

Réflexions sur la démocratisation des relations extérieures à l'aune du contentieux de l'accès aux documents / Reflections on the Democratisation of External Relations in the Light of the Case Law on Access to Documents

Hugo Flavier

Abstract

The limited transparency of public authorities' actions in the field of foreign policy has long been anchored in political and legal practice. The reasons for the hostility to transparency can be found both in political philosophy and in the requirements of protecting the secrecy of international relations. This tradition of secrecy, however, today constitutes an obstacle for democracy, an ideal closely linked to the principle of transparency. These difficulties of articulation of secrecy and transparency are particularly significant for the European Union. On the one hand, the strengthening of transparency has been conceived as a means for compensating for the EU's lack of legitimacy. On the other hand, the fact that the EU was built on law rather than on the idea of power probably contributed to the development of this requirement of transparency. A European Union that wishes – or claims – to be to a certain extent exemplary cannot ignore the demands of transparency.

This ambition of transparency, which carries with it quite laudable objectives, meets with some obstacles. In the specific field of external relations, secrecy is an attribute of power. In the relations between subjects of international law, secrecy and the possession of information constitute fundamental strategic weapons. It is clear that in recent years the European Union no longer hesitates to consider itself – and act – as a power. The logics of power, transparency and democracy can collide, and this conciliation of opposites is apparent in the context of litigation of access to documents in the field of external relations.

The purpose of this article is to assess the degree of democratization of external relations, through a systematic analysis of the jurisprudence of the Court of Justice on access to documents, in order to examine to what extent this access is desirable and possible. This study suggests that the judi-

cialisation of external relations has made it possible to strengthen the democratization of the Union, from an institutional perspective, by favouring Parliament's access to information. In so doing, the Court has indirectly enriched the Union's "political law". This democratization, determined by the case-law, has also been perceptible in a dimension of the rule of law that directly affects individuals: the jurisdictional guarantees offered during litigation on restrictive measures. Despite some progress in these two dimensions of litigation over access to documents, the reflections on the democratization of external relations lead to rather pessimistic conclusions, since mistrust seems to remain the keyword in the field of access to documents.

La transparence de l'action publique et à travers elle, de l'action des gouvernants, est un élément indissociable de la conquête démocratique. Cette transparence a ainsi innervé l'ensemble des pouvoirs d'État, particulièrement s'agissant du législatif et de l'exécutif. Certes, l'ouverture de ces pouvoirs aux citoyens ne s'est pas généralisée *ab initio*. Elle s'est faite de manière incrémentale en commençant par le pouvoir législatif, lieu des débats par excellence, de la controverse et de la discussion politiques¹. Elle s'est également diffusée grâce au renforcement de l'obligation de transparence de l'exécutif même si, force est de reconnaître que cet acquis ne fut obtenu qu'à la suite d'une lente transformation (inachevée) de son action, de son rapport aux citoyens et de sa soumission au droit². En particulier, il est des domaines pour lesquelles cette quête de transparence – et l'on pourrait parfois parler de dogme de la transparence³ – ne s'est développée que partiellement. À cet égard, le domaine des relations extérieures fait figure d'archétype.

L'idée selon laquelle les relations extérieures seraient un domaine qui devrait par nature échapper au contrôle et à la vigilance des citoyens est une idée ancienne. Dès le XVII^e et le XVIII^e siècle, la philosophie politique européenne construisit un cadre théorique justifiant et expliquant cet

1 S. Milacic, *De l'âge idéologique à l'âge politique. L'Europe postcommuniste vers la démocratie pluraliste*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

2 J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Tome 35, 4^e éd., Paris, LGDJ-Lextenso, 2014.

3 G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, vol. 97, n° 2/2001, p. 17.

encadrement de la démocratie. On se limitera ici à citer J. J. Rousseau qui estimait ainsi que « l'exercice extérieur de la puissance ne convient point au peuple; les grandes maximes d'État ne sont pas à sa portée; il doit s'en rapporter là-dessus à ses chefs, qui, toujours plus éclairés que lui sur ce point, n'ont guère intérêt à faire au dehors des traités désavantageux à la patrie »⁴. Outre l'argument relatif à l'incompétence naturelle des citoyens, celui tenant à la nécessité de préserver un certain secret autour des relations extérieures est généralement invoqué. Cette exigence du secret trouve de nombreuses justifications : la protection des sources d'informations obtenues potentiellement par les services de renseignement nationaux, la tactique de négociation choisie ou l'exigence d'unité pour consolider la position nationale, etc. Ces contraintes, unanimement partagées, vont directement à l'encontre des nécessités démocratiques et se retrouvent au sein de l'Union européenne.

La demande de transparence n'a cependant cessé de croître et, dans l'Union européenne, celle-ci a été particulièrement significative, peut-être plus que dans certains États comme la France. D'une part, le renforcement de la transparence a été conçu comme un moyen de compenser le déficit de légitimité de l'Union. La légitimité de l'Union ne pouvant venir de l'histoire (la construction européenne étant trop récente), et les élections au Parlement européen n'étant pas perçues (à tort ou à raison) comme conférant une véritable légitimité, la transparence a constitué l'un des leviers d'action. D'autre part, le fait que l'Union européenne se soit construite sur le droit plus que sur l'idée de puissance a probablement contribué au développement de cette exigence de transparence. Il faudra pourtant attendre le traité de Maastricht et sa Déclaration n°17, pour que les États membres reconnaissent « que la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confi-

4 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, Paris, Félix Alcan, 1896, p. 50. Cette spécificité des relations extérieures, de ce qui relève des « affaires du dehors » est tout à fait classique. Tel est cas de Hobbes, *Le Léviathan*, notes de F. Tricaud, Paris, Sirey, 1983, spécialement chap. XIII, « De la condition naturelle des hommes en ce qui concerne leur félicité et leur misère », et notamment p. 124; Spinoza, *Traité politique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1968, chap. III, § XI; Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, édition bilingue, 2002, deuxième section; Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1989, n° 333; R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1984, p. 19.

ance du public envers l'administration »⁵. Cette affirmation, qui prolonge des réflexions engagées au sein du Conseil de l'Europe⁶, insiste sur l'une des caractéristiques fondamentales de la transparence de l'action publique : faire en sorte que l'action des pouvoirs publics, quel qu'en soit l'objet, quelle qu'en soit l'administration, agisse de manière ouverte et publique. Il s'agit en quelque sorte d'un principe de bienveillance administrative qui ne trouve pas sa finalité en lui-même, mais en-dehors, et vise à rehausser la qualité démocratique d'une société politique. Ce principe, ou plutôt cette exigence de transparence, se concrétise pour l'essentiel par deux droits, indissociables : l'accès aux documents administratifs et la motivation des décisions administratives. Ces deux droits, que la Charte des droits fondamentaux rattache au principe – plus large – de bonne administration⁷, donnent ainsi une substance à l'exigence générale de transparence, exigence à laquelle le traité de Lisbonne se réfère à de nombreuses reprises, et en particulier en son article 15 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et indirectement par l'article 298 TFUE⁸.

