la Loi fondamentale.

« Le citoyen peut ainsi, en s'appuyant sur le droit de vote, invoquer la violation des principes démocratiques par le moyen d'un recours constitutionnel (article 38 I phrase 1, article 20 I et II de la Loi fondamentale).

« Le droit des citoyens d'organiser, librement et de façon égale, par les élections et les votations, les pouvoirs publics personnellement et

[731] BVerfG, 11 juillet 1961, *Restructuration de la Hesse* (*Neugliederung Hessen*), n° 13, 54 (91) – § 81 : « *Art. 38 bezieht sich nur auf die Wahl zum Bundestag und legt die Wahlrechtsgrundsätze fest. Eine mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbare Verletzung des in Art. 38 enthaltenen subjektiven Rechts kommt also zunächst nur in Betracht, wenn ein Wahlgesetz gegen die Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit und Gleichheit der Wahl oder das Wahlgeheimnis verstößt. [...] Könnte man weiter aus Art. 38 ein subjektives Recht folgern, daß fällige Wahlen auch durchgeführt werden. Das von den Beschwerdeführern geltend gemachte Recht auf Abstimmung im Volksentscheid nach Art. 29 Abs. 3 ist aber etwas wesentlich anderes als das Recht auf Wahlen, das in Art. 38 geschützt sein mag.* »

matériellement, est une partie constituante du principe démocratique. L'exigence de participation libre et égale au pouvoir public est ancrée dans la dignité humaine (article 1 I de la Loi fondamentale). Elle appartient aux principes éternellement fixés du droit constitutionnel allemand par les articles 20 I et II LF ensemble avec l'article 79 III LF. »[732]

En deuxième lieu, la jurisprudence *Traité de Lisbonne* aborde le vote sous l'angle de son effet, et non sous l'angle de sa préparation. La question de l'influence du vote sur la vie politique et institutionnelle est distincte de la question de l'état d'esprit dans lequel le citoyen se rend aux urnes. Les considérations démocratiques de la Cour sont bien relatives au *kratos*. Une simple transposition de l'argumentation de la Cour sur l'effet du vote est donc impossible.

En troisième lieu et dernier lieu, une fois que la question de l'information est distinguée de la question de l'effet du vote, aucun élément ne permet plus d'établir un lien explicite entre information et garantie de la liberté du vote. Il en va de même pour les articles 5 I, 20 I, 28 et 38 de la Loi fondamentale. Il n'apparaît plus démontrable que la Loi fondamentale a entendu éclairer le vote des citoyens autrement que par les modalités d'information qu'elle prévoit, soit notamment la publicité des débats du Bundestag, ou encore la garantie de la liberté de la presse et du pluralisme des courants d'opinion représentés. Ces dernières garanties sont d'ailleurs celles de l'article 5 II de la Loi fondamentale. Un élargissement de la jurisprudence *Lisbonne* à la question de l'information administrative semble bien exclu.

## Conclusion de la section

L'argumentation fondée sur les articles 28 et 38 de la Loi fondamentale est trop décousue pour fonder un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics. Une certaine proximité est effectivement observable entre ces articles et les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale : tous peuvent être considérés porter sur la nature de la démocratie allemande,

[732] BVerfG, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne* (*Lissabon*), n° 123, 267 (340-341) – §§ 209-211 (extraits) : « *Art. 38 Abs. 1 GG gewährleistet jedem wahlberechtigten Deutschen das Recht, die Abgeordneten des Deutschen Bundestages zu wählen. [...] Die Wahl der Abgeordneten ist auf der Bundesebene des vom Grundgesetz verfassten Staates die Quelle der Staatsgewalt* ». « *Der Bürger kann deshalb unter Berufung auf das Wahlrecht die Verletzung demokratischer Grundsätze mit der Verfassungsbeschwerde rügen (Art. 38 Abs. 1 Satz 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG*). » « *Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert. Er gehört zu den durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts.* »

notamment en ce que cette démocratie suppose un vote libre et un certain rapport des citoyens à l'information. Néanmoins, ces considérations échouent à démontrer que ce rapport à l'information impliquerait un accès aux informations détenues par les agents publics. Même l'appui sur les motivations les plus générales de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de droit de vote, dans la décision *Traité de Lisbonne*, ne permet pas cette démonstration. S'il peut être affirmé philosophiquement qu'un vote libre est un vote convenablement éclairé, cette considération est absente du droit de la Loi fondamentale allemande.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Il est impossible de fonder un droit d'accès sur l'invocation conjointe d'articles de la Loi fondamentale. Ainsi, un particulier peut arguer devant le juge constitutionnel qu'une loi viole l'article 5 I de la Loi fondamentale, du fait d'une violation d'un autre article de ce texte. Néanmoins, cette invocation conjointe n'est pas susceptible de garantir plus que des droits ponctuels à l'information. En l'absence d'énoncé général explicitement relatif à l'accès aux informations détenues par les agents publics, l'invocation conjointe se borne à permettre aux particuliers d'invoquer davantage d'énoncés constitutionnels que ceux mentionnés à l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale, mais sans plus d'effets de droit. Au sein de la Loi fondamentale allemande, il semble possible d'exclure pleinement à ce jour tout droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics.

## CONCLUSION DU TITRE

Le recours constitutionnel individuel est le mode spécifique de sanction d'un éventuel droit d'accès aux informations détenues par les agents publics qui serait garanti par le droit formellement constitutionnel. C'est ce mode de recours qui permet d'assurer, en France et en Allemagne, qu'un droit garanti est effectivement opposable à l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés. En Allemagne, les articles 5 I, 20 I et les autres articles de la Loi fondamentale qui peuvent leur être adjoints sont insusceptibles d'avoir cet effet. En France, au contraire, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est susceptible d'entraîner de grandes modifications du droit administratif. Notamment, des questions prioritaires de constitutionnalité pourraient être introduites pour corriger le code des relations entre le public et l'administration. Diverses dispositions de ce code apparaissent incompatibles avec la normativité reconnue depuis 2015 de l'article 15 de la Déclaration de 1789. Par exemple, les secrets garantis par la loi à tous les documents détenus par les assemblées parlementaires françaises, aux rapports du Conseil d'Etat et aux documents confiés à la haute autorité pour la transparence de la vie publique semblent inconstitutionnels. Indépendamment du champ des droits reconnus en France et en Allemagne, les conséquences de droit qui peuvent leur être rattachées varient grandement.

# CONCLUSION DE LA PARTIE

Le droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, garanti par le droit formellement constitutionnel, a une portée variable en France, en Allemagne et au Royaume-Uni. Cette portée variable tient à deux éléments : le champ du droit effectivement garanti et la possibilité existante ou non d'en obtenir la sanction devant un juge. Un droit réellement général n'est pas identifiable dans chacun des ordres juridiques comparés. Au Royaume-Uni, dont le *Freedom of Information Act 2000* prévoit avec une grande minutie l'étendue d'un droit d'accès aux documents administratifs, la généralité manque. Seuls sont concernés par ce droit les autorités administratives mentionnées en annexe de ce texte. Malgré certaines réserves, ce droit est pleinement invocable en justice. La France connaît seule un régime général d'accès aux informations détenues par les agents publics, non seulement prévu et protégé par le droit formellement constitutionnel, mais encore invocable devant la juridiction constitutionnelle. Le vocabulaire à la fois très large et déterminable de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen permet une interprétation en ce sens. La situation est différente en Allemagne, dans la double mesure où, d'une part, l'article 5 I de la Loi fondamentale n'impose au législateur que d'intervenir pour déterminer quelles informations sont soumises au régime dit de « liberté de l'information ». Quant à l'article 20 I du texte, d'autre part, il souffre à la fois d'une indétermination trop importante pour pouvoir en tirer raisonnablement des conséquences de droit, et de son ininvocabilité contentieuse par les particuliers dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel.

# CONCLUSION DE LA THESE

L'étude de l'existence d'un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics en droit constitutionnel formel britannique, français et allemand est une œuvre de théorie du droit appliquée.

« L'accès aux informations détenues par les agents publics » peut prendre de nombreuses formes, de sorte que les termes de cette expression ont dû être définis. Concrètement, « l'accès aux informations » est matérialisé par le fait de prendre connaissance des informations contenues dans un document administratif, que ce soit une étude, un compte-rendu ou un tableau statistique. Les dispositions législatives françaises, allemandes mais encore de l'Union européenne considèrent d'ailleurs désormais explicitement que cette information peut être stockée sur tout support. Si la question de la « détention » du document ne présente pas de difficulté particulière, il en va autrement de l'identification d'un « agent public ». Fonctionnaires et contractuels de la fonction publique sont des agents publics ; il en va de même pour les délégataires de service public et l'ensemble des prestataires concourant à la réalisation d'une activité de service public. Pour la présente thèse, la clef de l'identification des agents publics tient à ce que l'objet de leur activité relève du droit public. Plus précisément, l'objet principal de cette activité est l'exécution d'une norme de droit public. Ce droit public, à son tour, doit être ici caractérisé comme un droit dont la validité ne dépend globalement pas de son acceptation par la personne qui lui est soumise. Selon cette définition, l'ensemble des droits législatifs, par exemple, peut être qualifié de « droit public ». Pour l'étude, cette définition amène la solution selon laquelle toute activité professionnelle dont l'objet est l'exécution d'une norme de droit public est réalisée par un agent public. L'activité du prestataire louant des photocopieuses à une université peut ainsi être aisément rattachée à l'activité de cette université, en observant que le contrat qui les unit, même exempt de clause règlementaire, vise à permettre la bonne marche de l'université, déterminée par la loi. Ce prestataire est donc un agent public. Au contraire, une activité professionnelle encadrée par la loi, spécialement par le droit du travail et le droit pénal, mais fondée sur un contrat dont l'objet n'est pas l'exécution de normes de droit public, ne serait pas réalisée par un agent public. Le boulanger qui fournit des petits pains à la cantine d'une administration publique est, pour la préparation de cette commande, un agent public ; le boulanger qui propose à la vente les mêmes petits pains au public en général n'en est pas un. Pour l'Allemagne et la France, l'appui sur cette définition conduit à qualifier des personnes d'agents publics dans des cas sensiblement semblables à ceux des jurisprudences administratives existantes dans ces Etats. Néanmoins, s'agissant du Royaume-Uni, cette définition permet de mettre en avant la portée limitée du *Freedom of Information Act 2000* en cas d'externalisation de certaines

activités par les personnes publiques, ainsi que sa construction par liste limitative de destinataires.

Cette thèse, comme toute étude juridique, se veut un discours relatif à l'existence ou l'inexistence d'un droit, d'une obligation ou d'une interdiction – discours le plus conforme possible à la réalité : il s'agissait donc d'établir clairement quelle était la norme juridique étudiée. Le droit en cause était celui, pour toute personne, d'accéder aux informations détenues par les agents publics, soit d'une habilitation de toute personne, notamment tout citoyen de l'un des Etats comparés. Réciproquement, ce droit peut être étudié comme l'obligation faite à l'agent public sollicité de fournir l'information demandée. Plus précisément, le droit considéré est un droit général, de sorte que la communication des informations demandées doit être la réponse de principe, tandis que le refus de communication n'intervient que par exception. Enfin, le droit d'accès considéré était un droit accordé sans condition limitative : en particulier, le pétitionnaire ne saurait devoir justifier d'aucun intérêt spécifique à la communication.

L'étude comparative vise à mettre en valeur les mécanismes juridiques en cause en Allemagne, en France et au Royaume-Uni, dans le cadre d'une étude de droit constitutionnel comparé. Le choix de ces trois ordres juridiques a été dicté par leurs caractéristiques constitutionnelles respectives. L'Allemagne et la France connaissent une distinction entre droit formellement constitutionnel et droit formellement législatif, néanmoins, leurs textes constitutionnels sont très différents. La Loi fondamentale allemande date de 1949 et ses articles pertinents pour l'étude, les articles 5 et 20, n'ont jamais été modifiés. Le bloc de constitutionnalité français est composite : quoiqu'il ait été nécessaire de se pencher sur les effets de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, l'énoncé français de référence, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, date de 1789. Cette variation temporelle est susceptible d'avoir des effets sur la rédaction et donc la portée des droits accordés. Le droit du Royaume-Uni, au contraire, ne connaît pas de distinction formelle entre droit législatif et droit constitutionnel : la législation primaire adoptée par le Parlement de Westminster n'est soumise à aucune obligation de conformité vis-à-vis des normes d'une autre source de droit dans l'ordre juridique britannique. En conséquence, dès lors que le Parlement britannique a adopté une loi relative à l'information administrative, le *Freedom of Information Act 2000*, la différence de portée entre cette loi rédigée avec une grande précision et les rares et brefs énoncés constitutionnels français et allemands permet une comparaison fertile. Plus encore, cette comparaison conserve toute sa pertinence dès lors que les droits allemand, français et du Royaume-Uni existent au sein de l'ordre juridique européen. L'ensemble des dispositions nationales relatives à l'accès aux informations détenues par les agents publics doit être conforme aux directives européennes

relatives à la réutilisation des informations du secteur public et à l'accès à l'information en matière environnementale. Si ces dispositions européennes ne sont pas formellement constitutionnelles au sein des trois ordres juridiques comparés, leur existence et la possibilité d'une sanction dans l'ordre international impliquent notamment que le texte britannique peut être rapproché des régimes législatifs de France et d'Allemagne, eux-mêmes mesurables à l'aune des droits constitutionnels de ces Etats.

Le domaine de la présente étude est le droit constitutionnel formel, notion qui a nécessité un éclaircissement. Au contraire du droit législatif, le droit constitutionnel est parfois d'un contour incertain, un corps de normes dont la composition dépendrait des auteurs qui l'étudient. L'écriture constitutionnelle peut générer cette incertitude : en France cela passe non seulement par la construction d'un bloc de constitutionnalité aux contours changeants selon le type de contrôle effectué par le Conseil constitutionnel, mais encore en procédant par renvois à des textes extérieurs à la constitution. En Allemagne au contraire, la Loi fondamentale du 23 mai 1949 est la seule source de droit constitutionnel formel. En France et en Allemagne, l'étude est pourtant encore un exercice d'interprétation d'énoncés existants et généralement admis comme droit constitutionnel formel. Il en va différemment au Royaume-Uni, où plusieurs conceptions différentes de la hiérarchie des normes coexistent. Dès lors, toute étude d'un droit formellement constitutionnel au Royaume-Uni passe par la détermination du droit qu'il est pertinent de qualifier de formellement constitutionnel. Celui-ci consistant en l'ensemble des normes qui ne peuvent être modifiées que par des normes de même forme, il s'agit au Royaume-Uni du droit statutaire émané du parlement de Westminster, soit les *Acts of Parliament*. Malgré certaines affirmations doctrinales et juridictionnelles en ce sens, il ne s'agit pas de la *common law*. De ce parti-pris découle le corpus de normes considéré comme le fond du droit : pour cette étude le *Freedom of Information Act 2000*. Une fois les corpus de normes formellement constitutionnelles établis, la recherche des énoncés pertinents et leur interprétation sont possibles.

Une condition supplémentaire devait pourtant encore être ajoutée aux précédentes : le droit d'accès potentiellement identifié devait être *opposable* à tout organe créateur de droit subordonné. Concrètement, cela signifiait, pour la France et l'Allemagne, que si la Déclaration française de 1789 ou la Loi fondamentale accordaient un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, ce droit devrait de plus être invocable contre le législateur ordinaire. Au Royaume-Uni, cela impliquait de rechercher si un juge ferait droit à la demande du pétitionnaire contre tout autre organe que le Parlement de Westminster. Dans une optique diceyenne, d'ailleurs, le caractère opposable d'un droit n'est pas tant l'assurance de sa réalisation qu'une condition nécessaire à son existence. La question posée était donc la suivante :

*Peut-il être établi que le constituant a énoncé un droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics, opposable par toute personne à l'ensemble des organes créateurs de droit subordonnés ?*

S'agissant du Royaume-Uni, la réponse à cette question est négative : la législation primaire britannique n'ouvre pas de droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics. Cette solution est dictée par la structure du *Freedom of Information Act 2000*, qui est la source de droit de référence en matière d'information administrative. Néanmoins, l'ordre juridique britannique connaît un droit d'accès aux informations détenues par les agents publics, dont la portée pratique approche celle de la loi française de 1978 ou de la loi fédérale allemande de 2005. Le droit d'accès accordé par l'article 1er alinéa 1 du *Freedom of Information Act* ne saurait être général dès lors que ce texte ne s'applique qu'à certains agents publics limitativement énumérés. Le principe est donc l'absence de soumission au texte, et la soumission l'exception. C'est ainsi que plusieurs centaines d'autorités administratives soumises au texte par exception sont énumérées dans les annexes de la loi de 2000. De plus, en l'absence de mise-à-jour régulière du texte, son champ d'application est voué à se réduire, du fait du renouvellement des structures administratives. Si cette construction exclut la généralité du droit, elle permet néanmoins une application grandement facilitée du texte : un plaideur peut sans difficulté déterminer si l'autorité administrative dont il souhaite obtenir des informations figure dans les annexes de la loi. Au delà de cette première réponse il est nécessaire de souligner que le droit accordé par le texte connaît encore deux limitations. La première est qu'il n'est pas applicable aux autorités administratives écossaises relevant du gouvernement d'Edimbourg. La seconde limitation est le système d'exemptions de communication établi par l'article 2 de la loi de 2000. Certaines informations, en raison de leur objet ou de l'autorité les détenant, ne sauraient en aucun cas être communiquées au demandeur ; d'autres informations, identifiées de la même manière, ne sauraient être communiquées que si l'intérêt public à la communication de ces informations dépasse l'intérêt public à leur maintien secret. Enfin, s'agissant de l'invocabilité du droit, les parties IV et V du texte organisent, directement et par renvoi, un ensemble de recours pouvant être qualifié de juridictionnel, de telle sorte que la condition posée de la possibilité d'invoquer le droit est belle et bien remplie. En conséquence, si le *Freedom of Information Act 2000* rassemble bien des énoncés normatifs formellement constitutionnels et garantis par un recours juridictionnel, le droit créé n'est pas général.

