

Ce document est librement téléchargeable sur la page web du CDPC : http://www.uparis2.fr/30049092/0/fiche_article/&RH=CDPC-ACTIV. Pour le citer : WAKOTE Reine, « L'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs en Allemagne, une évaluation de la loi fédérale du 5 septembre 2005 », Conférence-débat du CDPC intitulée « Le principe de transparence dans les procédures administratives », Cycle « Les valeurs du droit public », 6 mars 2014, URL, date de consultation.

L'EFFECTIVITE DU DROIT D'ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS EN ALLEMAGNE, UNE EVALUATION DE LA LOI FEDERALE DU 5 SEPTEMBRE 2005

Reine Wakote

Dans un climat où la France est constamment comparée à l'Allemagne, il n'est pas anodin de relever qu'un droit général d'accès aux documents administratifs n'a été proclamé en Allemagne qu'en 2005, alors que ce droit était garanti en France dès la fin des années soixante-dix, avec la loi du 17 juillet 1978 instaurant la CADA¹.

Deux remarques préliminaires doivent être émises au sujet de la loi fédérale du 5 septembre 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et organisant, textuellement, « la liberté d'information » ou *Informationsfreiheitsgesetz (IFG)*².

En premier lieu, cette loi est strictement d'origine allemande, en ce sens qu'elle n'a pas été adoptée en vue de la transposition d'une quelconque directive européenne³. Plus largement, le droit européen n'a eu que peu d'impact en la matière, si l'on relève que les recommandations du Conseil de l'Europe, notamment celle de 1981 ou encore celle de 2002⁴ n'emportaient aucun effet contraignant en matière d'accès aux documents administratifs. Néanmoins, la loi fédérale du 5 septembre 2005 a été largement inspirée par de nombreuses législations adoptées antérieurement dans ce domaine par les Länder⁵.

En second lieu, la loi de 2005 proclame pour la première fois au profit des particuliers un droit général d'accès aux documents détenus par les seules administrations fédérales.

La reconnaissance tardive au niveau fédéral d'un droit d'accès aux documents administratifs peut paraître étonnante, voire paradoxale, en Allemagne, État dont le système juridique est présenté comme attaché à la protection des droits publics subjectifs.

Cependant, cette situation s'explique en partie, justement, par le fait que le système juridique allemand est principalement construit sur la notion de droits publics subjectifs. De ce fait, si aucun droit général d'accès aux documents administratifs n'était consacré au niveau fédéral, la loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*), adoptée en 1976, garantissait, néanmoins, dans son § 29, un droit d'accès aux documents administratifs, à la condition que le document sollicité auprès de l'administration serve à la garantie d'un droit public subjectif.

¹ La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 reconnaît à toute personne le droit d'obtenir communication des documents détenus par une administration, dans le cadre de sa mission de service public, quels que soient leurs formes ou leurs supports.

² Loi du 5 septembre 2005, *Informationsfreiheitsgesetz, BGBI* I, p.2722.

³ Notamment la directive européenne du 28 janvier 2003 concernant l'accès à l'information du public en matière d'environnement et abrogeant le précédent texte du 7 juin 1990 (directive n° 90/313) ; voir aussi la loi aménageant l'accès aux documents administratifs en matière de consommation et de protection des consommateurs et dont les sources européennes sont incontestables.

⁴ Conseil de l'Europe, Recommandation n° 854 (1979) du 25 novembre 1981, modifiée par la Recommandation du 21 février 2002, concernant l'accès aux documents et à l'information détenus par l'administration.

⁵ Antérieurement à la loi fédérale de 2005, quatre Länder avaient adopté une loi en ce sens : Brandebourg, loi du 11 mars 1998 ; Berlin, loi du 16 octobre 1999 ; Schleswig-Holstein, loi du 10 février 2000 ; Rhénanie-du-Nord-Westphalie, loi du 1^{er} janvier 2002. À ce jour, onze des seize Länder sont dotés de législations comparables ; ces lois s'appliquent alors à la communication des seuls documents détenus par les administrations des Länder.