Outre ces références conventionnelles à la transparence⁹, de nombreux actes se sont employés à la renforcer au cours de ces dernières années dans le domaine des relations extérieures, suite à une pression continue du Parlement européen. De nombreux accords interinstitutionnels ont ainsi été conclus. Il s'agit par exemple de l'accord-cadre du 4 octobre 2010 dans lequel le Parlement européen a obtenu que la Commission l'informe, en continu, du déroulement et des négociations, en sachant que ces informa-

5 Exigence réaffirmée par la Déclaration n°41 annexée au traité d'Amsterdam.

6 V. la recommandation n° R (81) 19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques adoptée le 25 novembre 1981. Celle-ci a été enrichie par Recommandation Rec (2002)2 du Comité des Ministres sur l'accès aux documents publics, adoptée le 21 février 2002.

7 A ce sujet, v. E. Chevalier, *Bonne administration et Union européenne. Contribution à l'étude de l'espace administratif européen*, Thèse, Université de Limoges, 2010.

8 De même, v. l'article 11, paragraphe 2, TUE : « les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile ». Et le paragraphe 3 d'ajouter : « en vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission européenne procède à de larges consultations des parties concernées ».

9 Auxquelles on peut ajouter l'article 218, paragraphe 10, TFUE selon lequel « le Parlement européen est immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure » de conclusion des accords internationaux.

tions devaient couvrir « le projet de directives de négociation, les directives de négociation adoptées ainsi que le déroulement et la conclusion des négociations ». De même, a-t-il conclu avec le Conseil, le 12 mars 2014, un accord « relatif à la transmission au Parlement européen et au traitement par celui-ci des informations classifiées détenues par le Conseil concernant des questions autres que celles relevant de la politique étrangère et de sécurité commune ». Ce dernier organise de façon minutieuse les conditions dans lesquelles les députés auront accès aux informations classifiées, y compris les directives de négociation (art. 1^{er}). Cet accord, concrétisant le devoir de coopération loyale, affermit, si besoin en était, l'importance que le Parlement attache à la transparence des relations extérieures, en tant qu'elle constitue le « fondement de la démocratie et une condition indispensable à son exercice »¹⁰. Enfin, le Parlement a conclu, le 20 novembre 2002, un accord avec le Conseil relatif à l'accès du Parlement européen à des informations sensibles du Conseil dans le domaine de la politique de sécurité et de défense. Le Parlement mettait d'ailleurs en avant l'argument du droit comparé selon lequel « dans la plupart des États membres, il existe des mécanismes spécifiques pour la transmission et le traitement d'informations classifiées entre les gouvernements et les parlements nationaux » et que l'accord en question « devrait assurer au Parlement européen un traitement s'inspirant des meilleures pratiques en vigueur dans les États membres ». Cette demande se retrouve également dans le Règlement du Parlement de 2004¹¹ et dans l'accord-cadre conclu avec la Commission en 2010¹².

10 Décision du Parlement du 13 sept. 2012 sur la conclusion de cet accord interinstitutionnel, P7_TA(2012)0339. Sur le principe de coopération loyale, v. E. Nefframi, « The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations », *Common Market Law Review*, vol. 47 n°2/2010, p. 323.

11 Article 89.

12 Il prévoit, au point 9, que « dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité commune, de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, la Commission prend des mesures propres à améliorer la participation du Parlement, de manière à tenir compte des vues de celui-ci dans la mesure du possible ». À propos de cet accord-cadre, v. C. Rapoport, « Aménager les procédures ou s'arranger avec les procédures? À propos du nouvel accord-cadre Parlement européen-Commission », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n° 550/2011, p. 461.

La référence principale en matière d'accès aux documents des institutions demeure toutefois le règlement n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission¹³. Son importance tient non seulement au fait qu'il contient des obligations générales à l'égard de l'ensemble des institutions, mais aussi qu'il est régulièrement invoqué devant la Cour de justice et fait l'objet d'une pratique contentieuse suffisamment abondante pour donner un aperçu des enjeux de la transparence en matière de relations extérieures. Son importance tient aussi au fait qu'il est le témoignage d'une époque, celle de la juridictionnalisation grandissante des relations extérieures. Le temps où ce qui relevait de la *high politics* ne pouvait qu'être réglé dans les couloirs des chancelleries ou sur une décision du Prince a bel et bien disparu. Désormais, la justice est mise au concours du fonctionnement des relations extérieures et les acteurs n'hésitent pas à s'en servir pour défendre judiciairement soit des positions politiques, soit tout simplement la défense de droits qu'ils estiment bafoués. Cette montée en puissance du contentieux de l'accès aux documents en matière de relations extérieures est le résultat d'une augmentation des recours dans deux catégories de contentieux bien distinctes. En premier lieu, une partie des recours a pour origine des demandes du Parlement européen ou de ses membres qui, n'ayant pu obtenir politiquement satisfaction à ses demandes d'accès, tentent de faire défendre judiciairement certaines positions politiques¹⁴. Le Parlement européen part du principe, et on peut le comprendre, qu'une démocratie vivante est une démocratie informée et en mesure de prendre des décisions, y compris lorsque les relations internationales de l'Union sont en cause. Ainsi, le Parlement considère qu'il ne peut utilement exercer ses missions de contrôle qu'à la seule condition qu'il soit correctement informé, ce qui implique mécaniquement un accès aux informations.

13 Règlement du Parlement et du Conseil n° 1049/2001/CE du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *JO L* 145 du 31 mai 2001, p. 43. À ce sujet, v. M. Maes, « L'accès du public aux documents des Institutions de la Communauté européenne : vers une révision du règlement (CE) 1049/2001 », *Revue du droit de l'Union Européenne*, n° 2/2007, p. 411; P.-A. Feral, « L'accès du public aux documents des institutions communautaires : la consécration d'un droit fondamental de l'Union européenne », *Europe*, n° 7 /2001, p. 5.

14 A ce sujet, v. H. Flavier, « Parlement européen et relations extérieures : une révolution démocratique en marche? », *Revue trimestrielle de droit européen*, volume 52, n° 2/2016, p. 293.

En ce sens, les batailles juridiques qui ont lieu entre le Parlement d'un côté, et la Commission et le Conseil de l'autre, sont le signe d'une construction et d'une consolidation d'un droit politique de l'Union, entendu comme « le droit de l'organisation et de l'institutionnalisation des processus politiques »¹⁵. Si l'on considère que l'accès à l'information des parlementaires est une condition essentielle à l'épanouissement d'une démocratie vivante, alors il faut considérer que le contentieux de l'accès aux documents vise non seulement à démocratiser les relations extérieures mais aussi à renforcer la place du Parlement dans ce domaine si particulier d'où il a longtemps été écarté.