Par contraste, la France connaît avec l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen un droit général à l'accès aux informations détenues par les agents publics, droit invocable par toute personne contre le législateur, par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité. Du fait de sa brièveté, cet énoncé peut être rappelé : « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. » La valeur constitutionnelle et normative de cet énoncé ne fait plus de doute aujourd'hui, de sorte que la difficulté principale pour la thèse était de déterminer si ces termes pouvaient être interprétés comme garantissant un droit répondant aux critères établis en introduction. L'étude des termes de l'article, éclairée notamment par les écrits constitutionnels français de l'époque révolutionnaire et la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, a permis d'atteindre cette solution. Du fait de l'indétermination des termes de l'article, le droit d'accès aux documents administratifs n'apparaît d'ailleurs que comme l'un des droits énoncés par cet article. Les droits à la motivation des actes administratifs, à l'accès aux archives publiques, mais encore l'obligation de renseignement imposée aux fonctionnaires peuvent également être rattachés à cet énoncé. Un exercice d'interprétation conjointe de cet article 15 et des autres énoncés du bloc de constitutionnalité s'avère néanmoins nécessaire pour déterminer si, en pratique, une information est accessible. Quant à la condition de l'opposabilité du droit, elle ne fait plus de doute depuis qu'en 2015, le Conseil constitutionnel a confirmé l'invocabilité de l'article 15 de la Déclaration de 1789 à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le droit formellement constitutionnel français énonce donc bien un droit général à l'accès aux informations détenues par les agents publics, par toute personne contre tout organe créateur de droit subordonné. Ce droit pourrait d'ailleurs être invoqué lors de questions prioritaires de constitutionnalité afin d'assurer une plus grande constitutionnalité du droit administratif français à la Constitution. Par exemple, un administrativiste pourrait trouver dans ce droit un moyen de contester la constitutionnalité du régime juridique des conclusions des rapporteurs publics devant les juridictions administratives. Que ces documents ne soient pas publics mais relèvent du droit commun de la propriété intellectuelle est éminemment douteux.

La Loi fondamentale allemande n'énonce pas de droit général d'accès aux informations détenues par les agents publics. C'est l'effet de l'habilitation implicite du législateur ordinaire à légiférer en matière d'accès à l'information par l'article 5 de la Loi fondamentale allemande, quand bien même cet article est-il invocable à l'appui d'un recours constitutionnel individuel. Diverses argumentations plus ou moins complexes ont été appuyées sur d'autres articles de la Loi fondamentale par la doctrine allemande, pour pallier cette faiblesse. Principalement, les arguments développés sont relatifs aux fondements démocratique et républicain de l'Etat

allemand. Néanmoins, ces argumentations ne sont pas suffisamment étayées à ce jour pour pouvoir emporter la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, même si les motivations des décisions de la Cour y semblent favorables. En réalité, l'abstraction de l'argumentation et des dispositions en cause exclut qu'il leur soit donné des conséquences de droit, à moins de reconnaître explicitement un pouvoir discrétionnaire sans borne au juge constitutionnel. Par exemple, si la Cour attachait effectivement à la protection de la dignité humaine des conséquences en matière de droit électoral, alors la distinction entre, d'une part, les droits fondamentaux et droits équivalents, et d'autre part les autres articles de la Loi fondamentale, s'en trouverait réduite à néant. Toute norme de droit constitutionnel se trouverait invocable à l'appui d'un recours constitutionnel individuel. L'exclusion de cette solution par la présente étude et, à ce jour par les dispositifs des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, n'implique pas que n'existe aucun droit d'accès aux informations détenues par les agents publics au sein de la Loi fondamentale. De rares dispositions concrètes de la Loi fondamentale ouvrent effectivement des droits à l'accès à certaines informations, mais demeurent marginales quant à leur portée. Il s'agit par exemple de pouvoir accéder au journal officiel fédéral ou d'assister aux débats juridictionnels et parlementaires. Seule une révision constitutionnelle serait à même de modifier cet état du droit. La situation allemande apparaît donc bien différente de la situation britannique, telle que le droit énoncé par la loi de 2000, à défaut d'être général, a une portée pratique considérable.

Les situations normatives rencontrées au sein des trois ordres juridiques comparés peuvent être classés selon plusieurs critères relatifs au droit potentiellement garanti : l'existence d'un droit général, le degré de détermination de ce droit, l'invocabilité et la portée pratique du droit. Ce dernier critère est spécifiquement intéressant pour le praticien, qui s'intéresse non pas à la question de la généralité du droit, mais bien à celle de l'accessibilité des informations qu'il cherche à obtenir. Au Royaume-Uni, d'abord, le droit établi par la loi de 2000 est un droit non général mais déterminé en détail, invocable devant le juge et d'une portée pratique considérable. En France, ensuite, le droit établi par l'article 15 de la Déclaration de 1789 est un droit général et indéterminé, invocable devant le juge constitutionnel et soumis aux limites pratiques résultant de la conciliation entre cette disposition et les énoncés contraires du bloc de constitutionnalité. En Allemagne, enfin, les dispositions de la Loi fondamentale n'énoncent pas de droit général à l'accès aux informations détenues par les agents publics, quoique les dispositions applicables en la matière soit rédigées de façon abstraite ; malgré l'invocabilité de certains des articles du texte à l'appui d'un recours constitutionnel individuel, toute existence pratique d'un droit général d'accès est donc exclue à ce jour.

A la suite de cette étude, de nouvelles recherches sont envisageables ; ainsi la comparaison réalisée pourrait-elle être élargie au champ du droit institutionnel de l'Union européenne, pour déterminer quels effets l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait avoir sur le droit dérivé existant. Cet article énonce après tout que « 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. » Le droit énoncé semble bien déterminé et invocable ; il conviendrait donc d'établir quel est son degré de généralité et sa portée pratique, en comparaison avec les résultats de la présente thèse. De plus, l'acceptation grandissante dans la doctrine britannique de la pleine soumission de la prérogative royale au contrôle juridictionnel implique de suivre avec attention ce qui ne serait que l'étape suivante de l'extension des pouvoirs du juge : la proposition « bénigne » du juge Laws de soumettre les lois du Parlement britannique à un contrôle de conformité à la *common law* – rien de moins que la fin de la souveraineté parlementaire westminstérienne.

# BIBLIOGRAPHIE

# I. DOCUMENTS EN LANGUE FRANÇAISE

## A. Ouvrages

CARCASSONNE (Guy), *La Constitution*, 11e éd., Paris, Editions du Seuil (*Essais*), 2013, 465 p.

CLAVEL (Emile), LAURENT (Emile) et MAVIDAL (Jérome), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1789 à 1799), Tome VIII (du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789), Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, LXIV-731 p.

COSTA (Jean-Paul), *Les Libertés publiques en France et dans le monde*, Paris, les Editions S.T.H., 1986, 271 p.

CORNU (Gérard) dir., *Linguistique juridique*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2005, VIII-443 p.

CORNU (Gérard) dir., *Vocabulaire juridique*, 11e éd., Paris, PUF, 2016, XXXI-1101 p.

D'ALEMBERT (Jean) et DIDEROT (Denis) (dir.), *l'Encyclopédie*, tome XV, 1e édition, Neufchastel, Faulche & cie, 1751, 950 p.

DELMAS-MARTY (Mireille) et LEYSSAC (Claude Lucas) dir., *Libertés et droits fondamentaux*, 2e éd., Paris, Edition du Seuil, 2002, 468 p.

EISENMANN (Charles), *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, X-307 p.

FAIVRE (Albert), *La Loi municipale du 5 avril 1884*, 7e éd., Paris, Derveaux (*Petite bibliothèque populaire*), 1886, 80-12 p.

FAVOREU (Louis) *et al.*, *Droit constitutionnel*, 15e éd., Paris, Dalloz (*Précis*), 2012, XXIII-1055 p.

FAVOREU (Louis) (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7e éd., Paris, Dalloz (*Précis*), 2015, XXVI-774 p.

FONBAUSTIER (Laurent), *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel – L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse en histoire du droit constitutionnel, Université Paris II Panthéon-Assas, dir. Stéphane Rials, 1998, 1 vol., 1050 p.

FORMERY (Simon-Louis), *La Constitution commentée article par article*, 15e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2012, 175 p.

LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La Transparence administrative*, Paris, PUF, 1987, VIII-236 p.

LUCHAIRE (François) et CONAC (Gérard), *La Constitution de la République française*, 2e éd., Paris, Economica, 1979, 1029 p.

MARCAGGI (Vincent), *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1904, VIII-191 p.

MIE (Alain-Louis), *Administration et droit à l'information : le secret en question*, Paris, Berger-Levrault, 1985, 303 p.

PRIOLLAUD (François-Xavier) et SIRITZKY (David), *Le traité de Lisbonne - Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, Paris, La Documentation française, 2008, 523 p.

RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette (*Pluriel*), 1988, 771 p.

RIVERO (Jean), *Libertés publiques*, 4e éd., Paris, PUF, 1989, 312 p.

TAILLEFER (J.-B.-L.), *Commentaire de la loi du 5 mai 1855 et des articles 18, 19, 21, 22 et 23 de la loi du 24 juillet 1867 sur l'organisation municipale*, Paris, Durand & Pédone, 1868, XVII-538 p.

TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, 14e éd., Paris, Michel Levy, 1864, vol. 1, XLVI-371 p.

TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, 3e éd., Paris, PUF (*Thémis droit*), 2010, 462 p.

Coll., *Petit Larousse illustré*, édition 2001, Paris, Larousse, 2001, 1786 p.

Coll., *Code civil*, 109e éd., Paris, Dalloz, 2009, XLII-2835 p.

Coll., *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2012, XX-2499 p.

Coll., *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (*Histoire des idées politiques*), 1989, 178 p.

Coll., *La Liberté de l'information en France*, Paris, co-édition Les Editions ouvrières et Etudes et Documentation internationales, 1990, 122 p.

## B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs

ABRAHAM (Ronny), note sous TA Versailles, 31 janvier 1980, Union locale C.G.T. du Chesnay, *AJDA* 1980-4, 20 avril 1980, p. 239-241.

ALLARD (Julie) & VAN DEN EYNDE (Laura), « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit », in HACHEZ (Isabelle), CARTUYVELS (Yves), DUMONT (Hugues), GERARD (Philippe), OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel) dir., *Les Sources du droit revisitées*, vol. 3, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 285-315.

ARNE (Serge), « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *RDP* 1993, p. 459-512.

BODA (Jean-Sébastien), « Retour sur l'élaboration du préambule de la Constitution de 1958 », *RFDC* 2016-2, 106, p 283-308.

BRAIBANT (Guy), « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 703-710.

BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée. Analyse comparative des systèmes allemand, français et espagnol », *in* Sudre (Frédéric) (dir.), *Le droit à la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pages 69-115.

CHABAN (Daniel), note sous TA Lyon, 7 mai 1981, sept espèces, *AJDA* 1982-2 (20 février 1981), p. 94-98.

CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

CHEVALLIER (Jacques), « Le mythe de la transparence administrative », *in* Coll., *Information et transparence administrative*, Paris, PUF, 1988, 280 p., p. 239-275.

COGLIANDRO (Giuseppe), « Responsabilité et transparence dans la fonction publique », *REDP* 2010-2, p. 331-345.

DIBOUT (Patrick), « La liberté d'accès aux documents administratifs – Commentaire du titre 1er de la loi n° 78-753 du 17-7-78 », *LRA* 1979-187, p. 23-39.

DISPERATI (Tatiana), « Décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement] », *RFDC* 2018-1, n° 113, p. 194-202.

DRAGO (Guillaume), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015-2, 102, p. 335-352.

EMERI (Claude) et SEURIN (Jean-Louis), Chronique constitutionnelle et parlementaire française, *RDP* 1970-3 (mai-juin 1970), p. 637-686.

FAVOREU (Louis), « Le principe de constitutionnalité », *in* WALINE (Marcel) (dir.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éditions Cujas, 1975, X-476 p., p. 33-48.

FONBAUSTIER (Laurent), « Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement », *Environnement* 2008, n° 12, p. 15-21.

FORTIER (Jean-Claude), « Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires », *AJDA* 1981-3, 20 mars 1981, p. 128-135.

FRAYSSINET (Jean), « L'informatique et le secret du fichier », *LRA* 1977-176, p. 175-185.

FRAYSSINET (Jean) et KAYSER (Pierre), « La loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 juillet 1978 », *RDP* 1979, p. 629-692.

GENEVOIS (Maurice), conclusions sous Conseil d'Etat, Section, 11 janvier 1978, Commune de Muret, n° 4258, *AJDA* 1978-4 (20 avril 1978), p. 219-222.

GRIFFATON-SONNET (Léo), « Invocabilité du droit de demander compte à tout agent public de son administration à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC* n° 105 (mars 2016), p. 144-150.

GRIFFATON-SONNET (Léo), « Quelle portée pour l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? », *RFDC* n° 112 (décembre 2017), p. 899-918.

HABERMAS (Jürgen), « Jürgen Habermas et le Droit » (entretien), *RDP* 2007-6, p. 1481-1486.

HOCHMANN (Thomas), « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *RFDC* 2016-105 (mars 2016), p. 37-56.

HUGLO (Christian), « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, p. 57.

IMBERT (Jean), « L'origine idéologique des "principes de 1789" », *in* GANZIN (Michel) dir., *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1989, 178 p., p. 11-34.

JULIEN-LAFERRIERE (François), note sous TA Paris, 3 octobre 1980, M. Palacio, *AJDA* 1981-3 (20 mars 1980), p. 151-153.

LAGEOT (Céline), « La loi sur la liberté d'information et le scandale des notes de frais parlementaires ou lorsque Guy Fawkes prend sa revanche sur l'histoire... », *RFDC* 2011-87, p. 641-656.

LEMASURIER (Jeanne), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *RDP* 1980, p. 1239-1269.

LETTERON (Roseline), « Accès aux documents et vie privée », *in Transparence et secret-Colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 195-199.

LUCHAIRE (François), « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *LRA* 1979-188, p. 141-145.

MAES (Marc), Le droit d'accès aux documents des institutions européennes, *Cahiers de la documentation*, 2010-4, p. 26-37.

MAILS (Herbert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *in Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 831-843.

MATHIEU (Bertrand), « Les nouveaux territoires du droit constitutionnel », *REDP* 2010-1, p. 109-141.

MONNIER (Sophie), « Le statut dérogatoire des archives publiques présidentielles validé par le Conseil constitutionnel », *Droit administratif*, 2017-11 (novembre 2017), p. 34-37.

MOUZET (Pierre), « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », *AJDA* 2017-2 (23 janvier 2017), p. 130-136.

MUNOZ (Rodolphe), « La protection des données des passagers », *RDUE* 2004-4, p. 771-795.

NOUAL (Pierre), « Archives publiques : un droit sans cesse affiné », *Juris art*, 2017-51, p. 6

PERNICE (Ingolf) & MAYER (Franz), « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000-4, p. 623-647.

PFERSMANN (Otto), « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître – L'interprétation de la Constitution », *in* MELUN SOUCRAMANIEN (Ferdinand) dir., *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz (Thèmes et commentaires), 2005, p. 33-60.

PFERSMANN (Otto), « Norme de secret, normes secrètes et Etat moderne », *Cités*, 2006-26, p. 115-126.

PFERSMANN (Otto), « Normes juridiques et relativisme politique en démocratie », *Cités*, 2011-47/48, p. 275-281.

PFERSMANN (Otto), « Contre la confusion logonomique », *in* DEROSIER (Jean-Philippe) et SACRISTE (Guillaume) dir., *L'Etat, le Droit, le Politique, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris, Dalloz, 2014, XVII-546 p., p. 33-43.

PFERSMANN (Otto), « La *distinction fondamentale* de la théorie de l'interprétation et les raisons de son oubli », *Fabula-LhT* n° 14 (février 2015), URL : http://www.fabula.org/lht/14/pfersmann.html, page consultée le 08 octobre 2019.

PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux », *AJDA* 1986-7/8 (juillet-août 1998), p. 6-43.

PIOT (Philippe), « Un droit constitutionnel d'accès aux archives publiques », *La Gazette du Palais*, 2018-6 (13 février 2018), p 23.

PIVETEAU (Denis), « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour "l'exercice des libertés publiques" au sens de l'article 34 de la Constitution ? », *RFDA* 2003, p. 135-140.

QUIRINY (Bernard), « Le droit dérogatoire d'accès aux archives du pouvoir exécutif validé par le Conseil constitutionnel », *AJDA* 2017-40 (27 novembre 2017), p. 2310-2314.

RADUCU (Ioana) & LEVRAT (Nicolas), « Le métissage des ordres juridiques européens », *Cahiers de droit européen*, 2007-1/2, p. 111-148.

RAGUIN (Yves), « La simplification la coordination et l'information administrative en Grande-Bretagne », *LRA* 1977-180, p. 627-629.

RIALS (Stéphane), « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *LRA* 1979-189, p. 265-273

RICHER (Laurent), note sous TA Amiens, 31 octobre 1978, Sieur Hosten & Delle Mahiu, *AJDA* 1979-1 (20 janvier 1979), p. 32-34.

RIVERO (Jean), « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, 1962, Chronique VI, p. 37-40.

ROLIN (Frédérique), « Service public et police administrative », *in* Coll. *Le Service public*, Paris, Dalloz, 2014, VI-262 p., p. 211-221.

ROUSSEAU (Dominique), « Constitutionnalisme et démocratie », *la Vie des idées*, article publié sur www.laviedesidees.fr le 19 septembre 2008.

ROUSSEAU (Dominique), « Penser le droit avec Habermas ? », *RDP* 2007-6, p. 1476-1480.