Durant l'année 2013, la loi de 2005 a donné lieu à de vifs débats en Allemagne. Il est vrai que sept ans après son entrée en vigueur, la Commission fédérale chargée de veiller à son application disposait d'une période suffisamment large pour dresser, dans ses Rapports d'activité et d'évaluation, un état des lieux pertinent. L'appréciation de l'effectivité de la loi de 2005 impose que l'économie du texte soit au préalable brièvement exposée (I) afin de pouvoir cerner l'attitude des administrations fédérales face à sa mise en œuvre (II).

I. L'économie générale de la loi fédérale du 5 septembre 2005

La loi de 2005 aménage donc un droit d'accès général des citoyens aux documents détenus par les seules administrations fédérales.

La notion d'« administration fédérale » est largement entendue dans la loi de 2005, puisqu'elle intègre tant les personnes morales de droit public, c'est-à-dire les organes et institutions fédérales, que les personnes physiques ou morales de droit privé, dès lors que celles-ci interviennent dans les missions de droit public accomplies par l'administration en cause (§ 1. 1).

La notion de « liberté d'information » est, elle aussi, largement entendue, puisqu'il peut s'agir aussi bien de document papier que de tout type d'information quel que soit le support (§ 1. 2), dès lors qu'ils s'inscrivent dans un « but d'administration (*amtlicher Zweck*) ».

La demande de communication n'est soumise à aucune condition de forme particulière.

A. Documents communicables

Comme en France, la notion de document administratif ne s'applique pas aux documents préparatoires, aux notes et aux simples projets de décision (*Entwürfe, Notizen*) qui ne s'intègrent pas dans un processus décisionnel (*Vorgang*). De même, les documents ayant trait à la procédure juridictionnelle ou à la prévention de la criminalité ne sont pas considérés comme des documents administratifs (§ 4).

Par ailleurs, alors qu'ils constituent des documents administratifs, certains documents sont exclus de la « liberté d'information », en raison de la nécessité de protéger le secret professionnel ou celui des affaires (§ 6) ou encore en raison de leur « caractère sensible ou confidentiel » (§ 3)⁶ et constituent ainsi une exception au droit d'accès⁷.

B. Modalité des réponses des administrations fédérales

L'information ou le contenu du document peut être communiqué oralement, par écrit ou par voie électronique (*mündlich, schriftlich oder elektronisch*, (§ 7. 3)). En cas de communication sur place, le demandeur peut prendre des notes, effectuer des copies (§ 7. 4).

Eu égard aux intérêts du demandeur, le document ou information doit être communiqué immédiatement (*unverzüglich*), au plus tard la communication doit être intervenue dans le délai d'un mois (§ 7. 5, voir aussi § 9). La décision doit alors indiquer où le demandeur peut se voir communiquer le document ou l'information sollicitée.

⁶ Sont ici concernées : les relations internationales, la sécurité intérieure et extérieure de l'État, les affaires militaires ou relevant de la Défense, les relations commerciales...

⁷ L'administration communique alors, par écrit, au demandeur et au tiers sa décision définitive par rapport à la communication sollicitée (§ 8. 2) ; la communication ne peut alors avoir lieu que lorsque la position de l'administration est devenue définitive (*bestandkräftig*), ou lorsque l'exécution immédiate a été ordonnée et ce après expiration d'un délai de deux semaines après communication d'une telle ordonnance au tiers (§ 8. 2).

Les informations ou documents concernant les tiers ne peuvent être communiqués qu'après que l'administration a, dans le délai d'un mois, recueilli l'avis du tiers quant à la communication sollicitée (§ 8)⁸.

En cas de refus de l'administration de communiquer, la Commission fédérale de la protection des données et du droit à l'information peut être saisie par le demandeur.