Mais ce contentieux de l'accès aux documents ne se résume pas à cette lutte constitutionnelle entre le Parlement et les deux autres branches du triangle institutionnel et à la communication aux citoyens de certains documents. Il se prolonge donc, en second lieu, dans le cadre plus subjectif de la défense des droits fondamentaux et, plus précisément, dans celui du contentieux des mesures restrictives. L'accès aux documents est devenu l'un des principaux enjeux contentieux depuis que l'Union européenne a systématisé le recours aux sanctions et a fait des contre-mesures une véritable arme diplomatique. Ce contentieux est certes d'une nature différente de celui relatif à l'accès aux documents mais l'on remarque de forts points de convergence. Premièrement, les motifs invoqués pour refuser une communication de documents ou pour ne pas motiver la non-communication sont assez similaires : considérations diplomatiques, stratégiques, tradition du secret dans le domaine des relations internationales, etc. Deuxièmement, les actes invoqués peuvent être les mêmes. On remarque en effet, ces derniers temps, une tendance à l'invocation plus régulière du règlement n°1049/2001 dans le contentieux des mesures restrictives¹⁶. Troisièmement, dans les deux types de contentieux le lien entre l'accès aux documents et l'exigence – et la nécessité – de motivation est tout à fait similaire. Enfin, dans un cas comme dans l'autre, le développement du contentieux a permis de renforcer la nature démocratique de l'Union européenne en préservant les exigences d'un *due process* indissolublement lié à l'état de droit.

15 C. Gusy « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n°1/2008, <http://juspoliticum.com/article/Considerations-sur-le-droit-politique-26.html>.

16 En dernier lieu, v. arrêt de la Cour du 28 mars 2017, *Rosneft Oil Company*, C-72/15, EU:C:2017:236.

Dit autrement, la juridictionnalisation des relations extérieures dont le contentieux de l'accès aux documents en est l'une des manifestations, a relevé le degré de démocratisation des relations extérieures dans sa dimension institutionnelle, en enrichissant indirectement le droit politique de l'Union européenne (I), et dans sa dimension subjective à travers les garanties juridictionnelles offertes à l'occasion de l'examen contentieux de mesures restrictives (II).

I. La dimension institutionnelle : un contentieux générateur d'un droit politique

Le contentieux de l'accès aux documents est un contentieux étroitement lié à la réalisation juridictionnelle de principes démocratiques. Qui plus est, il s'inscrit dans une stratégie politique de renforcement des prérogatives du Parlement, lui-même institution fondamentalement démocratique. Dès lors, le développement de ce contentieux doit être compris comme une pierre portée à l'édifice de la démocratisation des relations extérieures (A). On ne saurait cependant se cantonner à cette seule approche positive. Il est difficile en effet de ne pas s'interroger, aujourd'hui, sur le seuil optimal d'articulation entre cette exigence de transparence et l'ambition déterminée de l'Union à faire valoir son statut de puissance internationale (B).

A. L'accès aux documents, ferment d'une démocratisation des relations extérieures

Le contentieux de l'accès aux documents en matière de relations extérieures s'est concentré sur les documents afférents aux négociations internationales menées par la Commission et le Conseil. L'exclusion du pouvoir parlementaire en ce domaine est un grand classique¹⁷. Il aura fallu au Parlement européen une persévérance certaine et une action contentieuse fournie, fondée pour l'essentiel sur le règlement n° 1049/2001, pour que celui-ci obtienne, en partie seulement, satisfaction. Rappelons que ce règlement prévoit deux exceptions à la communication des docu-

17 V. H. Flavier, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, collection droit de l'Union européenne, 2012.

ments qui peuvent se rapporter aux relations extérieures. D'une part, une série d'exceptions prévues à l'article 4, paragraphe 1, selon lequel « les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public, en ce qui concerne [...] la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, les relations internationale ». D'autre part, une exception tenant aux « avis juridiques » a également pu indirectement concerner les relations extérieures. Un refus de communication fondé sur l'appartenance des documents requis à la catégorie d'avis juridique, à la différence des précédentes, doit faire l'objet d'une justification plus rigoureuse de la part de l'institution sollicitée, puisqu'il ne vaut qu'à la seule condition « qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé » (article 4, paragraphe 2). On remarque ainsi que le règlement a laissé une liberté importante aux institutions dès lors que celles-ci considèrent que la divulgation du document pourrait porter atteintes aux relations extérieures. En toute logique, le juge de l'Union en a déduit qu'en ce domaine, les institutions disposaient d'une « large marge d'appréciation aux fins de déterminer si la divulgation de documents relevant des domaines couverts par lesdites exceptions est susceptible de porter atteinte à l'intérêt public »¹⁸. Partant, le contrôle du juge doit se limiter à l'erreur manifeste d'appréciation.

Le contentieux de l'accès aux documents a été en partie lancé, dans le domaine des relations extérieures, suite à l'activisme de la parlementaire Sophie In't Veld¹⁹. Dans une première affaire, il s'agissait d'un recours en annulation de la parlementaire contre une décision du Conseil n'autorisant

18 Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2007, *Sison*, C-266/05 P, EU:C:2007:75, point 34; Arrêt de la Cour du 3 juillet 2014, *Sophie In't Veld*, C-350/12 P, EU:C:2014:2039, point 63. En revanche, une fois qu'il est admis que le document demandé relève de l'exception considérée, l'institution en cause est dans l'obligation de refuser la communication dudit document (arrêt du Tribunal du 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet*, T-174/95, EU:T:1998:127, point 111).

19 Ce n'est pas la première fois qu'un parlementaire européen saisit la Cour de justice : v. arrêt de la Cour du 6 décembre 2001, *Heidi Hautala*, C-353/99 P, EU:C:2001:392, à propos de la décision du Conseil refusant l'accès au rapport du groupe de travail « Exportations d'armes conventionnelles ». De façon générale, un certain nombre d'arrêts ont déjà abordé, au moins partiellement, cette question. On se rapportera notamment, aux arrêts suivants : arrêt de la Cour du 22 janvier 2004, *Olli Mattila*, C-353/01 P, EU:C:2004:42, à propos de l'accès à une série de documents relatifs aux relations UE/Russie mais ne concernant pas une négociation d'accord spécifique; arrêt du Tribunal du 25 avril 2007, *WWF European Policy Programme*, T-264/04, EU:T:2007:114, au sujet d'une demande d'accès aux