SALLES (Sylvie), « Conformité des exemptions de poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière », *La Gazette du Palais* 2017-11 (14 mars 2017), p 33.

SIMON (Denys), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001-96, p. 31-49.

SUR (Serge), « Motivation ou non-motivation des actes administratifs ? », *AJDA* 1979-1, p. 3-7.

VERPEAUX (Michel), « Première utilisation effective de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », *JCP A*, 2017-43/44 (30 octobre 2017), p. 34-37.

WACHSMANN (Patrick), « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients de prostitués », publié le 21 février 2019 sur le blog « juspoliticum ».

WOJTYCZEK (Krysztof), « La mondialisation et les mutations du droit constitutionnel », *REDP* 2010-1, p. 143-168.

Coll., *Recueil Dalloz* 2017-31 (21 septembre 2017), p. 1764.

## C. Textes normatifs

### 1). Textes constitutionnels

Constitution du 3 septembre 1791.

Constitution du 6 messidor an I (24 juin 1793).

Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795).

Constitution du 4 octobre 1958 (incluant les renvois de son préambule).

## 2). Textes de droit de l'Union européenne

Traité sur l'Union européenne, version consolidée.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Règlement 1049/2001 (CE), du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2011, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

Règlement 1367/2006 (CE), du Parlement européen et du Conseil, du 6 septembre 2006, concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de 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'environnement.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

Directive n° 90/313 (CEE), du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement.

Directive n° 2003/4 (CE), du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 203, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE.

Directive n° 2003/98 (CE) du Parlement européen et du Conseil, du 17 novembre 2003, concernant la réutilisation des informations du secteur public.

Directive n° 2012/18 (UE) du 4 juillet 2012, concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, dite *Seveso III*.

Directive 2013/37 (UE), du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, modifiant la directive 2003/98 (CE), concernant la réutilisation des informations du secteur public.

## 3). Lois organiques, lois et codes

Ordonnance n° 58-1067, du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; JORF du 9 novembre 1958, p. 10129.

Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

Loi organique n° 2013-906, du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique ; JORF du 12 octobre 2013, p. 16824.

Loi organique n° 2017-1338, du 15 septembre 2017, pour la confiance dans la vie politique ; JORF du 16 septembre 2017, texte n° 1.

Loi du 5 mai 1855, sur l'organisation municipale.

Loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse.

Loi du 5 avril 1884, sur l'organisation municipale.

Loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; JORF du 7 janvier 1978, p. 227

Loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; JORF du 18 juillet 1978, p. 2851

Loi n° 79-18, du 3 janvier 1979, sur les archives ; JORF du 5 janvier 1979, p. 43.

Loi n° 79-587, du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; JORF du 12 juillet 1979, p. 1711

Loi n° 83-634, du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires ; JORF du 14 juillet 1983, p. 2174

Loi n° 96-314 du 12 avril 1996, portant diverses dispositions d'ordre économique et financier soumet les organismes bénéficiant de taxes parafiscales, de prélèvements légalement obligatoires, de subventions ou d'autres concours financiers publics au contrôle de l'inspection générale des finances ; JORF du 13 avril 1996, p. 5707.

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives.

Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la prévention des dommages.

Loi n° 2013-907, du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique ; JORF du 12 octobre 2013, p. 16829.

Ordonnance n° 2015-1341, du 23 octobre 2015, relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration ; JORF du 25 octobre 2015, p. 19872.

Loi n° 2016-1321, du 7 octobre 2016, pour une république numérique ; JORF du 8 octobre 2016, texte n° 1.

Loi n° 2017-1339, du 15 septembre 2017, pour la confiance dans la vie politique ; JORF du 16 septembre 2017, texte n° 2.

Code de l'environnement, version consolidée.

Code des relations entre le public et l'administration, version consolidée.

### 4). Autres textes

Arrêté du 7 décembre 2017 portant nomination d'élèves à l'Ecole normale supérieure ; JORF du 23 décembre 2017, texte n° 112.

Décret du 7 messidor an II, organisation des archives établies auprès de la représentation nationale.

Décret du 14 mai 1887, relatif à l'organisation des archives.

## D. Décisions de juridictions et entités diverses

### 1). Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, n° 62-18 L.

Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC.

Conseil constitutionnel, 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1982*, n° 81-133 DC.

Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, n° 82-142 DC.

Conseil constitutionnel, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, n° 85-197 DC.

Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, n° 88-244 DC.

Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC.

Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, n° 89-268 DC.

Conseil constitutionnel, 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie*, n° 89-265 DC.

Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, n° 92-308 DC.

Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, n° 93-321 DC

Conseil constitutionnel, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, n° 93-324 DC

Conseil constitutionnel, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC.

Conseil constitutionnel, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, N° 97-393 DC.

Conseil constitutionnel, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC.

Conseil constitutionnel, 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice*, n° 2000-426 DC.

Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC.

Conseil constitutionnel, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, n° 2004-510 DC.

Conseil constitutionnel, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n° 2005-512 DC.

Conseil constitutionnel, 13 juillet 2006, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, n° 2006-538 DC.

Conseil constitutionnel, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, n° 2006-545 DC.

Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, dite « OGM », n° 2008-564 DC.

Conseil constitutionnel, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, n° 2009-577 QPC.

Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC.

Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *Epoux L. [Faute inexcusable de l'employeur]*, n° 2010-8 QPC

Conseil constitutionnel, 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, n° 2010-607 DC.

Conseil constitutionnel, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*, n° 2010-5 QPC.

Conseil constitutionnel, 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre [Gens du voyage]*, n° 2010-13 QPC.

Conseil constitutionnel, 10 décembre 2010, *Mme Barta Z. [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité]*, n° 2010-77 QPC.

Conseil constitutionnel, 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, n° 2011-626 DC.

Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement]*, n° 2011-116 QPC.

Conseil constitutionnel, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, n° 2011-631 DC.

Conseil constitutionnel, 24 juin 2011, *M. Pierre B. [Mur mitoyen]*, n° 2010-60 QPC.

Conseil constitutionnel, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres [Secret défense]*, n° 2011-192 QPC.

Conseil constitutionnel, 8 décembre 2011, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures judiciaires*, n° 2011-641 DC.

Conseil constitutionnel, 18 juin 2012, *M. Boualem M. [Suspension de la prescription des créances contre les personnes publiques]*, n° 2012-256 QPC.

Conseil constitutionnel, 27 juillet 2012, *Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat]*, n° 2012-268 QPC.

Conseil constitutionnel, 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*, n° 2012-282 QPC.

Conseil constitutionnel, 30 novembre 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, n° 2012-285 QPC.

Conseil constitutionnel, 29 mai 2015, *Mme Nathalie K.-M.* [Délibérations à scrutin secret du conseil municipal], n° 2015-471 QPC.

Conseil constitutionnel, 18 novembre 2016, *Société Aprochim et autres [Conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets]*, n° 2016-595 QPC.

Conseil constitutionnel, 2 décembre 2016, *Mme Sandrine A. [Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière]*, n° 2016-599 QPC.

Conseil constitutionnel, 15 septembre 2017, *M. François G* [*Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement*], n° 2017-655 QPC.

Conseil constitutionnel, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, n° 2019-781 DC.

## 2). Conseil d'Etat

Conseil d'Etat, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec. p. 155.

Conseil d'Etat, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580

Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, n° 19167.

Conseil d'Etat, 4 avril 1914, *Gomel*, n° 55125.

Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413.

Conseil d'Etat, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, n° 69751.

Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1954, *Barel*, n$^{os}$ 28238, 28493, 28524, 30237 et 30256.

Conseil d'Etat, Assemblée, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638.

Conseil d'Etat, 16 novembre 1956, *Union syndicale des Industries aéronautiques*, n° 26549.

Conseil d'Etat, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, n° 7715.

Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, n° 78825.

Conseil d'Etat, Section, 9 juin 1978, *Lebon*, n° 05911.

Conseil d'Etat, 20 mars 1987, *Gambus*, n° 70993.

Conseil d'Etat, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, n$^{os}$ 69867 et 72160.

Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge*, n° 136727

Conseil d'Etat, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, n° 188461.

Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *Ullmann*, n° 228830.

Conseil d'Etat, 26 juin 2003, *Conseil département de parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938.

Conseil d'Etat, 23 mars 2005, *Stilinovic*, n° 264005.

Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, *M. Bayrou et autres*, n$^{os}$ 290716, 293046 et 293276.

Conseil d'Etat, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796.

Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

Conseil d'Etat, 3 juin 2009, *Canavy*, n° 305131.

Conseil d'Etat, 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168

Conseil d'Etat, 31 mai 2016, *Gomez*, n° 396848.

## 3). Autres juridictions et entités quasi-juridictionnelles

CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n$^{os}$ 42758/98 et 45558/99

CEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* (n° 10980/84)

CEDH, 22 mai 1990 date, *Autronic AG c. Suisse* (n° 12726/87).

CJUE, Grand' Chambre, 26 février 2013, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, n° C-617/10.

Tribunal des conflits, 21 mai 2007, *CODIAM*, n° C3609.

Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706.

Cour des comptes, référé du 14 avril 2016, n° S 2016-0954.

TA Versailles, 31 janvier 1980, *Union locale CGT du Chesnay*.

CADA, 22 août 2002, avis n° 2002313.

CADA, 10 janvier 2008, avis n° 20080243.

CADA, 24 juillet 2014, avis n° 20142523

Autorité de la concurrence, 21 mars 2017, décision n° 17-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques.

## E. Documents officiels

Délégation nationale de lutte contre la fraude, bilan 2014.

Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, remise au Premier ministre le 30 mars 2010.

DAUMAS (Vincent), conclusions sous Conseil d'Etat, le 18 mars 2015.

## F. Documents divers

Constitution du Royaume des Pays-Bas

INSEE, Tableaux de l'Economie française, édition 2016

*Le Canard enchaîné*, 28 mai 2014, n° 4883.

*Le Parisien*, 20 mai 2014, n° 21676, p. 16, « Petits arrangements entre élus ? ».

## II. DOCUMENTS EN LANGUE ALLEMANDE

### A. Ouvrages

BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e. éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, XXIX-1920 p.

BIELER (Dirk) (dir.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz* [Commentaire berlinois de la Loi fondamentale], Berlin, Erich Schmidt Verlag, 1997, 136 p.

BULL (Hans Peter), *Informationelle Selbstbestimmung - Vision oder Illusion ?* [Autodétermination informationnelle - Vision ou illusion ?], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, IX-142 p.

BULL (Hans Peter), *Netzpolitik : Freiheit und Rechtsschutz im Internet* [Politique du réseau : liberté et protection du droit sur internet], Baden-Baden, Nomos, 2013, 154 p.

BRÖHMER (Jürgen), *Transparenz als Verfassungsprinzip* [La Transparence comme principe constitutionnel], Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, XX-423 p.

CALLIESS (Christian) et RUFFERT (Matthias) (dir.), *EUV, AEUV : das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta ; Kommentar* [TUE, TFUE : le droit constitutionnel de l'Union européenne incluant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; commentaire], 4e éd., Munich, C.H. Beck, 2011, LXX-3148 p.

DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band I Präambel, Artikel 1-19* [Tome I Préambule, articles 1-19], 3e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, XXXVIII-1937 p.

DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p.

EGGER (Edeltraud), *Datenschutz versus Informationsfreiheit* [Protection des données contre liberté de l'information], Vienne, Oldenbourg (*Schriftenreihe der österreichischen Computer Gesellschaft* [Répertoire de la Société autrichienne pour les ordinateurs], tome 52), 1990, VIII-173 p.

EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p.

GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], 2013, Munich, C.H. Beck, XXV-802 p.

HARATSCH (Andreas), KOENIG (Christian) et PECHSTEIN (Matthias), *Europarecht* [Droit de l'Union européenne], 7e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, XXXVIII-733 p.

JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330 p.

KELSEN (Hans), *Werke* [Œuvres], volume 5, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, XII-765 p.

KELSEN (Hans), *Reine Rechtslehre* [Théorie pure du droit], édition d'étude conforme à la 1e éd. (1934), Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, LXVI-181 p.

KELSEN (Hans), *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [La Démocratie, sa nature, sa valeur], édition conforme à la 2e éd. (1929), Ditzingen, Reclam, 2018, 163 p.

KELSEN (Hans), *Allgemeine Theorie der Normen*, [Théorie générale des normes], Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, XI-362 p.

KLOEPFER (Michael) (dir.), *Die transparente Verwaltung* [L'Administration transparente], Berlin, Dunckler & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht, Band 6* [Contributions au droit de l'information], tome VI), Berlin, 2002, 201 p.

KÖBLER (Gerhard), *Juristisches Wörterbuch* [Dictionnaire juridique], 14e éd., Munich, Franz Vahlen, 2007, XV-507 p.

LENZ (Carl Otto) et BORCHARDT (Klaus-Dieter) éd., (*EU-Verträge Kommentar : EUV - AEUV -GRCh* [Commentaire des traités européens : TUE - TFUE - CDFUE], 6e éd., Cologne, Bundesanzeiger et Linde Verlag, XXXVI-3403 p.

MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 1, Präambel, Artikel 1 bis 19* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 1, préambule, articles 1 à 19], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXIV-1973 p.

MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 2, Artikel 20 bis 82* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 2, articles 20 à 82], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXXII-2459 p.

MAURER (Hartmut), *Allgemeines Verwaltungsrecht* [Droit administratif général], 18e éd., Munich, C. H. Beck, 2011, XXIV-856 p.

MAURER (Hartmut), *Staatsrecht I* [Droit de l'Etat I], 6e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, XXVII-784 p.

MELS (Philipp), *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel* [Tribunal constitutionnel fédéral et Conseil constitutionnel], Munich, Franz Vahlen, 2003, LXXXVIII-540 p, extraits.

PIEROTH (Bodo), Prof. Dr. SCHLINK (Bernhard) et KNIESEL (Michael), *Polizei- und Ordnungsrecht* [Droit de la police et de l'ordre], 6e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, XXV-438 p.

ROSSI (Matthias), *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht* [Liberté de l'accès à l'information et droit constitutionnel], Berlin, Duncker & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht* [contributions au droit de l'information], tome 11), 2004, 384 p.

SAVIGNY (Carl Friedrich von), *System des heutigen Römischen Rechts* [Système du droit romain actuel], 1e éd., Berlin, Vit, tome 1, 1840, L-429 p.

SODAN (Helge), Dr. ZIEKOW (Jan), *Öffentliches Recht* [Droit public], 5e éd., Munich, C. H. Beck [*Grundkurs*], 2012, XLIV-793 p.

SCHLAICH (Klaus) & KORIOTH (Stefan), *Das Bundesverfassungsgericht* [Le Tribunal constitutionnel fédéral], 8e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, XV-372 p., extraits.

STECKLER (Brunhilde), *Grundzüge des IT-Rechts* [Bases du droit des technologies de l'information], 3e éd., Munich, Franz Vahlen, 2011, XX-382 p.

Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitution à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, III-564 p.

## B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs

ALBRECHT (Jan Philipp), « Daten sind das neue Öl - deshalb braucht es einen straken EU-Datenschutz ! » [Les données sont le nouveau pétrole - c'est pourquoi nous avons besoin d'une forte protection européenne des données forte !], *ZD* 2013-2, p. 49-50.

BALTHASAR (Alexander), « Was heißt "völlige Unabhängigkeit" bei einer staatlichen Verwaltungsbehörde ? » [Qu'est-ce qu'une « pleine indépendance » pour une autorité administrative étatique ?], *ZÖR* 67, 2012-1, p. 5-45.

BAUM (Gerhart), « Wacht auf, es geht um die Menschenwürde » [Prenez-garde, la dignité humaine est en jeu], *DuD* 2013-9, p. 583-584.

BÄUMLIN (Richard) et RIDDER (Helmut), Artikel 20 Abs. 1-3 III Rechtsstaat [Article 20 alinéa 1 à 3, III Etat de droit], in BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, xxix-1920 p., p. 1340- 1389.

BEAUCAMP (Guy), « Allgemeine Rechtsgrundätze als methodisches Problem » [Des principes juridiques généraux comme problème de méthode], *DÖV* 2013-2, p. 41-50.

BEYER-KATZENBERGER (Malte), « Rechtsfragen des "Open Government Data" – Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung zur Weiterverwendung von Informationen des Staates » [Questions juridiques propres aux données du gouvernement ouvert – Développements et jurisprudence récents relatifs à la réutilisation des informations de l'Etat], *DÖV* 2014-4, p. 144-152.

BÖHM (Monika), « Die direkte Demokratie in der Schweiz – Ein Vorbild für Deutschland ? » [La démocratie directe en Suisse – un exemple pour l'Allemagne ?], *DÖV* 2013-1, p. 1-7.

BOTHE (Michael), « Artikel 20 Abs. 1-3 I Bundestaat » [Article 20 alinéa 1 à 3, I Etat fédéral], *in* BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, XXIX-1920 p., p. 1298- 1313.

BRETTHAUER (Sebastian), « Informationszugang im Recht der Europäischen Union » [Accès à l'information en droit de l'Union européenne], *DÖV* 2013-17, p. 977-685.

BURGI (Martin), « Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen ? » [Une publicité des séances du conseil municipal relatives aux affaires des sociétés communales ?], *NVwZ* 2014-10, p. 609-615.

CASPAR (Johannes), « Informationsfreiheit, Transparenz und Datenschutz » [Liberté de l'information, transparence et protection des données], *DÖV* 2013-10, p. 371-375.

DEHMELS (Susanne) et HULLEN (Nils), « Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa ? » [Sur le chemin d'une protection des données durable en Europe ?], *ZD* 2013-4, p. 147-153.

DRECHSLER (Carola), « Elektronischer Zugang zur Verwaltung nach dem EGovG » [L'accès électronique à l'administration après la loi sur l'e-gouverment], *DuD* 2013-11, p. 696-701.

DREIER (Horst), « Art. 20 (Einführung) » [Art. 20 (introduction)], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p., p. 1-10.