C. La Commission fédérale de la protection des données et du droit à l'information

Contrairement à la France, où coexistent deux autorités administratives indépendantes, la CADA et la CNIL, il revient à une même autorité, la BfDI (*Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, BfDI*)», de veiller à l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs garanti par la loi de 2005 et à celle de la protection des données à caractère personnel soumises à des traitements automatisés⁹. Dès l'entrée en vigueur de la loi de 2005, Peter Schaar, alors à la tête de la Commission chargée de la protection des données informatisées à caractère personnel, avait été élu Commissaire fédéral de la protection des données et du droit à l'information, et ce de manière consensuelle, par le Bundestag. Andrea Voßhoff lui a succédé en décembre 2013 après de vives débats et critiques au Parlement¹⁰.

En réalité, il est difficile de qualifier l'autorité allemande d'autorité administrative indépendante au même titre que la CADA. En effet, bien que son indépendance soit textuellement reconnue dans l'exercice de ses fonctions, cette indépendance est à géométrie variable par rapport à la CADA (la BfDI reste très liée au ministère de l'intérieur et au gouvernement (autorité compétente pour l'organisation du service (*Dienstaufsicht*) et autorité de tutelle (*Rechtsaufsicht*)¹¹. Contrairement à la CADA, la BfDI ne peut pas adresser des instructions ou recommandations à l'administration. Contrairement aux mécanismes adoptés en France¹², la saisine de la BfDI n'est pas un préalable à la saisine du juge administratif ; ce faisant, sa saisine ne suspend pas non plus les délais de recours contentieux. Enfin, la BfDI est tenue de remettre un Rapport annuel au ministre de l'intérieur et au Bundestag¹³ et chaque administration fédérale reste libre de suivre ou non les recommandations contenues dans le Rapport.

Si la BfDI ne dispose d'aucune prérogative ou de compétence pouvant être immédiatement exercée face au refus de communication de la part d'une administration fédérale, cependant, le refus de communication peut être porté à l'appréciation du juge administratif, dans le cadre d'un recours sur contredit (*Widerspruch*) ou l'action tendant à l'obtention d'une décision administrative (*Verpflichtungsklage*). Ces recours sont, en principe, identiques à ceux qui peuvent être actionnés dans le cadre des lois adoptées en matière d'accès aux documents administratifs par les Länder.

S'agissant de l'évaluation de la loi de 2005, les deux derniers Rapports d'activité publiés par la BfDI sont riches d'enseignements sur l'attitude de l'administration fédérale face à ce texte.

⁸ L'administration communique alors, par écrit, au demandeur et au tiers sa décision définitive par rapport à la communication sollicitée (§ 8. 2) ; la communication ne peut alors avoir lieu que lorsque la position de l'administration est devenue définitive (*bestandkräftig*), ou lorsque l'exécution immédiate a été ordonnée et ce après expiration d'un délai de deux semaines après communication d'une telle ordonnance au tiers (§ 8. 2).

⁹ Cette double compétence peut paraître paradoxale, dès lors qu'en Allemagne une même autorité est chargée, à la fois, de veiller à la protection de données personnelles et d'assurer la communication des documents administratifs.

¹⁰ Notamment en raison de ce que celle-ci avait clairement exprimé, lors des débats en 2011 et 2012, être favorable à la possibilité pour l'administration de conserver l'ensemble des données dont elle disposait sur les particuliers.

¹¹ § 22 IV Bundesdatenschutzgesetz, BDSG.

¹² L'article 20 al. 4 de la loi du 17 juillet 1978 dispose ainsi « *La saisine pour avis de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux* ».

¹³ § 26 I Bundesdatenschutzgesetz, BDSG.

II. Une administration fédérale peu favorable à la transparence

Dès l'adoption de la loi de 2005, le ministère de l'intérieur avait recueilli les premiers éléments statistiques relatifs à son application. À partir de 2007, un groupe de travail a été mis en place. Il réunit, une fois par semestre, au ministère de l'intérieur, les responsables des administrations fédérales et le Commissaire fédéral de la protection des données et du droit à l'information pour débattre de l'application de la loi de 2005. Les deux derniers Rapports d'activité et d'évaluation de la BfDI demeurent des plus instructifs sur l'application de la loi de 2005 (Rapport sur la période de 2010-2011, publié le 24 avril 2012 ; Rapport sur la période 2011-2012, publié le 24 avril 2013)¹⁴.