qu'un accès partiel à un avis du service juridique rédigé en vue de l'ouverture des négociations de l'accord SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication)²⁰. Conscient des impératifs de la politique étrangère, le juge a estimé que ce domaine nécessitait « un degré de prudence tout particulier, eu égard notamment à la nature singulièrement sensible et essentielle de l'intérêt protégé »²¹. Il a ajouté toutefois que, dans une Union de droit, une certaine transparence était nécessaire afin « d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique »²². La réponse de la Cour se devait de trouver un équilibre entre ces exigences contradictoires. En substance, confirmant la décision du Tribunal, elle a estimé que les particuliers pouvaient avoir accès aux bases juridiques envisagées pour la conclusion d'un accord, sur le fondement du règlement n°1049/2001, mais que cet accès ne leur permettait pas de prendre connaissance des directives de négociation ou du contenu spécifique de l'accord envisagé. La position de la Cour est constante, puisqu'elle confirme la position prise dans une autre affaire *In 't Veld*, celle du 19 mars 2013 et tranchée par le Tribunal²³ où était en cause le traité ACTA (Accord commercial anti-contrefaçon/ Anti-Counterfeiting Trade Agreement) et pour lequel la Commission n'avait accédé qu'à certaines demandes de la requérante. Le Tribunal a donc conservé son hostilité de principe quant à la possibilité d'ouvrir l'accès au public aux directives de négociations. En particulier, le Tribunal a reconnu que la « divulgation des positions de l'Union dans les négociations [pouvait] permettre de connaître, indirectement, celles des autres parties aux négociations ». Or, « toute forme de négociation implique nécessairement un certain nombre de considérations tactiques de la part des négociateurs, et l'indispensable

documents traitant de la réunion du comité de l'article 133 consacrée aux suites de la conférence de Cancún; arrêt du Tribunal du 14 février 2012, *Allemagne / Commission*, T-59/09, EU:T:2012:75, à propos de l'opposition de l'Allemagne à la divulgation de ses propres documents par la Commission.

20 Arrêt du Tribunal du 4 mai 2012, *Sophie In 't Veld*, T-529/09, EU:T:2012:215; arrêt de la Cour du 3 juillet 2014, *Sophie In 't Veld*, *supra* note 18. V. également la résolution du Parlement européen du 17 septembre 2009 sur l'accord SWIFT (P7_TA(2009)0016), qui faisait état de ce refus au considérant D.

21 Arrêt du Tribunal du 4 mai 2012, *Sophie In 't Veld*, *supra* note 20, point 24.

22 Considérant n°2 du règlement n° 1049/2001, *supra* note 13.

23 Arrêt du Tribunal du 19 mars 2013, *Sophie In 't Veld*, T-301/10, EU:T:2013:135.

coopération entre les parties dépend, dans une large mesure, de l'existence d'un climat de confiance mutuelle ». C'est précisément au nom de cette confiance mutuelle entre partenaires de négociation, que le Tribunal a confirmé la légalité du refus d'accès aux documents dans lesquels transparaissait la position de l'Union.

En somme, les citoyens européens²⁴ – et donc les parlementaires – ne peuvent avoir accès qu'aux bases juridiques envisagées pour la conclusion d'un accord uniquement dans la mesure où cette communication ne leur permettrait pas de prendre connaissance des directives de négociation ou du contenu spécifique de l'accord envisagé²⁵. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où les directives de négociations ont déjà fait l'objet d'une communication aux partenaires que la divulgation des documents revient dans l'ordre du possible. En effet, il n'est plus possible, dans cette situation, de « justifier le risque d'atteinte à l'intérêt public en matière de relations internationales par le fait que la divulgation de cette directive affaiblirait la position de négociation de l'Union »²⁶.

Un refus d'accès qui serait fondé sur la protection des « relations internationales » de l'Union doit cependant être motivé. Pour chaque catégorie de document, les institutions, et tout particulièrement la Commission et le Conseil doivent préciser « les raisons spécifiques pour lesquelles [elles considèrent] que la divulgation des documents demandés tombe sous le coup d'une des exceptions »²⁷ et que le risque d'atteinte aux relations internationales doit être « raisonnablement prévisible et non purement hypothétique »²⁸ et de vérifier cela *in concreto*²⁹. Enfin, les institutions doivent systématiquement vérifier si un accès partiel aux documents n'est pas envisageable. Cet accès partiel est d'ailleurs obligatoire « dans l'hypothèse où cette institution se limiterait à occulter les passages qui peuvent

24 Les bénéficiaires du droit d'accès sont, selon le règlement, constitués par « tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre » (article 2).

25 Arrêt de la Cour du 3 juillet 2014, *Sophie In 't Veld*, *supra* note 20.

26 Arrêt du Tribunal du 12 septembre 2013, *Leonard Besselink*, T-331/11, EU:T:2013:419, point 58.

27 Arrêt du Tribunal du 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet*, *supra* note 18, point 117.

28 Arrêt du Tribunal du 25 avril 2007, *WWF European Policy Programme*, *supra* note 19, point 41; arrêt du Tribunal du 12 septembre 2013, *Leonard Besselink*, *supra* note 26, point 103.

29 Arrêt de la Cour du 12 juin 2012, *IFAW*, C-135/11 P, EU:C:2012:376, point 73.

porter atteinte à l'intérêt public protégé »³⁰. Et le juge contrôle, dans la limite de l'erreur manifeste d'appréciation, si les institutions lui fournissent les éléments de nature à apprécier si la divulgation des documents serait de nature à affecter l'intérêt public protégé, *i.e.* les relations internationales de l'Union, « ce qui permet d'exclure toute présomption qu'un débat rendu public concernant la base juridique correcte d'une telle décision puisse porter systématiquement une atteinte concrète et effective à l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales »³¹.

Le contentieux de l'accès aux documents dans le domaine des relations extérieures, généré majoritairement par le Parlement européen ou ses membres, s'inscrit dans une stratégie classique du Parlement qui vise à faire valider par le juge une stratégie politique de conquête du pouvoir³². Cette démarche ne peut que susciter l'adhésion : comment ne pas laisser plus de place aux seules personnes dépositaires d'un mandat électif direct? Comment ne pas informer davantage ceux qui représentent la seule légitimité démocratique directe pour des questions qui engagent l'Union dans son ensemble à l'égard des tiers? Qui plus est, si l'on souhaite que le Parlement exerce effectivement la fonction de contrôle qui lui est échue par les traités, comment ne pas lui donner un accès véritable aux documents, et donc à l'information? En renforçant la position institutionnelle du Parlement dans le domaine des relations extérieures, la Cour a ainsi contribué à rééquilibrer le droit politique de l'Union au profit des représentants des peuples européens. Cette démarche du Parlement européen répond également à une aspiration populaire d'un meilleur contrôle des accords négociés et conclus par l'Union européenne. Cette aspiration n'est pas seulement le résultat d'une volonté de démocratiser les relations extérieures, mais elle est aussi la conséquence de ce que les accords internationaux d'aujourd'hui tendent à être de plus en plus des traités-lois et non des traités-contrats³³. Dès lors, et eu égard à l'ambition renouvelée de

30 Arrêt du Tribunal du 25 avril 2007, *WWF European Policy Programme*, *supra* note 19, point 50.

31 Arrêt de la Cour du 3 juillet 2014, *Sophie In 't Veld*, *supra* note 20, point 59.

32 A ce sujet, v., J.-C. Gautron, « Remarques sur une continuité. Le développement constitutionnel du Parlement européen », in *La Constitution et les valeurs : mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris: Dalloz, 2005, p. 171, spéc. p. 182 et s.