DREIER (Horst), « Art. 20 (Republik) » [Art. 20 (république)], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p., p. 11-25.

DREIER (Horst), « Art. 20 (Demokratie) » [Art. 20 (démocratie)], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p., p. 26-105.

ECKHARDT (Jens), KRAMER (Rudi) et MESTER (Britta Alexandra), « Auswirkungen der geplanten EU-DS-GVO auf den deutschen Datenschutz » [Effets sur la protection allemande des données du grand règlement européen de la protection des données proposé], *DuD* 2013-10, p. 623-630.

EPINEY (Astrid), « Artikel 20a » [article 20a], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 2, Artikel 20 bis 82* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 2, articles 20 à 82], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXXII-2459 p., p. 167-219.

FRAENKEL-HAEBERLE (Cristina), « "Mehrebenendemokratie und Bürgerpartizipation" – Zur Tagung an der Europäischen Akademie Bozen am 17. Januar 2014 » ["Démocratie multiniveau et participation citoyenne" – A propos de l'assemblée de l'Académie européenne de Bolzano du 17 janvier 2014], *DÖV* 2014-13, p. 570-573.

FRANZIUS (Claudio), « Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte », *in ZaöR* 2015-75, p 383-412.

FRAU (Robert), « Zum Spannungsverhältnis von Völker- und Verfassungsrecht » [De la relation tendue du droit international et du droit constitutionnel], *DÖV* 2013-6, p. 228-233.

FRENZEL (Eike Michael), « Die Charta der Grundrechte als Maßstab für Mitgliedstaatliches Handeln Zwischen Effektivierung und Hyperintegration » [La Charte des droits fondamentaux de l'Union comme référence du commerce interétatique, entre effectivisation et hyperintégration], *Der Staat*, 2014-53, p. 1-29.

GARSTKA (Hansjürgen), « Internationale Entwicklungen des Informationszugangsrechts » [Evolutions internationales du droit de l'accès à l'information], *in* KLOEPFER (Michael) (dir.), *Die transparente Verwaltung* [L'administration transparente], Berlin, Dunckler & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht* [Contributions au droit de l'information], tome VI), 2002, p. 67-72.

GERMELMANN (Claas Friedrich), « Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden » [Les demandes de renseignement de droit de la presse contre les autorités administratives du Bund], *DÖV*, 2013-17, p. 667-677.

GRIEBEL (Jörn), « Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde [Les droits fondamentaux européens comme norme de référence des recours constitutionnels] », *DVBl* 2014-4, p. 204-211.

GRÖPL (Christoph), « Artikel 5 » [Article 5], *in* GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], Munich, C.H. Beck, 2013, XXV-802 p., p 111-137.

GRÖSCHNER (Rolf), « *Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts* » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information] (premier rapport), *in* Coll.*, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitution à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, III-564 p., p. 344-376.

GRÖSCHNER (Rolf), « Art. 20 IV (Widerstandsrecht) » [Art. 20 IV (droit de résistance)], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p., p. 278-287.

GUSY (Christoph), « Der transparente Staat » [L'Etat transparent], *DVBl* 2013-15, p. 941-948.

HENDLER (Reinhard), « Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltrecht der Europäischen Union » [Participation publique en droit de l'environnement de l'Union européenne], *DVBl* 2014-2, p. 78-85.

HEPP (Reinhold), Prof. Dr. FASEL (Christoph), « Die Polizei im Netz : Chancen und Grenzen der digitalen Bürgerinformation » [La police sur internet : chances et limites de l'information digitale des citoyens], *Die Polizei* 2013-3, p. 80-84.

HIEN (Eckart), « Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung » [Participation citoyenne dans le domaine tendu de la séparation des pouvoirs], *DVBl* 2014-8, p. 495-498.

HOFFMANN-RIEM (Wolfgang), Artikel 5 [article 5], *in* BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, XXIX-1920 p., p. 408.

HÖLSCHEIDT (Sven), « Information der Parlamente durch die Regierungen » [Information des parlements par les gouvernements], *DÖV* 1993-14, p. 593-600.

HOLZNER (Thomas), « Verbraucherschutz um den Preis des Rechtsstaats ? » [La protection des consommateurs au prix de l'Etat de droit ?], *DVBl* 2012-1, p. 17-21.

HUSTER (Stefan) et RUX (Johannes), « Artikel 20 » [Article 20], *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 611-663.

HUSTINX (Peter), « Ein klares Signal für stärkeren EU-Datenschutz » [Un signal clair pour une protection européenne des données plus forte], *ZD* 2013-7, p. 301-302.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 5 » [Article 5], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p 185-243.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – Einleitung » [Article 20 – Introduction], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 497-502.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – C. Gewaltenteilungsprinzip » [Article 20 – C. Principe de la séparation des pouvoirs], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo),

*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 511-513.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – D. Rechtsstaatsprinzip » [Article 20 – D. Principe de l'Etat de droit], in JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 513-548.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – E. Sozialstaatsprinzip » [Article 20 – E. Principe de l'Etat social], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 548-553.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20 – F. Widerstandsrecht » [Article 20 – F. Droit de résistance], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 553-554.

JARASS (Hans Dieter), « Artikel 20a » [Article 20a], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 554-562.

JAUCH (Oliver), « Das Hamburgische Transparenzgesetz (HmbTG) - Ein Paradigmenwechsel in der Informationsfreiheit » [La loi hambourgeoise sur la transparence - un changement de paradigme dans la liberté de l'information], *DVBl 2013-1*, p. 16-24.

KARG (Moritz), « Die Renaissance des Verbotsprinzips im Datenschutz » [La renaissance du principe d'interdiction dans la protection des données], *DuD* 2013-2, p. 75-79.

KARG (Mortiz), « Unter der Lupe » [Sous la loupe], *DuD* 2013-11, p. 685.

KEMPEN (Bernhard), « Artikel 5 » [Article 5], K à M, *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 220-239.

KIRCHHOF (Ferdinand), « Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte – Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive » [Droit fondamentaux nationaux et droits fondamentaux de l'Union – Le retour de la question d'une prééminence d'application sous une perspective différente], *NVwZ* 2014-23, p. 1537-1541.

KLAR (Manuel), « Privatsphäre und Datenschutz in Zeiten technischen und legislativen Umbruchs » [Sphère privée et protection des données à une époque de bouleversement techniques et législatifs], *DÖV* 2012-3, p. 103-113.

KLOEPFER (Michael), « Die öffentliche Verwaltung in der Informationsgesellschaft » [L'administration publique dans la société de l'information], *in* KLOEPFER (Michael) (dir.), *Die transparente Verwaltung* [L'administration transparente], Berlin, Dunckler & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht* [Contributions au droit de l'information], tome VI), 2002, p. 9-32.

KOCH (Manuel), MARX (Sven) et ELMER (Arno), « Informationelle Selbstbestimmung und Patientensouveränität in einem vernetzten Gesundheitswesen » [Autodétermination informationnelle et souveraineté du patient dans un système de santé publique en réseau], *DuD* 2013-3, p. 131-136.

KUGELMANN (Dieter), « Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit » [La liberté de l'information comme élément de l'étatisme moderne], *DÖV* 2005-20, p. 851-860.

LINKE (Benjamin), « Die längerfristige Observation von als gefährlich eingestuften Straftätern durch Polizeibeamte » [La surveillance à long terme des criminels qualifiés de dangereux par les services de police], *DVBl* 2013-9, p. 559-566.

LOUIS (Hans Walter), « Die deutschen Umweltinformationsgesetze zehn Jahre nach der Umsetzung der Aarhus-Konvention durch die Richtlinie 2003/4/EG » [Les loi allemandes sur l'informations environnementale dix ans après la transposition de la convention d'Aarhus par la directive 2003/4/CE], *NuR* 2013-35, p. 77-88.

MANDELARTZ (Herbert), « Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung – Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgericht in der Sache "Schwesig" » [Information et publicité gouvernement – à propos de la décision "Schwesig" de la Cour constitutionnelle], *DÖV* 2015-8, p. 326-329.

MARTINI (Mario), « Auf dem Weg zum Open Government : zum Regimenwechsel im Geodatenrecht » [Sur le chemin du gouvernement ouvert : du changement de régime en droit des données géologiques], *DVBl* 2013-1, p. 1-9.

MARTINI (Mario), « Ein Patienten-TÜV für Ärzte ? » [Une notation des médecins par les patients ?], *DÖV*, 2010-14, p. 573-583.

MARTINI (Mario) et KÜHL (Benjamin), « Der informierende Staat als Katalysator der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter » [L'Etat informateur comme catalyseur de l'opinion à l'époque digitale], *DÖV* 2013-15, p. 573-584.

MASING (Johannes), « Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information] (second rapport), *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitution à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, III-564 p., p. 377-441.

MESTER (Britta Alexandra), « Chance oder Risiko ? Europäischer Datenschutz » [Chance ou risque ? La protection européenne des données], *DuD* 2013-10, p. 617.

MESTER (Britta Alexandra), « Internet – ohne das Recht auf Vergessen ? » [Internet – sans le droit à l'oubli ?], *DuD* 2013-4, p. 201.

PASSARGE (Malte) et KÖLLN (Sebastian), « Das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG bei der kommunalen GmbH » [Le droit d'information et de surveillance d'après l'article 51a GmbHG relativement aux SARL communales], *NVwZ* 2014-15, p. 982-986.

PETRI (Thomas), « Die Antiterrordatei » [Les données antiterroristes], *ZD* 2013-1, p. 3-8.

PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – A. Demokratieprinzip und Republik » [Article 20 – A. Principe démocratique et république], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 502-508.

PIEROTH (Bodo), « Artikel 20 – B. Bundesstaatsprinzip » [Article 20 – B. Principe de l'Etat fédéral], *in* JARASS (Hans Dieter) et PIEROTH (Bodo), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 13e éd., Munich, C. H. Beck, 2014, XXVI-1330, p. 508-511.

POLENZ (Sven), « Das neue Informationszugangsgesetz Schleswig-Holstein » [La nouvelle loi sur l'accès à l'information du Schleswig-Holstein], *DÖV* 2012-11, p. 432-437.

REDELFS (Manfred), « Umweltschutz durch Informationszugang : Erfahrungen mit dem Umweltinformationsgesetz (IUG) » [Protection de l'environnement par l'accès à l'information : expériences avec la loi sur l'information environnementale (*IUG*)], *in* KLOEPFER (Michael) (dir.), *Die transparente Verwaltung* [L'Administration transparente], Berlin, Dunckler & Humblot (*Beiträge zum Informationsrecht* [Contributions au droit de l'information], tome VI), Berlin, 2002, p. 85-107.

RICHTER (Philipp), « Big Data und demokratische Willensbildung aus verfassungsrechtlicher Sicht » [*Big data* et processus décisionnel démocratique d'un point de vue constitutionnel], *in* RICHTER (Philipp) dir., *Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische*

*Willensbildung in Zeiten von Big Data* [La Vie privée, la publicité et la prise de décision démocratique à l'ère du *big data*] (coll. *Der elektronische Rechtsverkehr* [La relation juridique électronique], volume n° 32), Baden-Baden, Nomos, 2015, 188 p.

RÖLLE (Daniel) et DRUML (Sabine), « Vertrauen in die öffentliche Verwaltung » [La confiance dans l'administration publique], *DÖV* 2013-14, p. 540-547.

ROSSI (Matthias), « Das Informationsfreiheitsrecht in der gerichtlichen Praxis » [La liberté de l'information dans la pratique juridictionnelle], *DVBl* 2010, p. 554-563.

ROSSI (Matthias), « Die Stellung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages im Informationsfreiheitsrecht » [La place des services scientifiques du Bundestag allemand dans le droit de la liberté de l'information], *DÖV* 2013-6, p. 205-213.

ROßNAGEL (Alexander), « Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz ? » [Des conflits entre la liberté de l'information et la protection des données ?], *MMR* 2007-1, p. 16-21.

ROßNAGEL (Alexander), NEBEL (Maxi) et RICHTER (Philipp), « Besserer Internetdatenschutz für Europa » [Une meilleure protection des données sur internet pour l'Europe], *ZD* 2013-3, p. 103-108.

SCHAAR (Peter), « Datenschutz und Informationsfreiheit : Zwei Seiten einer Medaille », contribution pour le réseau « Government 2.0 Netzwerk Deutschland » [Protection des données et liberté de l'informaiton : les deux faces d'une seule médaille], le 15.12.2011. Consultable notamment sur le site internet du délégué fédéral, http://www.bfdi.bund.de/, rubrique archives de la partie du site internet consacrée à la liberté de l'information.

SCHADTLE (Kai), « Informationsfreiheit und Verwaltungstransparenz in Europa : Das Recht auf Zugang zu Dokumenten aus den EG-Mitgliedstaaten auf dem Prüfstand » [Liberté de l'information et transparence administrative en Europe : le droit d'accès

aux documents des Etats-membres des communautés européennes sur le banc d'épreuve], *DÖV*, 2008-11, p. 455-459.

SCHEMMER (Franz), « Artikel 5 » [Article 5], A à J *in* EPPING (Volker) et HILLGRUBER (Christian) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], 2e éd., Munich, C.H. Beck, 2013, XXIX-1999 p., p. 173-220.

SCHLÖBEL (Martina), « Tagungsbericht zur 16. Speyerer Demokratietagung – "Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft" an der deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer am 23. und 24.10.2014 [Compte-rendu des 16es assises de la démocratie de Spire – "Transparence contre secret dans l'Etat, l'administration et l'économie" tenues à l'université pour les sciences administratives de Spire les 23 et 24.10.2014] », *DVBl* 2015-11, p. 690-693.

SCHNABEL (Christoph) et FREUND (Bernhard), « Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung als Schranke der Informationsfreiheit » [Le noyau de la responsabilité exécutive propre comme limite à la liberté de l'information], *DÖV* 2012-5, p. 192-197.

SCHNÖKEL (Stefan), « Zwischen Geheimniskrämerei und grenzenloser Berichterstattung » [Entre cachotterie et information sans limite], *DÖV* 2013-10, p. 381-386.

SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Artikel 5 I, II » [Article 5 I, II], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], Band I *Präambel, Artikel 1-19* [Tome I Préambule, articles 1-19], 3e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, XXXVIII-1937 p., p 610-750 p.

SCHULZE-FIELITZ (Helmuth), « Art. 20 (Rechtsstaat) » [Art. 20 (république)], *in* DREIER (Horst) dir., *Grundgesetz – Kommentar* [Loi fondamentale – commentaire], *Band II Artikel 20-82* [Tome II, articles 20-82], 2e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, XXXIX-1996 p., p. 170-277.

SECKELMANN (Margrit), « Wohin schwimmt die Demokratie ? » [Dans quelle direction la démocratie nage-t-elle ?], *DÖV*, 2014-1, p. 1-10.

SHIRVANI (Foroud) « Rückenwind für kommunale Bürgerwindparks ? » [Vent contraire pour les fermes éoliennes citoyennes communales ?], *NVwZ* 2014-18, p. 1185-1190.

SOFIOTIS (Ilias), « Das Recht auf Vergessen im Spannungsfeld von Datenschutz und Informationsfreiheit » [Le droit à l'oubli pris dans la tension entre protection des données et libertés de l'information], *Verwaltungsrundschau* 2015-3, p 84-89.

SOMMERMANN (Karl-Peter), Artikel 20 [Article 20], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 2, Artikel 20 bis 82* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 2, articles 20 à 82], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXXII-2459 p., p 1-166.

STARCK (Christian), « Artikel 5 » [Article 5], *in* MANGOLDT (Hermann) et KLEIN (Friedrich) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz – 1, Präambel, Artikel 1 bis 19* [Commentaire de la Loi fondamentale – tome 1, préambule, articles 1 à 19], 6e éd., Munich, Franz Wahlen, 2010, XXIV-1973 p., p 523.

STEIN (Ekkehart), Artikel 20 Abs. 1-3 II Demokratie [Article 20 alinéa 1 à 3, II Démocratie], *in* BÄUMLIN (Richard) (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Commentaire de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne], 2e éd., Neuwied, Luchterhand, 1989, XXIX-1920 p., p. 1313- 1339.

STEMMLER (Maria), « Rüstungsexportkontrolle light – Das Bundesverfassungsgericht zieht dem parlamentarischen Fragerecht (zu) enge Grenzen » [Contrôle *light* des exportations d'armes – la Cour constitutionnelle fixe des limites (trop) strictes au droit de question du Parlement], *DÖV* 2015-4, p 139-143.

STOLLHOF (Sabine), « Das E-Government-Gesetz des Bundes » [La loi sur le e-gouvernement fédéral], *DuD* 2013-11, p. 691-695.

THEIS (Christian), « Transparenzgesetzgebung bei Lebensmitteln und Verbraucherprodukten » [Législation de transparence pour l'alimentation et les produits de consommation], *DVBl* 2013-10, p. 627-633.

THOMSEN (Sven), « OpenData : das Ende klassischer IT-Infrastrukturen? » [Open data : la fin des infrastructures informatiques classiques ?], *DuD* 2013-11, p. 709.

TOMUSCHAT (Christian), « Die Streit um die Auslegungshoheit : die Autonomie der EU als Heiliger Gral » [La lutte pour l'autorité interprétative : l'autonomie de l'UE comme objectif sacré], *EuGRZ* 2015-5/8, p. 133-153.

VOIGT (Paul) et KLEIN (David), « Deutsches Datenschutzrecht als "blocking statute" ? » [Le droit allemand de la protection des données comme "droit barrage" ?], *ZD* 2013-1, p. 16-20.

VON COELLN (Christian), « Artikel 20a » [Article 20a], *in* GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], Munich, C.H. Beck, 2013, XXV-802 p., p 285-328, p 328-333.

WARG (Gunter), « Die Grenzen parlamentarischer Kontrolle am Beispiel des Staatswohls » [Les frontières du contrôle parlementaire à l'exemple du bien de l'Etat], *NVwZ* 2014-19, p. 1263-1269.