A. Les rapports d'activité de la BfDI

Au-delà du succès incontestable de la loi de 2005 auprès des citoyens, les deux Rapports d'activité de 2011 et de 2012 soulignent aussi l'attitude peu favorable et donc peu transparente des administrations fédérales au principe de la communication.

Dans le rapport d'activité 2010-2011, publié le 24 avril 2012, la BfDI avait recensé 3 280 demandes d'accès à l'information et à des documents détenus par les administrations fédérales, soit une hausse de plus de 110% par rapport à la période antérieure de 2009-2010, soit 1 557 demandes. Globalement, la BfDI avait relevé dans ce Rapport que cette augmentation concernait en premier lieu les administrations relevant du ministère des finances, voire directement le ministère des finances : 248 demandes fin 2010 et 1 179 fin 2011. Ces demandes étaient pour l'essentiel motivées par la crise économique et à la crise de l'euro. Les demandes concernaient, dans un second temps, le ministère de l'intérieur et se rapportaient à des documents relatifs à la prévention de la corruption. De manière générale, les demande de communication se rapportaient à des situations bien concrètes et étaient précises, bien rédigées bien orientées.

Dans le dernier rapport d'activité pour 2012, publié le 24 avril 2013, 6 077 demandes ont été recensées et un peu moins de la moitié a fait l'objet d'une communication. En revanche, la commission y déplore que seul un quart des demandeurs précisent réellement l'objet de leurs demandes par rapport aux documents ou aux informations sollicités.

Les deux rapports relèvent que les journalistes et les associations constituent des catégories particulières, dans la mesure où les administrations fédérales opposent fréquemment des refus à leurs demandes de communication. Enfin, le rapport d'activité pour 2012 met en lumière le scepticisme désormais palpable et de principe manifesté par les administrations fédérales à l'égard des demandes d'information, et les manœuvres d'évitement mises en œuvre par elles.

B. Les manœuvres d'évitement élaborées par les administrations fédérales

Les administrations fédérales ont élaboré des manœuvres d'évitement en ne communiquant que les demandes ne présentant pas de difficulté particulière.

En premier lieu, dans la pratique, elles noircissent de très nombreux passages de documents avant leur communication, alors même que les conditions n'étaient pas requises. De plus, elles ne communiquent que lorsque le temps passé à noircir n'est pas trop important. Si tel est le cas, elles refusent de communiquer !

En deuxième lieu, le rapport pour 2012 relève que les administrations fédérales n'ont pas majoritairement organisé, en interne, la gestion des demandes de communication. Ces demandes ne sont ainsi gérées que lorsque les agents ont effectué leurs tâches classiques et s'ils disposent du temps pour ce faire.

En troisième lieu, la BfDI reste critique face à l'interprétation trop large des exceptions prévues par la loi de 2005 pour ne pas communiquer et à laquelle se livrent les administrations fédérales.

¹⁴ Les Rapports sont consultables sur le site de la Commission : <<http://www.bfdi.bund.de>>.

A ce titre, la BfDI constate que de nombreux refus de communiquer sont motivés par « le caractère sensible ou confidentiel » des documents sollicités, sans que cela ne soit réellement étayé¹⁵.

En quatrième lieu, la BfDI constate que beaucoup de documents ou d'informations sont classés, en amont, par les administrations fédérales centrales comme relevant du secret professionnel ou d'intérêts nationaux. Il en résulte que l'administration fédérale sollicitée, en aval, ne peut pas apprécier par elle-même le fondement du secret ou de l'intérêt national, ni même faire le tri entre ce qui pourrait être communiqué ou non.