33 Si l'on considère que le Conseil agit en qualité de quasi-législateur dans le cas de traités-lois, l'accès aux documents apparaît ainsi d'autant plus impérieux. V. no-

ces accords³⁴, l'attente des citoyens en termes d'accès aux documents et à travers eux du Parlement justifient que ce dernier devienne également un colégislateur des accords internationaux, et qu'il ait donc accès aux informations nécessaires pour exercer cette mission.

Pourtant, malgré ces bons arguments et une avancée certaine dans l'ouverture et la démocratisation des relations extérieures, il est des forces qui restreignent encore cet accès. L'intérêt supérieur d'une puissance dans ses rapports stratégiques avec les tiers, ne commande-t-il pas de mettre un frein à un accès aux documents qui, en ce domaine, ne pourra jamais être entièrement débridé? Il est donc temps de se demander si une plus grande ouverture de l'accès aux documents ne risque pas de menacer la stratégie de puissance de l'Union européenne.

B. L'accès aux documents, une menace à la stratégie de puissance de l'Union européenne?

Poser une telle question au XXI^e siècle pourrait paraître saugrenu. D'une part, les États européens ont globalement accepté le fait qu'aujourd'hui, la puissance publique devait être transparente ou du moins, s'efforcer de l'être. On sait désormais qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la transparence et l'action publique mais qu'au contraire, une logique d'*accountability* ne peut que renforcer l'efficacité de l'action administrative. D'autre part, à l'heure où en France l'on ne parle plus d'administrés ou d'usagers mais de citoyens administratifs, les canons démocratiques se sont étendus au cœur de l'activité administrative de l'État. Cette tendance est conforme à une logique démocratique et libérale pour des populations en demande

tamment, arrêt de la Cour du 13 octobre 2013, *Access Info Europe*, C-280/11 P, EU:C:2013:671 : « la Cour a également jugé que ces considérations sont, à l'évidence, d'une pertinence toute particulière lorsque le Conseil agit en sa qualité de législateur, ainsi qu'il résulte du considérant 6 du règlement n° 1049/2001, selon lequel un accès plus large aux documents doit être autorisé précisément dans un tel cas. La transparence à cet égard contribue à renforcer la démocratie en permettant aux citoyens de contrôler l'ensemble des informations qui ont constitué le fondement d'un acte législatif. En effet, la possibilité, pour les citoyens, de connaître les fondements des actions législatives est une condition de l'exercice effectif, par ces derniers, de leurs droits démocratiques » (point 33).

- 34 On pense notamment aux accords de libre-échange conclu par l'Union avec la Corée du Sud, le Canada ou Singapour.

d'horizontalité plus que de verticalité. Dès lors, évoquer l'accès aux documents comme une menace à la stratégie de puissance de l'Union devrait être considéré comme une remarque d'un autre temps.

Pourtant, dans le domaine des relations extérieures, l'accès aux documents demeure l'exception et le secret, le principe³⁵. Ces exclusions ont reçu diverses justifications. La tendance « monarchique »³⁶ des relations extérieures, bien entendu. L'indispensable protection du renseignement national dont on ne dira jamais assez combien il se défie des institutions européennes considérées, à tort ou à raison, comme de véritables « passoirs » et partant, des lieux qu'il est préférable d'éviter ou dont il faut se méfier. Dans un autre ordre d'idées, l'une des raisons à cette hostilité réside en l'idée selon laquelle les relations extérieures ont toujours eu un rapport, plus ou moins marqué, avec la *high politics* et donc au *hard power*. Ce *hard power* étant par lui-même lié au pouvoir de contrainte étatique et à la violence d'État, il porte en lui un certain tabou, quelque chose qui ne peut être revendiqué ni assumé. Quelque chose qui doit être tu. Enfin, et il s'agit sans doute du principal facteur explicatif aux réticences européennes à l'accès aux documents en matière de relations extérieures, la crédibilité internationale de l'Union dépend aussi de sa capacité à préserver certains secrets. Tel est le sens de la jurisprudence qui y voit le principal motif à la non-divulgaration des directives de négociation. Communiquer certaines directives de négociation ou certains rapports sur les négociations, non seulement mettrait en péril la stratégie de l'Union à l'égard des tiers en en dévoilant les cartes, mais risquerait de dévoiler les positions des tiers eux-mêmes³⁷.

35 Sur ce constat, v., la résolution du Parlement européen du 11 mars 2014 sur l'accès du public aux documents, [P7_TA(2014)0203], point H. Dans cette même résolution, le Parlement européen s'inquiétait également « du recours fréquent à l'exception pour la protection des relations internationales comme motif de confidentialité des documents » (point 35).

36 E. Zoller, *Droit des relations extérieures*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1992, p. 29.

37 Pour un cas typique, v. arrêt du Tribunal du 12 juillet 2001, *Olli Mattila*, T-204/99, EU:T:2001:190, point 63 : « il n'est pas contesté que les documents litigieux contiennent des informations sur la position de l'Union européenne dans le cadre de ses relations avec la Russie et l'Ukraine ainsi que dans les négociations à mener avec les États-Unis au sujet de l'Ukraine. Il convient dès lors de souligner que les documents auxquels un accès est demandé ont été établis dans un contexte de négociations internationales, dans lequel l'intérêt de l'Union européenne, envisagé sous

Cette crainte est, semble-t-il, en partie partagée par le juge, n'en déplaise et quoi qu'en dise le Parlement européen. La Cour de justice a eﬀet réalisé un équilibre subtil où, tout en ouvrant un peu plus l'accès aux documents, il avalise globalement la position du Conseil et de la Commission. Certes, le juge de l'Union met en avant les principes démocratiques afin d'interpréter le règlement n°1049/2001³⁸. De même, et conformément à une interprétation classique, les exceptions au titre des « relations internationales » du règlement n°1049/2001 doivent être d'interprétation stricte³⁹. Pour autant, malgré ces garanties apportée à l'exigence de transparence, le juge semble en pratique donner plus de crédit aux positions défendues par la Commission et le Conseil en estimant par exemple que, « comme le relève la Commission, toute forme de négociation implique nécessairement un certain nombre de considérations tactiques de la part des négociateurs, et l'indispensable coopération entre les parties dépend, dans une large mesure, de l'existence d'un climat de confiance mutuelle »⁴⁰. Dans cette même affaire, elle rappelle « à titre tout à fait incident » que « la conduite des négociations en vue de la conclusion d'un accord international est, en principe, du domaine de l'exécutif [...] et que ces négociations ne préjugent nullement du débat public susceptible de se développer, une fois l'accord international signé, dans le contexte de la procédure de ratification »⁴¹. À ce contexte particulier des relations extérieures s'ajoute celui du droit commun de la motivation du refus de communication où, en substance, le juge accepte des motivations brèves si les circonstances le permettent. Ainsi dans une affaire relative aux sanctions, la Cour a estimé que la brièveté d'une motivation pouvait tout à fait être justifiée afin de ne pas porter atteinte aux intérêts sensibles en cause, *i.e.* dans l'affaire en question, des informations provenant sans doute des services de renseignement⁴². Le Tribunal va plus loin, sans que sa position n'ait été ni confirmée ni infirmée par la Cour. Ainsi a-t-il estimé que « la brièveté et le caractère stéréotypé de la motivation fournie à cet égard par

l'aspect des relations de celle-ci avec des pays tiers, notamment, la Russie, l'Ukraine et les États-Unis, est en jeu ».