WEGENER (Bernhard), « Art. 15 (ex-Art. 255 EGV) [Recht auf Zugang zu Dokumenten] » [Article 15 (ex-article 255 TCE) [Droit d'accès aux documents]], *in* CALLIESS (Christian) et RUFFERT (Matthias) (dir.), *EUV, AEUV : das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta ; Kommentar* [TUE, TFUE : le droit constitutionnel de l'Union européenne incluant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; commentaire], 4e éd., Munich, C.H. Beck, 2011, LXX-3148 p., p. 550-567.

WINDTHORST (Kay), « Artikel 20 » [Article 20], *in* GRÖPL (Christoph), WINDTHORST (Kay) et VON COELLN (Christian), *Grundgesetz : Studienkommentar* [Loi fondamentale : commentaire d'étude], Munich, C.H. Beck, 2013, XXV-802 p., p. 285-328.

WOLF (Christopher), « A Critical Time for the EU Data Protection Regulation » [Un moment critique pour la régulation de la protection européenne des données], *ZD* 2013-1, p. 1-2.

WOLFF (Milena), « Der Dokumentenzugang bei legislativen Entscheidungsprozessen im europäischen, deutschen und französischen Recht » [L'accès aux document relatifs au processus de décision législative en droit européen, allemand et français], *DVBl* 2013-23, p. 1502-1506.

WOLLENSCHLÄGER (Ferdinand), « Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel der novellierten Informationsbefugnis im Lebensmittelrecht (§40 LFGB) » [Une protection des droits efficace lors des mesures publiques d'informations à l'exemple de la faculté renouvelée d'information en droit de l'alimentation (§40 LFGB)], *DÖV* 2013-1, p. 7-17.

ZERDICK (Thomas), « Art. 15 (Zugang zu Dokumenten) » [Article 15 (accès aux documents)], *in* LENZ (Carl Otto) et BORCHARDT (Klaus-Dieter) éd., (*EU-Verträge Kommentar : EUV - AEUV -GRCh* [Commentaire des traités européens : TUE - TFUE - CDFUE], 6e éd., Köln, Bundesanzeiger et Linde Verlag, XXXVI-3403 p., p. 324-339.

Coll., « 3. Aussprache und Schlußworte » [3. Discussion et conclusion], *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitution à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, III-564 p., p. 442-468.

Coll., « Transparente Verwaltung : Konturen eines Informationsverwaltungsrechts » [Administration transparente : contours d'un droit administratif de l'information] (débat et conclusion), *in* Coll., *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburg vom 1. bis 4. Oktober 2003* [Rapports et discussions de la réunion de l'assemblée des professeurs allemands de droit

constitution à Hambourg du 1er au 4 octobre 2003], Berlin, De Gruyter Recht (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* [Publication de l'assemblée des professeurs allemands de droit constitutionnel], tome 63), 2004, p. 442-468.

## C. Textes normatifs

### 1). Textes constitutionnels

*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne), du 23 mai 1949, *BGBl*. p. 1.

Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*), constitution du 11 novembre 1953.

Basse-Saxe (*Niedersachsen*), constitution du 19 mai 1993.

Bavière (*Bayern*), constitution du 15 décembre 1998.

Berlin, constitution du 23 novembre 1995.

Brandebourg (*Brandenburg*) : *Verfassung des Landes Brandenburg* (Constitution du Land Brandebourg), du 20 août 1992.

Brême (*Bremen*), constitution du 21 octobre 1947.

Hambourg (*Hamburg*), constitution du 6 juin 1952.

Hesse (*Hessen*), constitution du 1er décembre 1946.

Mecklembourg-Poméranie occidentale (*Mecklenburg-Vorpommern*), constitution du 23 mai 1993.

Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*), constitution du 28 juin 1950.

Rhénanie-Palatinat (*Rheinland-Pfalz*), constitution du 18 mai 1947.

Sarre (*Saarland*), constitution du 15 décembre 1947.

Saxe (*Sachsen*), Constitution d'Etat libre de Saxe du 27 mai 1992.

Saxe-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*), constitution du 16 juillet 1992.

Schleswig-Holstein, constitution du 2 décembre 2014.

Thuringe (*Thüringen*), constitution du 25 octobre 1993.

## 2). Autres textes

### a). Textes fédéraux

*Handelsgesetzbuch* (Code de commerce – HGB), du 10 mai 1897, RGBl. p. 219, version consolidée.

*Grundbuchordnung* (Règlement du cadastre – GBO), du 24 mars 1897, RGBl. p. 139, version consolidée.

*Verwaltungsverfahrensgesetz* (Loi sur les procédures administratives – VwVfG), du 25 mai 1976, BGBl. I p. 1253, version consolidée.

*Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung* (loi sur la protection contre le mésusage des données personnelles lors des traitements de données) (*Bundesdatenschutzgesetz — BDSG*) [Loi fédérale sur la protection des données — BDSG], du 27 janvier 1977, BGBl. I p. 201.

*Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes* (*Informationsfreiheitsgesetz*) (Loi sur la règlementation de l'accès aux informations du Bund [Loi sur la liberté de l'information]), du 5 septembre 2005, BGBl. I p. 2722, version consolidée.

## b). Textes locaux

Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*) :

– Loi de règlementation de l'accès aux informations en Bade-Wurtemberg (*Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen in Baden-Württemberg – LIFG*), du 17 décembre 2015.

Basse-Saxe (*Niedersachsen*) :

– Arrêté sur la liberté de l'information pour la ville de Gottingue du 9 septembre 2011, bulletin administratif n° 18, du 13 octobre 2011 (*Informationsfreiheitssatzung für die Stadt Göttingen vom 09.09.2011 – Amtsblatt der Stadt Göttingen Nr. 18 vom 13.10.2011*).

– Arrêté de réglementation de l'accès aux informations du domaine propre de la ville de Brunswick – Arrêté sur la liberté de l'information – du 20 mars 2012 (*Satzung zur Regelung des Zugangs zu Informationen des eigenen Wirkungskreises der Stadt Braunschweig – Informationsfreiheitssatzung – vom 20. März 2012*

Berlin :

– *Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz*) (Loi pour la promotion de la liberté de l'information dans le Land Berlin [loi de Berlin sur la liberté de l'information] – *IFG Berl*), du 15 octobre 1999, GVBl 1999, p. 561.

Brandebourg (*Brandenburg*) *:*

– *Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz* (loi du Brandebourg sur la consultation et l'accès à l'information – *AIG*), du 10 mars 1998, GVBl. I/98 p. 46.

Brême (*Bremen*) :

– *Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen* (*Bremer Informationsfreiheitsgesetz*) (loi de Brême sur la liberté de l'information – *BremIFG*),

du 16 mai 2006, Brem.GBl. 2006 p. 263.

Hambourg (*Hamburg*) *:*

– *Hamburgisches Transparenzgesetz* (loi de Hambourg sur la transparence – *HmbTG*), du 19 juin 2012, HmbGVBl. 2012, p. 271.

Hesse (*Hessen*),

– Loi hessoise d'adaptation du droit hessois de la protection des données au règlement (UE) n° 2016/679 et de transposition de la directive (UE) n° 2016/680 et de liberté de l'information (*Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit – HDSIG*), du 3 mai 2018.

Mecklembourg-Poméranie occidentale (*Mecklenburg-Vorpommern*) :

– *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen für das Land Mecklenburg-Vorpommern* (*Informationsfreiheitsgesetz)* (loi du Mecklembourg-Poméranie occidentale sur la liberté de l'information [Loi sur la liberté de l'information] – *IFG M-V*), du 10 juillet 2006, GVOBl. M-V 2006, p. 556.

Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*) :

– *Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen* (*Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen*) (Loi sur la liberté de l'accès aux informations pour le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie [loi de Rhénanie-du-Nord-Westphalie sur la liberté de l'information] – *IFG NRW*), du 27 novembre 2001, GV NRW p. 806.

Rhénanie-Palatinat (*Rheinland-Pfalz*) :

– *Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen* (*Landesinformationsfreiheitsgesetz*) Loi de Rhénanie-Palatinat sur la liberté de l'information (*Landesinformationsfreiheitsgesetz - LIFG RP*), du 26 novembre 2008, GVBl. p. 296.

Sarre (*Saarland*) :

– *Saarländisches Informationsfreiheitsgesetz (*Loi de la Sarre sur la liberté de l'information de

la Sarre du 12 juillet 2006 – *SIFG*), du 12 juillet 2006, Amtsblatt 2006, p. 1624.

Saxe-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*) :

– *Informationszugangsgesetz Sachsen-Anhalt (*loi de Saxe-Anhalt sur l'accès à l'information – *IZG-LSA*), du 19 juin 2008, GVBl LSA 2008, p. 242.

Schleswig-Holstein :

– *Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (*loi du Schleswig-Holstein sur l'accès à l'information – *IZG-SH*), du 19 janvier 2012, GVOBl p. 279.

Thuringe (*Thüringen*) :

– *Thüringer Informationsfreiheitsgesetz* (loi de Thuringe sur la liberté de l'information – *ThürIFG*), du 14 décembre 2012, GVBl 2012, p. 464.

## D. Décisions juridictionnelles

### 1). Cour constitutionnelle fédérale allemande

BVerfG, 23 octobre 1951, *Etat du sud-ouest* (*Südweststaat*), n° 1, 14.

BVerfG, 7 mai 1953, *Service des urgences* (*Notaufnahme*), n° 2, 266.

BVerfG, 15 janvier 1958, *Lüth*, n° 7, 198.

BVerfG, 11 juillet 1961, *Restructuration de la Hesse* (*Neugliederung Hessen*), n° 13, 54.

BVerfG, 19 juillet 1966, *Financement des partis politiques I* (*Parteienfinanzierung I*), n° 20, 56

BVerfG, 5 août 1966, *Spiegel*, n° 20, 162.

BVerfG, 18 juillet 1967, *Aide à la jeunesse* (*Jungendhilfe*), n° 22, 180.

BVerfG, 3 octobre 1969, *Leipziger Volkszeitung*, n° 27, 71.

BVerfG, 15 janvier 1970, *Actes de divorce* (*Ehescheidungsakten*), n° 27, 344.

BVerfG, 23 mars 1971, *Ecrits dangereux pour la jeunesse* (*Jugendgefährdende Schriften*), n° 30, 336.

BVerfG, 28 octobre 1975, *Acte d'administration de la justice* (*Justizverwaltungsakt*), n° 40, 237.

BVerfG, 5 novembre 1975, *Indemnité des députés* (*Abgeordnetendiäten*), n° 40, 296.

BVerfG, 2 mars 1977, *Travail de publicité* (*Öffentlichkeitsarbeit*), n° 44, 125.

BVerfG, 21 juin 1977, *Emprisonnement à perpétuité* (*Lebenslange Freiheitsstrafe*), n° 45, 187.

BVerfG, 16 juin 1981, *Décision relative aux médias hertziens* (*Rundfunkentscheidung*), n° 57, 295

BVerfG, 15 novembre 1982, *Appel au boycott* (*Boykottaufruf*), n° 62, 230.

BVerfG, 25 janvier 1984, *Springer/Wallraff*, n° 66, 116.

BVerfG, 17 juillet 1984, *Commission d'enquête sur l'affaire Flick* (*Flick-Untersuchungsausschuß*), n° 67, 100.

BVerfG, 14 mai 1985, *Brokdorf*, n° 69, 315.

BVerfG, 14 janvier 1986, *Contrôle budgétaire des services de renseignement* (*Haushaltskontrolle der Nachrichtendienste*), n° 70, 324.

BVerfG, 14 septembre 1989, *Journal intime* (*Tagebuch*), n° 80, 367.

BVerfG, 26 juin 1990, *Calomnie post-mortem* (*Postmortale Schmähkritik*), n° 82, 272.

BVerfG, 31 octobre 1990, *Droit de vote des étrangers II* (*Ausländerwahlrecht II*), n° 83, 60

BVerfG, 9 octobre 1991, Actionnaires de Bayer (*Bayer-Aktionäre*), n° 85, 1.

BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, n° 89, 155.

BVerfG, 9 février 1994, *Antennes paraboliques I* (*Parabolantenne I*), n° 90, 27.

BVerfG, 31 mars 1998, *Euro*, n° 97, 350.

BVerfG, 24 janvier 2001, *Enregistrement télévisé en salle d'audience II* (*Fernsehaufnahmen im Gerichtsaal II*), n° 103, 44.

BVerfG, 8 février 2001, *Contrôle électoral dans la Hesse* (*Wahlprüfung Hessen*), n° 103, 111.

BVerfG, 26 juin 2002, *Glycol* (*Glykol*), n° 105, 252.

BVerfG, 26 juin 2002, *Osho*, n° 105, 279.

BVerfG, 5 décembre 2002, *Lippeverband*, n° 107, 59.

BVerfG, 13 juillet 2004, *Caisse des notaires* (*Notarkassen*), n° 111, 191.

BVerfG, 27 février 2007, *CICERO*, n° 117, 244.

BVerfG, 4 juillet 2007, *Statut constitutionnel des membres du Bundestag* (*Verfassungsrechtlicher Status der Bundestagsabgeordneten*), n° 118, 277.

BVerfG, 19 décembre 2007, (*Gerichtsfernsehen*), n° 119, 309.

BVerfG, 3 mars 2009, *Ordinateur de vote* (*Wahlcomputer*), n° 123, 39.

BVerfG, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne* (*Lissabon*), n° 123, 267.

BVerfG, 19 juillet 2011, *Elargissement du champ d'application des droits fondamentaux* (*Anwendungserweiterung*), n° 129, 78.

BVerfG, 28 février 2012, *Loi relative au mécanisme de stabilité* (*Stabilisierungsmechanismusgesetz*), n° 130, 318

BVerfG, 19 juin 2012, *Obligation d'information* (*Unterrichtungspflicht*), n° 131, 152.

BVerfG, 21 octobre 2014, *Exportation d'armes* (*Rüstungsexport*), n° 137, 185.

BVerfG, 2 décembre 2014, *Transfert de données tirées de jugements*[733], n° 138, 33.

### 2). Cour administrative fédérale allemande

BVerwG, 25 juin 2015, 7 C 1/14

### 3). Autres décisions

EuG, 19 septembre 2013, n° T-311/11.

## E. Documents officiels

*Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung – In der Zeit vom 1. Juli 2017 bis 31. Dezember 2017* (Rapport sur le travail de publicité du Gouvernement du 1er juillet au 31 décembre 2017).

[733] Intitulé personnel.

# III. DOCUMENTS EN LANGUE ANGLAISE

## A. Ouvrages

BAGEHOT (Walter), *The English Constitution* [La Constitution anglaise], édition conforme à la première édition (1867) dirigée par Paul Smith, Cambridge et New-York, Cambridge University Press, 2001, XXXII-253 p.

BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, VIII-415 p.

BELL (John), *French Constitutional Law* [Droit constitutionnel français], Oxford et New-York, Oxford University Press, 1992, XXIV-367 p.

CRAIG (Paul), *Administrative Law* [Droit administratif], 7e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, CXXII-980 p.

COPPEL (Philip) dir., *Information Rights – Law and Practice* [Droits de l'information – loi et pratique], 3e éd., Oxford et Portland, Hart Publishing, 2010, CXLI-1485 p.

DE SMITH (Stanley) et BRAZIER (Rodney), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], 8e éd., Londres et New-York, Penguin Books, 1998, XII-705 p.

DICEY (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introduction à l'étude du droit de la Constitution], 10e éd., Londres et New-York, MacMillan et St. Martin's Press, 1959, CXCVIII-535 p.

ELLIOTT (Mark) et FELDMAN (David) (dir.), *The Cambridge Companion to Public Law* [Le Compagnon Cambridge pour le droit public], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, VIII-286 p.

GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) éd., *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275.

JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p.

LEYLAND (Peter), *The Constitution of the United-Kingdom - A Contextual Analysis* [La Constitution du Royaume-Uni - une analyse contextuelle], 2e éd., Oxford et Portland, Hart Publishing, 2012, XXVII-333 p.

MARSHALL (Geoffrey), *Constitutional Theory* [Théorie constitutionnelle], Londres, Oxford University Press, 1971, IX-238 p.

PARPWORTH (Neil), *Constitutional and Administrative Law* [Droit constitutionnel et administratif], 9e éd., Oxford, Oxford University Press, 2016, LII-552 p.

PALLEMAERTS (Marc) éd., *The Aarhus Convention at Ten* [La Convention d'Aarhus à dix ans], Groningue, Europa Law Publishing, 2011, XXV-440 p.

PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, IX-351 p.

WADHAM (John), HARRIS (Kelly) et PERETZ (George), *Blackstone's Guide to the Freedom of Information Act 2000* [Guide Blackstone pour la loi de 2000 sur la liberté de l'information], 4e éd., Oxford et New-York, Oxford University Press, 2011, XXIX-284 p.

Coll. (Institute for Public Policy Research), *A Written Constitution for the United-Kingdom* [Une Constitution écrite pour le Royaume-Uni], 2e éd., Londres, Mansell Publishing, 1993, XVIII-286 p.

## B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs

ALLAN (Trevor), « Accountability to Law » [La responsabilité légale], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 77-104.

ALLISON (John), « The Spirits of the Constitution » [Les esprits de la constitution], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 27-56.

ARONEY (Nicholas), « Law and Convention » [Loi et convention], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 24-50.

BAMFORTH (Nicholas), « Accountability of and to the Legislature » [La responsabilité du et envers le Parlement], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 259-288.

BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter), « Accountability in the Contemporary Constitution » [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1-24.

BANFIELD (Andrew C.), « Canada », *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 189-203.

BARRY (Nicholas) et (Narelle) MIRAGLIOTTA, « Australia » [Australie], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 204-216.

BIRKINSHAW (Patrick), « 14, Regulating Information » [14, Réguler l'information], *in* JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p., p. 365-393.