Enfin, certaines administrations fédérales s'estiment *de facto* exclues de l'application de la loi de 2005¹⁶ ! Il s'agit des administrations relevant de la Défense, du ministère de l'économie et du commerce international. Au regard de ces pratiques, P. SCHAAAR avait insisté, lors de la remise du rapport de 2013, sur ce que « *la transparence [devait] être un principe et non une exception* »¹⁷ !

Le rapport pour 2012 concentre aussi ses critiques sur les frais pratiqués par les administrations face aux demandes de communication ont attiré l'attention dans le dernier rapport.

C. L'usage exorbitant des frais de communication comme moyen de dissuasion

La version initiale de la loi de 2005 mentionnait que des frais pouvaient être perçus pour la communication « d'actes officiels (*Amtshandlungen*) »¹⁸. Cependant ces frais ne devaient pas avoir pour effet de vider le droit d'accès aux documents administratifs de sa substance.

Le rapport pour 2012 relève qu'un quart des demandes est soumis à de tels frais, alors qu'ils auraient dû rester exceptionnels. En ce qui concerne le ministère du travail, plus de la moitié des demandes sont soumis à des frais supérieurs à 100 euros, et certaines communications sont facturées jusqu'à 500 euros, sans réel fondement ! De sorte qu'en recevant par avance la facture, les particuliers retirent leurs demandes de communication¹⁹ !

Devant la pratique de l'administration dont les fondements sont difficilement appréciables, la loi de 2005 a été modifiée par le texte du 7 août 2013. Désormais ces frais ne peuvent être perçus que pour « des prestations publiques imputables à titre individuel (*individuell zurechenbare öffentliche Leistungen*) »²⁰.

Les frais de communication sont ainsi utilisés par certaines administrations comme un moyen pour décourager les demandes de communication de la part des citoyens, en particuliers celles des journalistes, catégorie. En effet, l'administration est particulièrement rétive et méfiante face à leurs demandes de communication, dans la mesure où elle s'interroge sur l'utilisation finale des documents et craint de nourrir de futurs scandales.

La modification de 2013 tend ainsi à individualiser le plus possible les frais que l'administration entend imputer aux demandes de communication de documents administratifs. Désormais, elle serait en principe tenue d'indiquer les prestations (investigation, copies, tri) qui, dans le cadre de la demande, ont engendré des coûts de gestion administrative pour elle.

¹⁵ La BfDI s'est étonnée du refus de la caisse nationale des médecins (*Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV)*) de communiquer des documents en rapport avec les honoraires au motif qu'ils avaient un caractère confidentiel et que leur communication pouvait porter atteinte au principe de confiance légitime (*Vertraulichkeit*) ! La Commission fédérale s'est interrogée sur le refus du gouvernement fédéral de communiquer les documents relatifs à l'accord qu'il avait passé avec le Comité olympique allemand sur l'objectif de médailles aux JO de Londres en 2012, critère du soutien financier fédéral aux athlètes !

¹⁶ Voir aussi *Informationsfreiheitsgesetz: Achtung! Geschäftsgemiss*, Die Zeit 18 avril 2013, n° 17/2013.

¹⁷ Entretien accordé par Peter SCHAAAR à l'hebdomadaire Die Zeit le 18 avril 2013 et consultable, notamment, sur le site de la BfDI

<<http://www.bfdi.bund.de/IFG/Oeffentlichkeitsarbeit/RedenUndInterviews/2013/TransparenzSollteGrundsatzSeinNichtAusnahme.html?nn=411778>>.

¹⁸ Sur les frais applicables, voir le § 10 I de la loi de 2005.

¹⁹ Dans l'affaire des journalistes du WAZ (*Westdeutsche Allgemeine Zeitung*), leur demande de communication avait été facturée à près de 15 000 euros, alors qu'en principe le montant maximum aurait dû être de 500 euros, *WAZ-Journalisten verklagen Minister Friedrich*, consultable sur <<http://meedia.de/2013/06/14/waz-journalisten-verklagen-minister-friedrich/>>.