38 Arrêt de la Cour du 21 juillet 2011, *MyTravel Group*, C-506/08 P, EU:C:2011:496, point 72; arrêt de la Cour du 6 décembre 2001, *Heidi Hautala*, *supra* note 19, point 82; Arrêt *Access Info Europe*, *supra* note 33, point 33.

39 Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2007, *Sison*, *supra* note 18, point 63.

40 Arrêt du Tribunal du 19 mars 2013, *Sophie In't Veld*, *supra* note 23, point 119.

41 *Id.*, point 181.

42 Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2007, *Sison*, *supra* note 18, point 82.

la première décision de refus ne sauraient constituer un indice de défaut d'examen concret »⁴³. De même, la Cour dans son ensemble, dans des affaires ne portant pas toujours sur les relations extérieures mais relatives au règlement n° 1049/2001, admet que, selon le type de documents, il peut exister une présomption de non-communication des documents. Dans une affaire portant sur l'accès aux documents à propos d'accès à des études relatives à la conformité de la législation de différents États membres au droit de l'environnement de l'Union, la Cour a ainsi jugé qu'« il est toutefois loisible à l'institution de l'Union concernée de se fonder [...] sur des présomptions générales s'appliquant à certaines catégories de documents, des considérations d'ordre général similaires étant susceptibles de s'appliquer à des demandes de divulgation portant sur des documents de même nature »⁴⁴.

La Commission et le Conseil ont donc à leur disposition tous les outils nécessaires à une limitation de l'accès aux documents et ne se privent pas pour en faire usage, au grand dam du Parlement⁴⁵. Cette limite portée à l'accès aux documents doit être saluée. D'une part, elle préserve le secret indispensable aux relations internationales, secret qui a parfois été menacé par le comportement de certains particuliers⁴⁶. Et l'on comprend mieux les réticences du Conseil et de la Commission à vouloir réviser le règlement

43 Arrêt du Tribunal du 26 avril 2005, *Sison*, T-110/03, EU:T:2005:143, point 88.

44 Arrêt de la Cour du 16 juillet 2015, *ClientEarth*, C-612/13 P, EU:C:2015:486, point 69; de même, v. arrêt de la Cour du 13 octobre 2013, *Access Info Europe*, *supra* note 33, point 72. Dans le cadre de l'accès à des documents en matière de contrôle des concentrations, v., arrêt de la Cour du 28 juin 2012, *Agrofert Holding*, C-477/10 P, EU:C:2012:394, point 57. Pour la question des avis juridiques auxquels la Cour applique là aussi cette présomption : arrêt de la Cour du 1^{er} juillet 2008, *Suède et Turco*, C-39/05 P et C-52/05 P, EU:C:2008:374, point 50.

45 Résolution du 25 septembre 2003 sur l'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission [P5_TA(2003)0413]. Il « estime que la situation laisse encore à désirer en ce qui concerne (...) le Conseil, qui semble rejeter systématiquement toutes les demandes concernant les mesures antiterroristes en invoquant l'article 4, paragraphe 1, du règlement; ceci pourrait être contraire à l'esprit et à la lettre du règlement ». La Commission était également visée puisque, « dans 38% des cas, a justifié son refus en invoquant "exceptions diverses et exceptions non spécifiées", ce qui est inacceptable ».

46 Arrêt de la Cour du 22 janvier 2004, *Olli Mattila*, *supra* note 19, où le requérant avait tout de même été condamné par la Cour suprême de Finlande pour avoir communiqué à la Russie des documents « au contenu recouvrant pratiquement celui des documents auxquels l'accès lui a été refusé par les institutions défenderesses » (point 72).

n°1049/2001, malgré les injonctions répétées du Parlement en ce sens⁴⁷. D'autre part, et de façon plus générale, on pourrait se demander s'il revient bien au Parlement européen d'avoir accès à plus de documents encore. On a le sentiment que le Parlement, bien plus que de contrôler les relations extérieures de l'Union, souhaite en assurer l'administration⁴⁸. Or du point de vue de la logique institutionnelle comme de la séparation des pouvoirs, la chose paraît difficile. Il est des moments où, sous couvert de démocratie et de défense de l'intérêt des peuples européens, le Parlement semble souhaiter un nouvel équilibre institutionnel qui ferait de lui-même le centre névralgique de l'intégralité des décisions politiques et stratégiques de l'Union européenne.

Entre un secret qui attire mécaniquement la suspicion et une ouverture trop importante de l'accès aux documents dans le cadre du règlement n° 1049/2001, dont on rappelle qu'il peut être invoqué par n'importe quel citoyen européen, une voie étroite peut toutefois être trouvée. Celle de privilégier l'accès aux parlementaires, lorsqu'ils interviennent en commission et notamment dans le cadre de la commission Affaires étrangères. Certes, des dispositions du règlement du Parlement européen abordent déjà la question de l'accès à des informations sensibles et de l'enclenchement d'une procédure confidentielle⁴⁹. Les mesures paraissent strictes : outre les membres de la commission, seuls les fonctionnaires et les experts dont la présence est strictement nécessaire peuvent assister au débat. De même, « les documents, numérotés, sont distribués au début de la réunion et recueillis à la fin de celle-ci » et « aucune note, a fortiori aucune photocopie, ne peut être prise ». Mais en réalité, et du point de vue de l'indispensable protection du secret, ces mesures sont particulièrement laxistes. D'abord, la procédure confidentielle peut ne pas s'appliquer systématiquement puisqu'en cas de doute sur la confidentialité, la question est soumise à la commission interinstitutionnelle. Ensuite, la préservation du secret se heurte principalement à deux difficultés. D'une part, celle du nombre. Avec environ 144 membres, la commission Affaires étrangères ne peut pas sérieusement s'assurer qu'il n'y aura pas de fuites d'information. D'autre part, celle de la sanction. En cas de violation du secret, ce sont les articles

47 Résolution du Parlement européen du 11 mars 2014 sur l'accès du public aux documents, *supra* note 35.

48 V. H. Flavier, « Parlement européen et relations extérieures : une révolution démocratique en marche? », *supra*, note 14.