BLACK (Julia), « Calling Regulators to Account : Challenges, Capacities and Prospects » [Engager la responsabilité des régulateurs : défis, possibilités et perspectives], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 354-388.

BLICK (Andrew), « Constitutional Reform » [Réforme constitutionnelle], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 249-260.

BURTON (Tim P.), « Access to environmental information : the UK experience of water registers » [Accès à l'information environnementale : l'expérience britannique des registres de l'eau], *Journal of Environmental Law* [Journal de droit de l'environnement], vol. 1, n° 2 (1er janvier 1989), p. 192-208.

CHEIBUB (José Antonio) & PRZEWORKSI (Adam), « Democracy, Elections, and Accountability for Economic Outcomes » [Démocratie, élections et responsabilité pour les résultats économiques] *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 222-249.

CRAIG (Paul), « Accountability and Judicial Review in the UK and EU : Central Precepts » [Responsabilité et contrôle administratif juridictionnel au Royaume-Uni et en Union européenne : préceptes centraux], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 180-199.

DAVIES (Anne), « Beyond Public Management : Problems of Accountability in the Modern Administrative State » [Au delà de la gestion publique : problèmes de la responsabilité dans l'Etat administratif moderne], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 333-353.

DREWRY (Gavin), « The Executive : Towards Accountable Government and Effective Governance ? » [L'exécutif : vers un gouvernement responsable et une gouvernance efficace ?], *in* JOWELL (Jeffrey Lionel) & OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 187-212.

DUNCAN (Grant), « New Zealand » [Nouvelle-Zélande], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 217-232.

DUNN (Delmer), « Mixing Elected and Nonelected Official in Democratic Policy Making : Fundamentals of Accountability and Responsibility » [Mélanger des agents publics élus et non élus dans la détermination démocratique des politiques : fondamentaux de la responsabilité et de la compétence], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 297-325.

DUNN (John), « Situating Democratic Political Accountability » [Situer la responsabilité politique démocratique], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 329-344.

ELLIOTT (Mark), « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts » [Ombudsmen, tribunaux, enquêtes : redessiner la responsabilité au delà des cours[734]], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 233-258.

ELLIOTT (Mark), « Legislative Supremacy in a Multidimensional Constitution » [Suprématie législative dans une constitution multidimensionnelle], *in* ELLIOTT (Mark) et FELDMAN (David) (dir.), *The Cambridge Companion to Public Law* [Le Compagnon Cambridge pour le droit public], Cambridge, 2015, Cambridge University Press, p. 73-95.

ELSTER (Jon), « Accountability in Athenian Politics » [Responsabilité en politique à Athènes], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 253-278.

EVANS (J. M.), « Civil Litigation – Discovery – Public Interest Immunity and State Papers » [Procès civil – découverte – immunité d'intérêt public et papiers de l'Etat], *Canadian Bar Review* 58.2 (1980), p. 360-376.

FEARON (James), « Electoral Accountability and the Control of Politicians : Selecting Good Types versus Sanctioning Poor Performance » [Responsabilité électorale et contrôle des politiciens : sélectionner les bons ou sanctionner les mauvais], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy,*

[734] Le terme « tribunal » est employé ici largement, quoique matériellement les *tribunals* anglais soient des autorités administratives quasi-juridictionnelles, au contraire des *courts*, juridictions à part entière.

*Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 55-97.

FEREJOHN (John), « Accountability and Authority : Towards a Theory of Political Accountability » [Responsabilité et autorité : vers une théorie de la responsabilité politique], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 131-153.

FREDMAN (Sandra), « Adjudication as Accountability : a Deliberative Approach » [La juridictionnalité comme responsabilité : une approche délibérative], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 105-123.

GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott), « Constitutional Conventions » [Conventions de la constitution], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 8-23.

GALLIGAN (Brian), « Executive Conventions » [Conventions relatives à l'exécutif], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 51-71.

HALLO (Ralph), « Access to Environmental Information » [L'accès à l'information environnementale, *in* PALLEMAERTS (Marc) éd., *The Aarhus Convention at Ten* [La Convention d'Aarhus à dix ans], Groningue, Europa Law Publishing, 2011, XXV-440 p., p. 53-65.

HAZEL (Robert), « The United-Kingdom » [Le Royaume-Uni], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les

Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 173-188.

JENDROSKA (Jerzy), « Public Participation in Environmental Decision-Making » [La participation du public dans la prise de décision en matière environnementale *in* PALLEMAERTS (Marc) éd., *The Aarhus Convention at Ten* [La Convention d'Aarhus à dix ans], Groningue, Europa Law Publishing, 2011, XXV-440 p., p. 91-147.

JOHN (Edward), « Access to environmental information : limitations of the UK radioactive substances registers » [Accès à l'information environnementale : les limitations des registres britanniques sur les substances radioactives], *Journal of Environmental Law* [Journal de droit de l'environnement], vol. 7, n° 1 (1995), p. 11-30.

KING (Jeff), « The Instrumental Value of Legal Accountability » [La valeur instrumentale de la responsabilité légale], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 124-152.

LAVER (Michael) & SHEPSLE (Kenneth), « Government Accountability in Parliamentary Democracy » [La responsabilité du gouvernement en démocratie parlementaire], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 279-296.

LE SUEUR (Andrew), « Parliamentary Accountability and the Judicial System » [La responsabilité parlementaire et le système judiciaire], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 200-230.

LEYLAND (Peter), « Multi-Layered Constitutional Accountability and the Re-financing of Territorial Governance in the UK » [La responsabilité constitutionnelle multi-niveau et le refinancement de la gouvernance territoriale au Royaume-Uni], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary*

*Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 309-329.

MARAVALL (José Maria), « Accountability and Manipulation » [Responsabilité et manipulation], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge University press, Cambridge & New-York, 1999, p. 154-196.

MACRORY (Richard), « Environmental Regulation as an Instrument of Constitutional Change » [Les régulations environnementales comme instrument de changement constitutionnel], *in* JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p., p 291-311.

MCELDOWNEY (John), « 13, Public Expenditure and the Control of Public Finance » [13, Dépense publique et le contrôle des finances publiques], *in* JOWELL (Jeffrey) et OLIVER (Dawn), *The Changing Constitution* [La Constitution changeante], 7e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, XXXVII-428 p., p 334-364.

MCHARG (Aileen), « Rights and Democracy in UK Public Law » [Droits et démocratie en droit public britannique], *in* ELLIOTT (Mark) et FELDMAN (David) (dir.), *The Cambridge Companion to Public Law* [Le Compagnon Cambridge pour le droit public], Cambridge, 2015, Cambridge University Press, p. 116-133.

MCCRUDDEN (Christopher), « State architecture : subsidiarity, devolution, federalism and independence » [Architecture étatique : subsidiarité, dévolution, fédéralisme et indépendance], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 193-214.

MENZIES (Jennifer) et TIERNAN (Anne), « Caretaker conventions » [les conventions d'intérim], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes

westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 91-115.

NETHERCOTE (J. R.), « Parliament » [Parlement], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 137-156.

O'CINNEIDE (Colm), « Legal Accountability and Social Justice » [Responsabilité légale et justice sociale], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 389-409.

OLIVER (Dawn), « Accountability and the Foundations of British Democracy – the Public Interest and Public Service Principles » [La responsabilité et les fondements de la démocratie britannique – les principes d'intérêt public et de service public[735]], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 289-308.

POOLE (Thomas), « *United-Kingdom : The Royal Prerogative* » [Royaume-Uni : la prérogative royale], *International Journal of Constitutional Law* [Revue internationale de droit constitutionnel], volume 8-1 (1er janvier 2010), p. 146-155.

PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), « Introduction » [Introduction], *in Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 1-26.

PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), « Elections and Representation » [Elections et représentation], *in Democracy, Accountability and*

[735] Dans ce cas également, l'expression « *public interest* » est traduite littéralement.

*Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 29-54.

RUSSEL (Peter H.), « Codifying Conventions » [Codifier les conventions], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 233-249.

SAUNDERS (Cheryl), « Designing and operating constitutions in global context » [Créer et opérer des constitutions dans un contexte global], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 256-274.

SAVINO (Mario), « EU Citizenship : Post-National or Post-Nationalist ? Revisiting the Rothman Case Through Administrative Lenses » [La citoyenneté de l'UE : post-nationale ou post-nationaliste ? Revisiter l'affaire *Rothman* avec un regard d'administrativiste ], *REDP* 2011-1, p. 39-49.

SCHRAM (Frankie), « From a General Right of Access to Environmental Information in the Aarhus Convention to a General Right of Access to All Information in Official Documents. The Council of Europe's Tromsø Convention » [D'un droit général d'accès à l'information environnementale dans la Convention d'Aarhus à un droit général d'accès à toute information contenue dans un document officiel. La Convention de Tromsø du Conseil de l'Europe], *in* PALLEMAERTS (Marc) éd., *The Aarhus Convention at Ten* [La Convention d'Aarhus à dix ans], Groningue, Europa Law Publishing, 2011, XXV-440 p., p. 67-89.

SHARMAN (Campbell), « Upper Houses » [Les chambres supérieures], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275 p., p. 157-172.

SMITH (Paul), « Editor's Introduction » [Introduction du directeur d'édition], *in* BAGEHOT (Walter), *The English Constitution* [La Constitution anglaise], édition conforme à la première édition (1867), dirigée par Paul Smith, Cambridge et New-York, Cambridge University Press, 2001, XXXII-253 p., p. VII-XXVII.

STOKES (Susan), « What Do Policy Switches Tell Us about Democracy ? » [Que nous disent les changements de politique à propos de la démocratie ?], *in* PRZEWORKSI (Adam), STOKES (Susan) & MANIN (Bernard), *Democracy, Accountability and Representation* [Démocratie, responsabilité et représentation], Cambridge & New-York, Cambridge University press, 1999, p. 98-130.

TUSHNET (Mark), « Judicial Accountability in Comparative Perspective » [La responsabilité judiciaire dans une perspective comparatiste], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 57-74.

WELLER (Patrick), « Cabinet Government » [Gouvernement de cabinet], *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 72-90.

WRIGHT (Tony), « The Politics of Accountability » [les aspects politiques de la responsabilité], *in* ELLIOTT (Mark) et FELDMAN (David) (dir.), *The Cambridge Companion to Public Law* [Le Compagnon Cambridge pour le droit public], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 96-115.

YOUNG (Allison), « Accountability, Human Rights Adjudication and The Human Rights Act 1998 », [Responsabilité, juridictionnalité des droits de l'homme et Loi relative aux droits de l'homme de 1998], *in* BAMFORTH (Nicholas) & LEYLAND (Peter) dir., *Accountability in the Contemporary Constitution* [La Responsabilité dans la Constitution contemporaine], Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 155-179.

Coll., « Introduction », *in* GALLIGAN (Brian) et BRENTON (Scott) (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems* [Les Conventions constitutionnelles dans les systèmes westminstériens], Cambridge, Cambridge University Press, 2015, XII-275, p 1-7.

## C. Textes normatifs

### 1). Acts of Parliament

*Bill of Rights 1688* (Pétition des droits de 1688, parfois dite de 1689), 1688 Chapter 2 1 Will and Mar Sess 2.

*Union with Scotland Act 1706* (Acte d'Union avec l'Ecosse de 1706), n° 1706 c. 11.

*Union with England Act 1707* (Acte d'Union avec l'Angleterre de 1707), n° 1707 c. 7.

*Colonial Laws Validity Act 1865* (Loi sur la validité des lois coloniales de 1865), 29 juin 1865, n° 28 & 29 Vict. c. 63.

*Dentists Act 1878* (Loi sur les dentistes de 1878)[736].

*Official Secrets Act 1889* (Loi sur les secrets officiels de 1889), 26 août 1889, n° 52 & 53 Vict. c. 52.

*Parliamentary Act 1911* (Loi sur le Parlement de 1911), 18 août 1911, n° 1 & 2 Geo.5 c. 13.

*Official Secrets Act 1911* (Loi sur les secrets officiels de 1911), 22 août 1911, n° 1 & 2 Geo. 5 c. 28.

[736] Les références complètes ne sont pas indiquées pour les textes n'apparaissant que ponctuellement à titre d'exemple.

*Official Secrets Act 1920* (Loi sur les secrets officiels de 1920), 23 décembre 1920, n° 10 & 11 Geo.5 c. 75.

*Official Secrets Act 1939* (Loi sur les secrets officiels de 1939), 23 novembre 1939, n° 2 & 3 Geo.6 c. 121.

*Crown Proceedings Act 1947* (Loi sur les procédures de la Couronne de 1947), 31 juillet 1947, n° 10 & 11 Geo.6 c. 44.

*Parliamentary Act 1949* (Loi sur le Parlement de 1949), 16 décembre 1949, n° 12, 13 & 14 Geo.6 c 103.

*Air Force Act 1955* (Loi sur l'armée de l'air de 1955).

*Army Act 1955* (Loi sur l'armée de terre de 1955).

*Social Work (Scotland) Act* 1968 (Loi sur le travail social [Ecosse] de 1968).

*New Towns (Scotland) Act 1968* (Loi sur les villes nouvelles (Ecosse) de 1968)

*Social Work (Scotland) Act 1968* (Loi sur le travail social (Ecosse) de 1968).

*Medicines Act 1968* (Loi sur la pharmacopée de 1968).

*Local Authority Social Services Act 1970* (Loi sur les services sociaux des autorités locales de 1970).

*Agriculture Act 1970* (Loi sur l'agriculture de 1970).

*European Communities Act 1972* (Loi sur les communautés européennes de 1972), 17 octobre 1972, n° 1972 c. 68.

*Diseases of Fish Act 1983* (Loi sur les maladies des poissons de 1983).

*Data Protection Act 1984* (Loi sur la protection des données de 1984), 12 juillet 1984, n° 1984 c. 35.

*Housing Act 1985* (Loi sur le logement de 1985).

*Local Government Act 1985* (Loi sur le gouvernement local de 1985).

*Access to Personal Files Act 1987* (Loi sur l'accès aux dossiers personnels de 1987), 15 mai 1987, n° 1987 c. 37.

*Official Secrets Act 1989* (Loi sur les secrets officiels de 1989), 11 mai 1989, n° 1989 c. 6.

*Employment Rights Act 1996* (Loi sur le droit du travail de 1996).

*Chemical Weapon Act 1996* (Loi sur les armes chimiques de 1996).

*Public Interest Disclosure Act 1998* (Loi sur la divulgation d'intérêt public de 1998), 2 juillet 1998, n° 1998 c. 23.

*Data Protection Act 1998* (Loi sur la protection des données de 1998), 16 juillet 1998, n° 1998 c. 29.

*Human Rights Act 1998* (Loi sur les droits de l'homme de 1998), 9 novembre 1998, n° 1998 c. 42.

*Scotland Act 1998* (Loi sur l'Ecosse de 1998), 19 novembre 1998, n° 1998 c. 46.

*Audit Commission Act 1998* (Loi sur la commission d'audit de 1998).

*Protection of Children Act 1999* (Loi sur la protection de l'enfance de 1999).

*Water Industry Act 1999* (Loi sur les industries de l'eau de 1999).

*Freedom of Information Act 2000* (Loi sur la liberté de l'information de 2000), 30 novembre 2000, n° 2000 c. 36.

*Constitutional Reform Act 2005* (Loi de réforme constitutionnelle de 2005), 24 mars 2005, n° 2005 c. 4.

*Government of Wales Act 2006* (Loi sur le gouvernement du Pays-de-Galles de 2006), 25 juillet 2006, n° 2006 c. 32.

*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (Loi sur les tribunaux, les cours et l'exécution la loi de 2007), 19 juillet 2007, n° 2007 c. 15.

*Parliamentary Standards Act 2009* (Loi sur les standards parlementaires de comportement de 2009).

*Budget Responsibility and National Audit Act 2011* (Loi sur la responsabilité budgétaire et l'audit national de 2011).

*Protection of Freedoms Act 2012* (Loi sur la protection des libertés de 2012), 1er mai 2012, n° 2012 c. 9.

*Scotland Act 2012* (Loi sur l'Ecosse de 2012), 1er mai 2012, n° 2012 c. 11.

*Justice and Security Act 2013* (Loi sur la justice et la sécurité de 2013), 25 avril 2013, n° 2013 c. 18.

*Public Audit (Wales) Act 2013* (Loi sur l'audit public [Pays-de-Galles] de 2013).

*Finances Act 2014* (Loi de finances de 2014).

*Scotland Act 2016* (Loi sur l'Ecosse de 2016), 23 mars 2016, n° 2016 c. 11.

*Policing and Crime Act 2017* (Loi sur la police et la criminalité de 2017), 31 janvier 2017, n° 2017 c. 3.

## 2). Législation secondaire et actes administratifs

*The Environmental Information Regulations 1992* (Régulations relatives à l'information environnementale 1992), n° 1992-3040.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2002* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2002), n° 2002-2623.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2003* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2003), n° 2003-1882.

*The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order 2003* (Ordre de suppression de références à des autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2003), n° 2003-1883.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2004* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2004), n° 2004-938.

*The Environmental Information (Scotland) Regulations 2004* (Régulations relatives à l'information environnementale 2004), n° 2004-520.

*The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order 2004* (Ordre de suppression de références à des autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2004), n° 2004-1641)

*The Freedom of Information (Additional Public Authorities) (Amendment) Order 2004* (Ordre modificatif d'ajout d'autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2004), n° 2004-1870.

*The Environmental Information Regulations 2004* (Régulations relatives à l'information environnementale 2004), n° 2004-3391.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2005* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2005), n° 2005-3593)

*The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order* 2005 (Ordre de suppression de références à des autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2005), n° 2005-3594.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2008* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2008), n° 2008-1271)

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2010* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2010), n° 2010-937.

*The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order 2010* (Ordre de suppression de références à des autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2010), n° 2010-939.