²⁰ Loi de 2005 modifiée par l'article 2 § 6 de la loi du 7 août 2011, BGBl. I. p.3154.

Par ailleurs, pour mettre un terme à cette attitude contraire à l'esprit même de l'IFG, l'ancien directeur de la BfDI, Peter SCHAAR avait préconisé, dans le Rapport remis en 2013, d'inverser le principe de la communication : actuellement l'administration n'est tenue de ne communiquer que sur demande ; à l'avenir, elle serait tenue d'assurer la communication permanente par la publication autonome de tous les documents détenus par elle, notamment en les publiant en ligne²¹.

La loi de 2005 apparaît peu contraignante pour les administrations fédérales, dès lors qu'elles ne subissent aucune contrainte de la part de la BfDI, si ce n'est lors de la divulgation de leurs pratiques internes dans le Rapport d'activité rédigé par la BfDI... Rapport qui, en principe, est publié, malheureusement, longtemps après les demandes et apparaît souvent tardif. Et malgré les propos rassurants de Peter Schaar lequel avait déclaré que « *la Commission avait pour mission de rendre l'action publique et étatique transparente et de renforcer la confiance entre les citoyens et les institutions étatiques* »²², il doit être souligné que la transparence n'a pas encore intégré le mode de fonctionnement des administrations fédérales.

Le contrôle du juge administratif sur le refus de communiquer apparaît donc comme le moyen le plus efficace d'amener les administrations fédérales à une plus grande transparence. Son arrêt du 3 novembre 2011 est ainsi venu étendre la notion d'actes administratifs qui, dans le cadre de l'activité ministérielle, doivent être communiqués²³.

Or, les particuliers privilégient la voie de droit offerte par le § 29 de la loi sur la procédure administrative non contentieuse plutôt que la saisine du juge administratif, sur le fondement de la loi de 2005.

En effet, lorsqu'il est saisi sur le fondement du § 29 de la loi sur la procédure administrative non contentieuse, non seulement le juge administratif exerce un contrôle renforcé sur le refus de communiquer notifié par l'administration, mais il se montre aussi plus favorable aux administrés, dès lors que ceux-ci soutiennent que le document sollicité peut éventuellement servir à la défense de leurs droits.

En définitive, la loi de 2005, garantissant le droit d'accès aux documents administratifs et censée assurer la transparence dans le fonctionnement des administrations fédérales, n'a pas encore totalement atteint ses objectifs, comme l'illustre l'attitude des administrations fédérales.

Bibliographie indicative :

Jörn IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vaahlen, Munich, 2012, 8^{ème} éd., pp. 223-231 (sp. 227-231)

Friedrich SCHOCH, *Informationsfreiheitsgesetz Kommentar*, C.-H. Beck, Munich, 2009, 854p. ; 2^{nde} éd. à paraître en 2014

Michaël KLÖPFER, Kai Von LEWINSKI, *Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG)*, DVBl. 2005, p.1277

ALFRED G. DEBUS, *Gebühren für Informationen nach dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes - Aktuelle Probleme, Erhebungspraxis, Rechtsvergleich und Reformvorschlag*, DVBl. 2013, p.9

Annette GUCKELBERGER, §§ 10, 12 IFG, § 12 UIG, in Jürgen FLUCK et Andreas THEUER (dir.), *Informationsfreiheitsrecht IFG/UIG/VIG Kommentar*

²¹ Ceci ne fait en réalité que renvoyer à la loi de 2005 qui prévoit déjà, comme en France, que les administrations fédérales doivent mettre en place un registre des diverses informations détenues par elles et communicables ; elles doivent assurer la diffusion de ce registre par voie électronique (§ 11).

²² In *Informationsfreiheitsgesetz des Bundes Text und Erläuterungen* (document édité par la BfDI), 3^{ème} éd. novembre 2011, p.4, consultable sur le site de la BfDI :

< http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Infobroschueren/INFO2.pdf?__blob=publicationFile >

²³ BVerwG 3 novembre 2011, n° 7 C4.11.