49 V. son annexe VII.

165, 166 et 167 du Règlement du Parlement européen qui ont vocation à s'appliquer. Les sanctions prévues en cas de violation du secret vont du blâme (sic) jusqu'au retrait du mandat. Cette dernière sanction n'a, à notre connaissance, jamais été appliquée. Dit autrement, et afin d'instaurer un climat de confiance entre institutions, d'assurer et de promouvoir le principe de coopération loyale entre institutions, deux réformes devraient être engagées. Premièrement, la réduction significative du nombre de parlementaires ayant accès à des documents retraçant les négociations internationales menées par la Commission et le Conseil. En en réduisant le nombre, peut-être réduira-t-on le risque d'utilisation d'informations confidentielles à des fins politiques? Deuxièmement, si les exigences de sécurité le commandent, les parlementaires pourraient avoir, dans certains cas, à se soumettre à une procédure d'habilitation comme il en existe dans tous les services de renseignement nationaux et qui permettrait d'écarter des députés qui sont parfois indécents ou très proches d'État étrangers⁵⁰.

Ces mesures proposées, si elles peuvent paraître rigides, strictes, ou même suspicieuses à l'égard de l'attitude des représentants des peuples européens, auraient toutefois un double mérite : d'un côté, elles établiraient une confiance qui n'existe pas toujours entre les membres du Parlement et les fonctionnaires de la Commission ou du Conseil et qui n'existe parfois guère avec certains services nationaux. D'un autre côté, elles permettraient au Parlement européen, à travers une partie de ses membres, de prendre peut-être une part plus active dans les relations extérieures de l'Union sans considérer systématiquement que la Commission ou de Conseil agissent contre l'intérêt des peuples européens. En somme, ces règles mettraient en œuvre le principe de coopération loyale entre institutions dans un domaine particulier qui échappait traditionnellement à la vigilance des parlementaires et des particuliers faute d'un accès suffisant aux documents.

Le contentieux de l'accès aux documents, qu'il ait été généré sur initiative de particuliers ou de parlementaires européens aura eu pour effet de

50 Cela n'est pas de l'ordre de la fiction. Signalons à cet égard, le cas de la « diplomatie du caviar » de l'Azerbaïdjan à l'égard d'un certain nombre de députés de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (B. Vitkine, « “Diplomatie du caviar” : comment l'Azerbaïdjan s'offre l'amitié de responsables politiques européens », *Le Monde*, 4 septembre 2017; ainsi que l'enquête menée par l'ONG Organized Crime and Corruption Reporting Project : <https://www.occrp.org/en/azerbaijanilaundromat/#all-stories>).

densifier le droit politique de l'Union en améliorant l'accès à l'information de cette politique publique si particulière. Démocratiser les relations extérieures en renforçant les moyens de contrôle du peuple ou de ses représentants sur ceux qui sont en charge de les mener à bien est un pas important dans l'amélioration de ce droit politique et de la politisation de l'Union européenne. Mais l'intérêt général ne saurait se satisfaire d'une plus grande ouverture de l'accès aux documents à l'intégralité des citoyens⁵¹. Une véritable politique défendant l'intérêt public est une politique qui sait taire, lorsque nécessaire, des informations dont la divulgation serait contreproductive. Le secret, qui n'est pas nécessairement synonyme de confiscation oligarchique du pouvoir⁵², est également une autre façon d'assurer l'intérêt général. Dès lors, si la divulgation et la protection du secret représentent deux façons d'assurer l'intérêt général, alors la seule issue possible si l'on souhaite améliorer la démocratisation des relations extérieures ne peut se trouver dans une révision du règlement n° 1049/2001 dont les bénéficiaires sont trop nombreux. Il s'agirait plutôt de modifier le Règlement du Parlement européen et d'en tirer les conséquences au plan national afin de renforcer sérieusement le contrôle et les sanctions de la procédure confidentielle en Commission parlementaire. On combinerait ainsi plus aisément – et plus démocratiquement – un meilleur accès aux documents, une meilleure sécurité sans que cela n'entrave la construction d'une Europe-puissance.

L'équilibre entre l'intérêt supérieur d'une Europe-puissance et le contentieux de l'accès aux documents ne se cantonne toutefois pas à l'approfondissement d'un droit politique de l'Union. Il touche également ce qui fait le cœur d'une société libérale : la protection des droits fondamentaux.

II. La dimension subjective : un contentieux protecteur des droits fondamentaux

L'accès aux documents dans le contentieux des mesures restrictives est *a priori* de nature fort différente de celui relatif à l'accès aux documents ad-

51 Le champ d'application du règlement n° 1049/2001, *supra* note 13, s'étend à l'ensemble des citoyens européens.

52 V. D. Soulez-Larivière, « La transparence et la vertu », *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 933; G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *supra* note 3.

ministratifs. On se situe en effet dans une situation plus pathologique - car le contentieux s'est cristallisé - où une personne physique ou morale souhaite faire invalider une mesure restrictive adoptée par l'Union européenne à son encontre. Dans les années 2000 toutefois, la question de l'accès aux motifs et aux informations justifiant le recours aux mesures restrictives est devenue un enjeu crucial de ce contentieux. Contentieux, dont on peut dire à présent qu'il est devenu récurrent et au cours duquel le juge de l'Union a protégé le droit des requérants d'accéder aux motifs de ces décisions européennes. Ce droit d'accès aux motifs est inséparable du droit d'accéder aux documents fondant la motivation, même s'il s'en distingue juridiquement⁵³. Cela étant, si l'accès aux motifs doit être maximal (A), l'accès aux documents, et donc aux preuves fondant les décisions, ne peut être total eu égard aux intérêts stratégiques qui sous-tendent ce type de mesures (B).

A. L'indispensable accès aux motifs

Qu'elle paraît loin la comparaison entre l'accès au dossier dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et l'accès aux documents administratifs auprès d'institutions publiques. Pourtant, non seulement ce lien est parfois avancé par les requérants⁵⁴, mais il constitue également une manifestation plus large de l'exigence de transparence. Celle-ci doit irriguer l'action administrative mais aussi, et peut-être bien plus encore, le contentieux lui-même puisqu'elle est consubstantielle à l'idée de justice. Dès lors, dans un État de droit, relèverait de la pure évidence qu'un requérant ait accès à la décision faisant grief et partant aux motifs de la décision.