*Freedom of Information (Additional Public Authorities) Order 2011* (Ordre d'ajout d'autorités publiques pour la loi sur la liberté de l'information 2011), n° 2011-1041)

*The Freedom of Information (Removal of References to Public Authorities) Order 2011* (Ordre de suppression de références à des autorités publiques relativement à la loi sur la liberté de l'information 2011), n° 2011-1042.

*Treaty of Lisbon (Changes in Terminology) Order 2011* (Ordre de modifications terminologiques relativement au Traité de Lisbonne 2011), n° 2011-1043)

*Inland Waterways Advisory Council (Abolition) Order 2012* (Ordre de suppression du Comité d'information relatif aux voies navigables intérieures 2012), n° 2012-1658).

*The Environmental Information (Scotland) Amendment Regulations 2013* (Régulations modificatives relatives à l'information environnementale [Ecosse] 2013), n° 2013-127.

## D. Décisions de juridictions

### 1). Cour suprême

Cour suprême, 12 octobre 2011, *AXA General Insurance Ltd, Petitioners* [2011] UKSC 46.

Cour suprême, 12 décembre 2012, *Imperial Tobacco Ltd v Lord Advocate* [2012] UKSC 61.

Cour suprême*, R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland),* [2019] UKSC 41.

### 2). Chambre des Lords

Chambre des Lords, *E. Earl and Others, Commissioner for the Board of Customs for Scotland* v. *David Vass*, 1822.

Chambre des Lords, *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] UKHL 1.

Chambre des Lords, *Duncan v Cammell Laird and Co* [1942] UKHL 3.

Chambre des Lords, *Magor & St. Mellons R.D.C. v. Newport Corporation* [1952] 2 All E.R

Chambre des Lords, *Scruttons Ltd v Midland Silicones Ltd* , [1962], AC 446.

Chambre des Lords, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Lord Advocate, 1964 SC (HL) 117*

Chambre des Lords, *Conway v. Rimmer and another*, [1968] UKHL 2.

Chambre des Lords, *Council of Civil Service Unions and others v. Minister for the Civil Service*, [1984], UKHL 9.

Chambre des Lords, *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart*, |1992] UKHL 3

Chambre des Lords, *R v Secretary of State for the Home Dept., ex p Simms*, [1999] UKHL 33.

Chambre des Lords, 13 octobre 2005, *Jackson and others (Appellants)* v. *Her Majesty's Attorney General (Respondent),* [2005] UKHL 56.

Chambre des Lords, *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaires, ex parte Bancoult (N° 2)* [2008] UKHL 61

## 3). Autres juridictions

Cour de l'Echiquier*, Beatson v. Skene* [1860] 5 H & N 838.

Conseil privé, *The Queen v. Burah* (1878) 3 App. Cas. 889.

Court of Session, *Lord Commissioners of the Admiralty v. Aberdeen Steam Trawling and Fishing Co., Ltd.* [1909] SC 335.

Cour d'appel, *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223.

Vacation Court*, Jenkins v A-G (UK)*, Vacation Court, Griffith J, 13 août 1971, rapportée par *The Times*, 14 août 1971, page 14, « *Law Report August 13 1971 – Vacation Court – Injunction over Market pamphlet refused* ».

Haute Cour de justice*,, A-G v Jonathan Cape Ltd.* [1976] 1 QB 752.

Cour d'appel, *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* [1977] QB 643.

Haute Cour de justice, *R v Secretary of State for the Environment, ex p Greenwich London Borough Council* [1989] COD 530 DC, rapportée par *The Times*, 17 mai 1989, page 44, « *Law Report May 17 1989 – Queen's Bench Divisional Court – Omission does not make leaflet inaccurate* »

Cour d'appel, *R . v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett* [1989] 1 All. ER 655

Haute Cour de justice, division du banc de la Reine, *R v. Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley* [1993] 4 All ER 422

Cour d'appel, *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Pierson*, [1998] AC 539.

Cour d'appel, *R* v. *Secretary of State for Health, ex p C* [2000] 1 FLR 627 (CA).

Cour d'appel, *R v Secretary of State for the Home Dep, ex p Simms* [2000] 1 AC 115

Haute Cour, *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin).

Cour d'appel, *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Southall* [2003] EWCA 1002

Tribunal pour l'information, 9 mai 2007, *S v Information Commissioner and the General Register Office*, n° EA2006/0030

## E. Documents officiels

Rapport Franck de 1972 (*The Franks Report on Section 2 of the Official Secrets Act 1911*).

Lord Lester of Herne Hill, *Select Committee on Public Administration, Third Report* (Comité sur l'administration publique, troisième rapport), *1998-99*, Q 205 HC 570-I

*Code of practice on the discharge of public authorities functions under part 1 of the Freedom of Information Act 2000* (Code de bonnes pratiques pour l'exécution des fonctions des autorités publiques en application de la première partie de la loi sur la liberté de l'information de 2000), 25 novembre 2004, ISBN 0102931763.

Chambre des communes, *Department for Constitutional Affairs*, « *Review of Statutory Prohibitions on Disclosure* » (Département des affaires constitutionnelles, « Rapport sur les interdictions statutaires de publication), 16 juin 2005.

*Protection of Freedoms Act 2012, Explanatory Notes* (Notes explicatives pour la Loi sur la protection des libertés de 2012).

*Information Commissioner's Office* (Bureau du Commissaire à l'information), *Consideration of the identity or motives of the applicant* (Livret relatif à l'identité et aux motivations du demandeur), n° 20150305, version 1.0.

*Information Commissioner's Office* (Bureau du Commissaire à l'information), *Public authorities under the FOIA* (Les autorités publiques selon la loi sur la liberté de l'information), 20160901 version 2.2

*House of Commons*, *Briefing Pape*r (Rapport de la Chambre des Communes) n° 04117, 17 juillet 2017, « *The Local Government Ombudsman* » (L'ombudsman pour le gouvernement local).

Livret *FOI in the UK – Differences between the Scottish and the UK FOI* (FOI au Royaume-Uni – Différences entre la loi écossaise et la loi britannique sur la liberté de l'information), Commissaire écossais à l'information, 7 août 2017, n° 91522.

*Information Commissioner's Office* (Bureau du Commissaire à l'information, rubrique des informations dédiées aux personnes publiques (*for organisations*), Guide pour la liberté de l'information (*Guide to Freedom of Information*), 14 août 2017, 4.9.79.

*Government Legal Department* [Département des affaires juridiques du Gouvernement], guide *The judge over your shoulder – a guide to good decision making* [« Le juge dans votre dos »], 5e éd., nouvelle publication de 2018,

# TABLE DES MATIERES

RESUME 3

SUMMARY 4

ZUSAMMENFASSUNG 5

MOTS-CLES 6

KEYWORDS 6

SCHLÜSSELWÖRTER 6

SOMMAIRE 7

REPERTOIRE DES ABREVIATIONS 9

REMERCIEMENTS 13

**INTRODUCTION 15**

I. ENJEU DE L'EXPLOITATION DES INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS 19

A. Les documents administratifs comme trace matérielle de l'activité administrative 20

*1). Une activité décisionnelle connue, portée par les actes administratifs 22*

*2). Les documents administratifs comme traces du processus de décision administrative 25*

B. Le présupposé politique d'une amélioration de l'efficacité du service public par le regard porté sur lui 27

*1). L'efficacité du service renforcée par son contrôle 29*

*a). Une administration habituellement soumise à des contrôles afin de pleine réalisation des politiques publiques 29*

*b). Le caractère politique du présupposé de l'amélioration du service par le contrôle 31*

*2). Un choix des politiques publiques fondé lui-même sur le contrôle des services 31*

*3). Le choix électoral, fondement de la légitimité de l'action administrative 33*

C. L'information publique, condition de l'exercice de droits et libertés 34

*1). L'influence de l'information du public devant le juge administratif 35*

*2). L'influence de l'information du public en dehors de tout contentieux 36*

D. L'information publique, ressource pour l'activité économique privée 36

*1). L'exploitation économique habituelle des informations publiques par les personnes privées 37*

*2). La frontière de l'action publique : la personne publique se comportant comme un entrepreneur ordinaire 38*

II. ETAT DE LA RECHERCHE AU SEIN DU CHAMP DE COMPARAISON 41

A. Présentation du champ de comparaison : Allemagne, France, Royaume-Uni 41

B. Etat de la recherche 42

*1). Une question de l'accès aux informations détenues par les agents publics peu traitée par la doctrine française 43*

*2). L'absence de réponse consensuelle quant à l'existence d'un droit en Allemagne 45*

*3). Une question considérée comme résolue au Royaume-Uni depuis l'adoption du Freedom of Information Act 2000 46*

III. OUTILS THEORIQUES D'ANALYSE 49

A. Les comportements humains de l'accès aux documents administratifs 50

B. Caractériser un Etat parmi les traitements juridiques possibles 51

*1). L'interdiction de communication 51*

*2). L'obligation de communication 52*

*3). L'habilitation du législateur 53*

C. L'appui sur le droit constitutionnel formel 53

*1). La pertinence de l'appui sur le droit constitutionnel formel 54*

*2). L'exclusion du droit matériellement constitutionnel 56*

*3). L'exclusion des diverses formes du jusnaturalisme 57*

*4). Le droit « constitutionnellement garanti », distingué d'un droit fondamental 58*

D. L'invocabilité par toute personne comme critère de pertinence 61

E. Une interprétation sémantique 62

*1). La recherche du sens de l'énoncé normatif, œuvre sémantique non normative 63*

*a). L'interprétation d'un énoncé, œuvre sémantique 63*

*b). La systématisation à l'allemande de l'interprétation, cadre de référence 64*

*c). Des canons britanniques de l'interprétation éclairés par la pensée allemande 66*

*d). La nécessité d'écarter les canons non sémantiques de l'interprétation* 67

*2). Une interprétation n'excluant pas de tenir compte des pratiques propres aux différents ordres juridiques comparés* 69

*a). Des pratiques argumentatives variables d'un ordre juridique à l'autre* 69

*b). Des juges plus ou moins maîtres de leur office* 70

IV. PROBLEMATIQUE. 73

**PARTIE I. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS 75**

**TITRE I. L'IDENTIFICATION DES TEXTES GENERAUX RELATIFS A L'ACCES AUX INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS 77**

CHAPITRE I. UNE LIMITATION DE L'ETUDE AUX TEXTES EMANES DE L'AUTORITE FEDERALE OU CENTRALE 79

SECTION PRELIMINAIRE. S'APPUYER SUR LA HIERARCHIE BRITANNIQUE DES NORMES LA PLUS PERTINENTE 80

§1. La législation primaire au sommet de la hiérarchie britannique des normes. 81

A. Qualifier la législation primaire de formellement constitutionnelle. 82

B. Une législation secondaire fondée sur la législation primaire 83

§2. Une contestation de la primauté du Parlement sans effet pratique à ce jour 84

A. La théorie insatisfaisante à ce jour de la suprématie de la *common law* 85

B. La proposition apparemment distincte d'une différenciation entre lois constitutionnelles et lois ordinaires 86

*1). La proposition « bénigne » du juge Laws dans l'affaire Thoburn* 87

*2). Une proposition en contradiction avec la souveraineté parlementaire britannique* 90

§3. Exclure résolument de l'étude les conventions de la Constitution 92

Conclusion de la section 94

SECTION I. LA POSSIBILITE D'ECARTER DE L'ETUDE LE *FREEDOM OF INFORMATION (SCOTLAND) ACT 2002* 95

§1. L'habilitation à énoncer des normes sur le fondement des *Scotland Acts*, exclusive de la faculté d'influer sur la validité d'une loi de Westminster 95

A. Un parlement écossais apparemment libre de fixer le régime de l'accès aux documents administratifs pour les agents publics relevant de sa compétence 96

*1). Une législation écossaise revêtue en principe de l'autorité des Acts of Parliament 96*

*2). Une hypothétique soumission de la législation écossaise à la common law 97*

B. Une législation écossaise nécessairement conforme à la législation britannique 99

§2. Un standard d'accès fixé pour le Royaume-Uni par le *Freedom of Information Act 2000* 100

A. Contextualiser la législation britannique de 2000 dans le développement du droit de l'information détenue par les agents publics 101

B. Un test de l'intérêt public à la communication plus favorable à la publication en Ecosse 103

C. Des exclusions de publications plus nombreuses dans le *Freedom of Information Act 2000* 104

D. Des communications marginalement plus protégées en Ecosse 105

Conclusion de la section 105

SECTION II. LA LIMITATION AU SEUL TEXTE CONSTITUTIONNEL FEDERAL EN ALLEMAGNE 107

§1. L'influence de l'organisation constitutionnelle fédérale allemande sur l'organisation de l'accès aux documents administratifs 107

A. Le Brandebourg et le Schleswig-Holstein, seuls soumis constitutionnellement à la liberté de l'information 108

B. Certains *Länder* soumis à une exigence limitée à l'information en matière d'environnement 109

C. Récapitulatif des dispositions intéressant manifestement un droit d'accès à l'information administrative 110

§2. Une distinction des autorités administratives détentrices d'informations entre *Bund* et *Länder* impliquant une pluralité de régimes 112

A. Le principe de la distinction par la compétence mise en œuvre par l'autorité administrative 112

*1). La répartition constitutionnelle des compétences administratives 113*

*2). Synthèse des cadres d'activité administrative 113*

*3). L'effet de cette structure sur le droit de l'information administrative 114*

B. Situation des Länder à ce jour relativement à l'accès aux informations détenues par les agents publics 115

Conclusion de la section 117

SECTION III. LA DETERMINATION NECESSAIRE DU CONTENU DU « BLOC DE CONSTITUTIONNALITE » FRANCAIS 118

§1. L'appui sur la Constitution de 1958 et les renvois de son préambule 118

A. Le mécanisme des renvois par le préambule de la Constitution de 1958 119

B. Une normativité du bloc de constitutionnalité désormais admise 120

§2. L'identification du *corpus* des droits que la Constitution garantit 121

A. Le *corpus* des droits invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité 121

B. La garantie de droits aux individus par l'article 61-1 de la Constitution 122

Conclusion de la section 123

CONCLUSION DU CHAPITRE 124

CHAPITRE II. L'ABSENCE D'INFLUENCE DE LA PREROGATIVE ROYALE RESIDUELLE AU ROYAUME-UNI 125

SECTION I. UN DROIT DE L'INFORMATION ADMINISTRATIVE LARGEMENT SAISI PAR LE DROIT STATUTAIRE 126

§1. La législation du secret, première intervention statutaire d'envergure en matière d'information 127

A. Un *Official Secrets Act 1911* organisant un secret de principe 127

B. Un assouplissement permis par l'*Official Secrets Act 1989* 128

§2. Un accès aux documents ouvert sectoriellement avant la mise en place de la loi de 2000 129

A. Un droit de publication minimal issu de la loi sur la divulgation d'intérêt public de 1998 129

B. L'information environnementale accessible sur le fondement du droit de l'Union européenne 130

C. L'existence d'une variété de lois ponctuelles autorisant l'accès 132

D. Le cas particulier du droit à la preuve judiciaire 132

*1). Un droit d'origine jurisprudentielle en matière de procédure judiciaire : la « discovery » 133*

*2). La « découverte » saisie par le droit statutaire 134*

Conclusion de la section 136

SECTION II. LA PREROGATIVE ROYALE, HABILITATION RESIDUELLE REDUITE A UNE EXISTENCE THEORIQUE 137

§1. Une prérogative royale pleinement soumise au droit statutaire 138

A. La prérogative royale supérieure à la *common law* dans l'ordre de production du droit 139

B. L'exercice de la prérogative royale paradoxalement soumis à des contrôles de *common law* 140

C. La contestation de la prérogative royale comme fondement indépendant de l'activité de la Couronne. 142

*1). Le choix jurisprudentiel conscient de soumettre la prérogative royale à la common law 142*

*a). La décision Conseil des syndicats de la fonction publique 143*

*b). La décision Bancoult (n° 2) 149*

*2). Une évolution jurisprudentielle insuffisamment justifiée en droit 152*

*a). Le caractère fallacieux d'un appui sur le « bon sens » 152*

*b). L'absence de justification d'une appartenance de la prérogative royale à la common law 152*

*c). L'absence d'évidence d'un changement du droit par l'écoulement du temps 153*

*d). L'absence de justification du pouvoir des cours à soumettre la validité de la prérogative royale à la common law 154*

§2. Une liberté résiduelle des agents publics fondée sur la prérogative royale 155

A. Une liberté de publication discrétionnaire fondée sur la prérogative royale 156

*1). La décision Jenkins 156*

*2). La décision Greenwich London Borough Council 158*

B. Un fondement alternatif et erroné de cette liberté : la *common law* 160

*1). La justification du fondement de common law par Lady Hale dans R. v. Secretary of State for Health 160*

*2). Une complexification des sources du droit administratif britannique dénuée d'effet pratique 161*

§3. Une portée pratique de la publication discrétionnaire presque inexistante à ce jour 162

A. L'éventualité d'une publication discrétionnaire désamorcée pour les agents soumis à la loi de 2000 163

*1). Des exemptions absolues de publication renvoyant en principe à la législation du secret 163*

*2). L'opportunité d'une publication discrétionnaire écartée par le test de l'intérêt public propre aux exemptions relatives 164*

B. La soumission persistante à la législation du secret pour les agents non soumis à la loi de 2000 165

Conclusion de la section 165

CONCLUSION DU CHAPITRE 166

CONCLUSION DU TITRE 167

**TITRE II. L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE COMMUNICATION DES INFORMATIONS 169**

CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UN DROIT D'ACCES GARANTI IMPLICITEMENT 171

SECTION I. L'OBLIGATION DE RENDRE DES COMPTES ENONCEE PAR L'ARTICLE 15 DE LA DECLARATION DE 1789 172

§ 1. Un droit de demander compte ayant échappé longtemps à l'étude 172

A. Un silence doctrinal majoritaire et continu jusqu'à la décision n° 2015-471 QPC du Conseil constitutionnel 173

*1). Un silence doctrinal majoritaire relativement à l'article 15 de la Déclaration de 1789 173*

*2). Un lien quelques fois évoqué mais jamais approfondi entre rendu de compte et accès aux documents administratifs 176*

B. Une relation entre information et contrôle déjà abordée par le législateur 177

§ 2. Un article 15 énonçant une obligation juridique 179

A. Un énoncé part d'une Déclaration pleinement normative en droit 179

*1). Une rédaction d'origine visant à l'énoncé d'une prescription 179*

*a). Des mécanismes du contrôle institutionnel bien connus des auteurs de la Déclaration 180*

*b). Un contexte de rédaction plein de volonté prescriptive 181*

*2). Une Déclaration de 1789 normative en droit à ce jour 184*

B. L'absence d'élément textuel impliquant un traitement spécifique de l'article 15 de la Déclaration 185

*1). Une Déclaration ne prévoyant pas de traitement différencié de ses articles 185*

*2). Une possibilité toujours existante de différenciation entre les articles lors de la concrétisation 186*

Conclusion de la section 188

SECTION II. L'ARTICLE 20 I DE LA LOI FONDAMENTALE, DENUE DE NORMATIVITE PROPRE RELATIVEMENT AUX INFORMATIONS DETENUES PAR LES AGENTS PUBLICS 189

§1. La spécificité allemande de la doctrine de la publicité de la démocratie et de la république 190

A. Les tenants de la publicité de la démocratie et de la république 191

*1). La Loi fondamentale comme ensemble de décisions structurelles pour l'Allemagne d'après-guerre 192*

*2). L'influence du choix du mode de gouvernement en 1949 sur la publicité de la république démocratique 193*

*a). Les justifications du lien philosophique de commission entre agents publics et peuple en démocratie 194*

*b). Une res publica, régime politique appartenant au peuple 196*

B. Des doctrines présentées comme incompatibles entre-elles 198

C. L'effet juridique de ces doctrines selon leurs défenseurs 199

§2. L'absence de normativité de l'article 20 I LF 200

A. L'hypothèse nécessaire de l'absence de normativité. 201

B. La possibilité d'une normativité exprimée à l'indicatif 202

C. La possibilité apparente de dire si un comportement est démocratique ou républicain 203

D. L'impossibilité de lier argumentation philosophique et normativité juridique 204

E. L'accès aux documents administratifs n'est pas une concrétisation nécessaire d'une démocratie ou d'une république 206

*1). La possibilité d'une démocratie avec ou sans droit d'accès aux documents administratifs 206*

*a). L'accès des administrés aux documents administratifs, droit sans influence sur la nature d'un régime politique 207*

*b). La compatibilité d'une administration secrète avec certaines formes de démocratie 208*

*2). La conséquence d'une éventuelle habilitation sans borne de la Cour constitutionnelle fédérale 209*

§3. Une jurisprudence en demi-teinte, favorable essentiellement à la compétence discrétionnaire de la Cour constitutionnelle 211

A. Une jurisprudence excluant à bon droit de tirer des conséquences concrètes de l'article 20 I de la Loi fondamentale 211

*1). Un article 20 I inséparable du reste de la Loi fondamentale 212*

*a). La réalité du régime mis en place, caractérisée par les normes matériellement constitutionnelles* *212*

*b). Les caractères de la Loi fondamentale exprimés par ses articles les plus déterminés* *213*

*c). Une obligation générale résiduelle non concrétisable* *214*

*2). Une jurisprudence toujours appuyée sur un article concret du texte constitutionnel* *214*

B. Un niveau suffisant de légitimité à déterminer discrétionnairement par la Cour constitutionnelle fédérale 217

*1). L'exigence jurisprudentielle de légitimité rattachée au principe démocratique* *218*

*2). Une Cour constitutionnelle compétente pour déterminer discrétionnairement le caractère légitime des actions publiques* *220*

Conclusion de la section 222

CONCLUSION DU CHAPITRE 223

CHAPITRE II. LA PORTEE MINIMALE D'UN DROIT SOUMIS A LA DETERMINATION LEGISLATIVE 225

SECTION I. LA PORTEE DE L'ARTICLE 5 I DE LA LOI FONDAMENTALE DETERMINEE PAR LE LEGISLATEUR 227

§1. L'accessibilité, clé de compréhension de l'article 5 I de la Loi fondamentale 228

A. L'accessibilité d'une source d'information, prérequis à l'accès à l'information 228

B. L'accessibilité matérielle, propre à un droit de protection de l'accès à source existante 229

*1). Une logique matérielle d'accessibilité liée à l'état des techniques de la communication* *230*

*2). Un droit de protection contre les entraves matérielles à la réception d'informations* *231*

*a). La protection constitutionnelle de l'accès aux médias étrangers* *231*

*b). Réciprocité et complément : l'interdiction de la censure* *233*

C. L'accessibilité juridique liée au droit à l'ouverture d'une nouvelle source d'informations 234

§2. L'accessibilité au public des informations déterminée par un organe habilité 235

§3. L'absence de mention de l'information administrative comme accessible par nature 238

A. L'indétermination des sources accessibles au sein de l'article 5 de la Loi fondamentale 238

B. L'impossibilité d'interpréter le texte comme désignant des sources accessibles par nature 240

C. L'absence d'un test de l'intérêt public inhérent à l'article 5 de la Loi fondamentale 241

§4. Un législateur laissé libre par l'article 5 de la Loi fondamentale 242

A. La réserve législative de détermination distinguée des réserves législatives de concrétisation 243

B. L'absence de droit invocable à l'ouverture d'une source d'information 244

*1). Un quasi-consensus jurisprudentiel et doctrinal pour exclure tout droit à l'ouverture d'une source d'information 245*

*2). Un régime des publications officielles obligatoires fondé sur d'autres dispositions constitutionnelles 248*

Conclusion de la section 250

SECTION II. LE LEGISLATEUR DE L'ACCES A L'INFORMATION SOUMIS AUX LIMITES IMMANENTES A LA CONSTITUTION 251

§1. La protection explicite par le constituant de secrets divers 251

§2. La protection de la sphère de responsabilité propre de l'exécutif, limite constitutionnelle implicite 253

Conclusion de la section 255

CONCLUSION DU CHAPITRE 257

CONCLUSION DU TITRE 259

**CONCLUSION DE LA PARTIE 261**

**PARTIE II. UN DROIT D'ACCES DE PORTEE VARIABLE EN FRANCE, EN ALLEMAGNE ET AU ROYAUME-UNI 263**

**TITRE I. UNE PORTEE DU DROIT D'ACCES DETERMINABLE AU SEIN DES TROIS ORDRES JURIDIQUES ETUDIES 265**

CHAPITRE I. L'AGENT PUBLIC, ORGANE ESSENTIEL DU DROIT DE L'ACCES AUX INFORMATIONS QU'IL DETIENT 267

SECTION I. UN DROIT D'ACCES OPPOSABLE A UN ENSEMBLE LIMITATIVEMENT ENUMERE D'AGENTS AU ROYAUME-UNI 269

§1. Une liste limitative d'agents publics excluant toute généralité du droit 271

A. L'appui sur de longues annexes de listage 272

B. La nécessité d'une adaptation constante des annexes par décret 273

§2. L'exception d'une définition générale des entreprises publiques. 275

§3. Des caractères maintenus lors des évolutions du texte 276

Conclusion de la section 278

SECTION II. L'AGENT PUBLIC DEFINI GENERALEMENT COMME CHARGE D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC EN FRANCE 279

§1. L'agent public français, personne chargée d'une mission de service public 279

A. Des caractères de l'agent public identifiables au sein du droit constitutionnel 280

*1). Une rareté des mentions explicites dans la Déclaration de 1789 280*

*2). Le lien entre agent public et service public mentionné par le Préambule de 1946 281*

*3). L'autorité publique, organe de la Charte de l'environnement 282*

*4). La mention de corps d'agents publics au sein de la Constitution de 1958 282*

B. La personne privée chargée d'une mission de service public, agent public 283

C. L'absence d'obligation relativement à l'Etat entrepreneur 283

D. Une jurisprudence constitutionnelle semblant faire sienne la jurisprudence administrative 284

§2. L'administration, activité commune à tous les agents publics 285

A. L'activité administrative des organes constitués indépendants 286

*1). L'administration des moyens de la justice, distincte de la fonction de juger 286*

*2). Une séparation des pouvoirs n'impliquant en rien le secret des activités des parlementaires 287*

B. L'efficacité de l'activité gouvernementale protégée par une forme de secret 289

C. La possibilité d'une conciliation entre droit de demander compte et bonne marche de l'administration 292

Conclusion de la section 292

CONCLUSION DU CHAPITRE 293

CHAPITRE II. UN DROIT D'ACCES REALISE PAR LA COMMUNICATION DES DOCUMENTS 295

SECTION I. LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS, INTERPRETATION NECESSAIRE D'UNE FORMULE N'EMPLOYANT PAS LE TERME EN FRANCE 297

§1. La possibilité d'une détermination des modalités concrètes de l'obligation de rendre compte 297

A. L'engagement de l'une ou l'autre forme de responsabilité, mode de reddition de compte 299

*1). Une « responsabilité » connue des révolutionnaires 299*

*a). Une responsabilité prévue devant le corps législatif par la Constitution de 1791 300*

*b). L'introduction en 1793 d'une responsabilité des agents publics devant des juges élus et d'une information des citoyens 302*

*c). L'accroissement du nombre des modes d'information par la Constitution de 1795 304*

*2). « Demander compte » en contentieux administratif moderne 305*

B. Typologie des droits de la responsabilité des agents publics en matière d'information 307

*1). L'accès aux documents administratifs au sens large 308*

*2). La motivation des actes administratifs 310*

*3). L'obligation de renseignement 311*

C. Exclure les droits à la participation du champ de la reddition de compte 311

*1). L'apparition d'une confusion entre information et participation en droit de l'environnement 312*

*2). Une participation à rattacher à l'exercice du pouvoir et non à la mise en jeu de la responsabilité 314*

§2. Le champ du droit d'accès aux documents administratifs rattaché au droit à la reddition de compte 315

A. La « Société » bénéficiaire du droit, corps abstrait à l'image de la nation et de la République 316

B. La titularité du droit accordée à l'ensemble des sujets de droit français 317

C. La communication des documents administratifs, modalité nécessaire de la reddition de compte 318

Conclusion de la section 319

SECTION II. UNE COMMUNICATION SOUMISE *IN FINE* A UN CONTROLE JURIDICTIONNEL AU ROYAUME-UNI 321

§1. Un contentieux de l'accès à l'information borné par les cas de refus de communication 323

A. Des exemptions absolues catégorielles à l'obligation de communication 324

*1). La catégorisation par objet de l'information 325*

*2). Une exemption partiellement appuyée sur la nature du détenteur de l'information s'agissant des assemblées parlementaires 326*

B. La soumission des exemptions relatives à l'intérêt général à la publication 327

C. Des exemptions modifiées à la marge depuis 2000 328

§2. Une communication susceptible d'être garantie par la Cour suprême britannique 329

A. Une chaîne de recours ouverts jusque devant la Cour suprême britannique 330

*1). Une première phase administrative de recours 330*

*2). Les étapes du recours devant l'organe spécifique Tribunal 331*

*3). La contestation du refus, enfin, devant la Court of Appeal et de la Supreme Court 332*

B. Un droit d'accès effectivement garanti par un recours juridictionnel 333

*1). Un recours encore quasi-juridictionnel en apparence devant le Tribunal 333*

*2). L'existence d'un recours en réalité proprement juridictionnel 334*

Conclusion de la section 336

CONCLUSION DU CHAPITRE 337

CONCLUSION DU TITRE 339

**TITRE II. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL INDIVIDUEL, MODE SPECIFIQUE DE SANCTION DU DROIT D'ACCES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE 341**

CHAPITRE I. LA POSSIBILITE D'UNE MISE EN CONFORMITE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANCAIS A LA CONSTITUTION 343

SECTION I. UN REGIME GENERAL DU DROIT DE L'INFORMATION ADMINISTRATIVE FONDE SUR L'ARTICLE 15 DE LA DECLARATION DE 1789 345

§1. Une relation principe-exception clarifiée entre les articles 15 et 14 de la Déclaration 345

A. Un principe général de transparence administrative appuyé sur l'article 15 de la Déclaration 346

B. L'exigence de bon emploi des deniers publics à fonder sur le seul article 15 de la Déclaration 348

C. Le principe de sincérité budgétaire à fonder sur le seul article 14 de la Déclaration 350

§2. La détermination du régime de l'information environnementale confiée au législateur par l'article 7 de la Charte de l'environnement 350

A. Une réserve législative explicite de détermination soumettant le droit d'accès au bon vouloir du législateur 351

*1). Le caractère normatif de l'incise « dans les conditions et les limites définies par la loi » 352*

*2). Une exigence purement formelle d'intervention du législateur en matière d'information 353*

B. Une tendance du Conseil constitutionnel à outrepasser sa compétence de contrôle 354

*1). Une protection constitutionnelle limitée à garantir l'intervention de la loi 355*

*2). Une pratique par le Conseil d'un contrôle propre à un régime de transparence administrative 356*

Conclusion de la section 358

SECTION II. LE LEGISLATEUR DESORMAIS SOUMIS A UNE OBLIGATION DE PROPORTIONNALITE DES ATTEINTES A LA PUBLICITE DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS 360

§1. L'apparition d'un réel contrôle de constitutionnalité en droit des archives et de la responsabilité 360

A. Une variété des modes de reddition de compte reconnue par le Conseil constitutionnel 361

B. Un contrôle de proportionnalité déjà exercé en droit des archives 363

§2. Etude de corrections de la loi possibles sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration de 1789 366

A. Un droit législatif de l'accès aux documents administratifs ne reposant plus sur le modèle de l'exception au secret 366

B. La fin des exclusions reposant sur la seule identité de l'organe détenteur d'information 368

*1). L'exclusion en bloc de la communicabilité des documents des assemblées parlementaires 368*

*2). L'exclusion spécifique de publicité pour les avis du Conseil d'Etat 369*

*3). Le secret des documents transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique 370*

Conclusion de la section 371

CONCLUSION DU CHAPITRE 372

CHAPITRE II. L'IMPOSSIBILITE DE FONDER UN DROIT D'ACCES SUR L'INVOCATION CONJOINTE D'ARTICLES DE LA LOI FONDAMENTALE 373

SECTION I. L'IMPOSSIBILITE D'UN DROIT GENERAL APPUYE PRINCIPALEMENT SUR LES ARTICLES 5 I ET 20 I DE LA LOI FONDAMENTALE 374

§1. L'impossibilité d'un recours constitutionnel individuel fondé sur le seul article 20 I de la Loi fondamentale 375

A. Un champ du contentieux constitutionnel individuel fixé par l'article 93 I Nr. 4a de la Loi fondamentale sans limitation au catalogue des droits fondamentaux 375

B. Un article 20 I exclu des sources de droits fondamentaux ou de droits équivalents 377

§2. L'article 20 I de la Loi fondamentale, trop abstrait pour justifier une accessibilité de l'information au sens de l'article 5 I du texte 378

A. L'affirmation répandue d'un lien spécifique entre les articles 5 I et 20 I de la Loi fondamentale allemande 378

B. Des conséquences de droit envisagées de façon abstraite par la Cour constitutionnelle fédérale allemande 380

§3. Des droits d'accès ponctuels invocables sur le fondement de l'article 5 I de la Loi fondamentale 382

A. Une invocation conjointe susceptible de garantir l'accès à certaines sources d'informations 382

B. La nécessité de l'appui sur des dispositions concrètes 383

Conclusion de la section 385

SECTION II. UNE ARGUMENTATION TROP DECOUSUE FONDEE SUR LES ARTICLES 28 ET 38 DE LA LOI FONDAMENTALE 386

§1. Un article 28 de la Loi fondamentale porteur d'un lien explicite entre démocratie, république et liberté du vote 387

§2. Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la protection d'une essence indéterminée du droit de vote 389

A. L'essence du droit de vote, critère de contrôle démocratique accepté par la Cour constitutionnelle fédérale 390

B. Un élargissement non défendable de la jurisprudence *Lisbonne* à l'information administrative 392

Conclusion de la section 394

CONCLUSION DU CHAPITRE 396

CONCLUSION DU TITRE 397

**CONCLUSION DE LA PARTIE 399**

**CONCLUSION DE LA THESE 401**

**BIBLIOGRAPHIE 409**

I. DOCUMENTS EN LANGUE FRANÇAISE 410

A. Ouvrages 410

B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs 412

C. Textes normatifs 418

*1). Textes constitutionnels 418*

*2). Textes de droit de l'Union européenne 419*

*3). Lois organiques, lois et codes 420*

*4). Autres textes 422*

D. Décisions de juridictions et entités diverses 422

*1). Conseil constitutionnel 422*

*2). Conseil d'Etat 426*

*3). Autres juridictions et entités quasi-juridictionnelles 428*

E. Documents officiels 429

F. Documents divers 429

II. DOCUMENTS EN LANGUE ALLEMANDE 430

A. Ouvrages 430

B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs 433

C. Textes normatifs 448

*1). Textes constitutionnels 448*

*2). Autres textes 449*

*a). Textes fédéraux 449*

*b). Textes locaux 450*

D. Décisions juridictionnelles 452

*1). Cour constitutionnelle fédérale allemande 452*

*2). Cour administrative fédérale allemande 455*

*3). Autres décisions* *455*

E. Documents officiels 455

III. DOCUMENTS EN LANGUE ANGLAISE 456

A. Ouvrages 456

B. Articles et contributions dans des ouvrages collectifs 458

C. Textes normatifs 468

*1). Acts of Parliament* *468*

*2). Législation secondaire et actes administratifs* *472*

D. Décisions de juridictions 474

*1). Cour suprême* *474*

*2). Chambre des Lords* *474*

*3). Autres juridictions* *475*

E. Documents officiels 476

**TABLE DES MATIERES 479**