Pourtant, pendant de longues années, cette question ne s'est pas vraiment posée devant la Cour de justice dans le cadre du contentieux des mesures restrictives. Il faudra attendre les années 2000 pour que ce contentieux puisse véritablement s'épanouir et que la Cour de justice forge une jurisprudence concrétisant le droit à un recours juridictionnel effectif. Cette montée en puissance du contentieux des mesures restrictives va de pair avec la multiplication du recours aux sanctions, multiplication telle que l'on peut parfois se demander si les sanctions ne deviennent pas en

53 Arrêt de la Cour du 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran*, C-548/09 P, EU:C:2011:735, point 88.

54 V. arrêt de la Cour du 28 mars 2017, *Rosneft Oil Company*, *supra* note 16.

elles-mêmes une politique étrangère alors que celles-ci devraient au contraire intervenir au soutien d'une politique étrangère. Quoi qu'il en soit, le contentieux des mesures restrictives a permis d'introduire la protection des droits fondamentaux dans des thématiques relevant directement des relations extérieures et notamment l'accès aux motifs de ces mesures. À cet égard, la Cour s'est appuyée sur une jurisprudence classique en la matière selon laquelle, en application de l'article 296 TFUE, la motivation « doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle »⁵⁵. Selon la Cour, il n'est pas nécessaire de spécifier l'ensemble des éléments de fait et de droit, il suffit que ceux-ci soient suffisants pour permettre au destinataire de l'acte d'en comprendre la portée⁵⁶. Outre la situation où le Conseil ne donne que des motifs excessivement vagues⁵⁷, il faut que le destinataire sache donc concrètement et précisément les faits qui lui sont reprochés⁵⁸. L'arrêt *Rosneft* a bien exposé ces exigences. Dans cette affaire la Cour a considéré que, si la motivation devait faire apparaître de manière non équivoque le raisonnement de l'institution⁵⁹, sachant que la mesure attaquée avait pour objet « d'accroître le coût des actions de la Fédération de Russie visant à compromettre l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine »⁶⁰, alors, un opérateur majeur du secteur pétrolier comme Rosneft, « ne pouvait raisonnablement ignorer les raisons pour lesquelles le Conseil a adopté des mesures ciblées à son égard ». En somme, et on ne peut que souscrire – sur ce point précis de l'arrêt *Rosneft*

55 Arrêt de la Cour du 1^{er} février 2007, *Sison*, *supra* note 18, point 80; arrêt de la Cour du 18 février 2016, *Bank Mellat*, C-176/13 P, EU:C:2016:96, point 74 et s.

56 Arrêt de la Cour du 18 février 2016, *Bank Mellat*, *supra* note 55, point 75.

57 V., l'affaire *Bank Mellat* et l'arrêt rendu par le Tribunal le 29 janvier 2013 (T-496/10, EU:T:2013:39) où ce dernier a considéré, notamment que le motifs suivants étaient trop vagues : la banque a eu « un comportement qui soutient et facilite les programmes nucléaires et de missiles balistiques de l'Iran »; elle « fournit des services bancaires à des entités figurant sur les listes des Nations unies et de l'UE, à des entités agissant pour le compte ou sur les instructions de celles-ci ou à des entités détenues ou contrôlées par elles »; elle « gère les comptes des hauts responsables de l'Organisation des industries aérospatiales et d'un responsable des achats iranien ».

58 Arrêt de la Cour du 18 février 2016, *Bank Mellat*, *supra* note 55, point 81.

59 Arrêt de la Cour du 28 mars 2017, *Rosneft Oil Company*, *supra* note 16, point 122.

60 *Id.*, point 123.

– à l’argumentation de la Cour, les destinataires des mesures restrictives, et particulièrement lorsqu’il s’agit d’entreprises aussi importantes que celles-ci, ne sont pas dans la même situation que le chaland⁶¹. La transparence, le respect des droits de la défense ou l’obligation de motivation ne doivent pas couvrir une naïveté feinte de la part du requérant.

La portée de l’obligation de motivation n’est toutefois pas la même selon le type d’acte en cause. Il s’agit de l’une des précisions apportées de nouveau par l’arrêt *Rosneft*, puisque, selon la Cour, lorsque sont visés uniquement des actes à portée générale, « la motivation peut se borner à indiquer, d’une part, la situation d’ensemble qui a conduit à son adoption et, d’autre part, les objectifs généraux qu’il se propose d’atteindre »⁶². En revanche, lorsqu’il s’agit de mesures restrictives à portée individuelle, « le respect des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective exige, notamment, que l’autorité compétente de l’Union communique à la personne concernée les éléments dont dispose cette autorité à l’encontre de ladite personne pour fonder sa décision »⁶³. Cette distinction, clarifiée et bienvenue, s’explique de deux façons. D’une part, lorsqu’un acte est de portée générale, outre qu’il rappelle immanquablement une loi, il ne peut en tant que tel saisir l’ensemble des situations concrètes auxquels il va s’appliquer. D’autre part, les mesures restrictives générales, et notamment de nombreuses décisions PESC, ne sont rien d’autres qu’une formalisation juridique d’une décision de politique étrangère dont la motivation ne peut consister qu’en des motifs généraux.

Toutefois, malgré cette constance dans l’exigence d’une motivation, une part d’aléa demeure. En effet, si le caractère précis et concret de la motivation constitue bien le fil rouge de cette jurisprudence, trois situations méritent d’être relevées. En premier lieu, l’arrêt *Kadi I* reconnaissait déjà que, lorsqu’un acte communautaire visait à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, « des considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales de la Communauté et de ses États membres peuvent s’opposer à la communication de certains éléments aux intéressés »⁶⁴. De même, dans l’arrêt *Bank Melli Iran*, le Tri-

61 La Cour précise que Rosneft dispose d’actifs évalués à 1000 milliards de roubles russes, soit environ 14 milliards d’euros.

62 *Id.*, point 120.

63 *Id.*, point 121.

64 Arrêt de la Cour du 3 septembre 2008, *Kadi I*, C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461, point 342.

bunal a jugé que si le Conseil devait communiquer au destinataire de la mesure les éléments de fait et de droit, cela ne vaut pas si « des considérations impérieuses touchant à la sûreté de la Communauté ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales [...] s'opposent à la communication de certains éléments »⁶⁵. Cette exception qui, appliquée en matière de motivation recoupe celle de la preuve⁶⁶, révèle la proximité des enjeux du contentieux des sanctions et de l'accès aux documents des institutions lorsque sont en cause les spécificités des relations internationales et de la sécurité⁶⁷.

En deuxième lieu, si le Conseil doit motiver sa décision sur la situation individuelle du destinataire, il peut paraître logique que le seul lien familial ne constitue pas une motivation suffisante. La preuve du lien avec le gouvernement nécessite des éléments plus étoffés, sauf dans la situation où « le lien de rattachement au pays tiers en cause s'impose de toute évidence, c'est-à-dire aux dirigeants des pays tiers et aux individus qui sont associés à ces dirigeants »⁶⁸. Pourtant, les méandres de cette position ne sont pas toujours des plus simples à saisir et offrent une latitude fort commode au juge lorsqu'il souhaite valider ou invalider une mesure restrictive. L'heureuse souplesse de ce critère fut perceptible lors de l'affaire *Al Assad*⁶⁹. Dans cette affaire en effet, le Tribunal a jugé que « le seul fait que la requérante est la sœur de M. Bashar Al Assad suffit pour que le Conseil puisse considérer qu'elle est liée aux dirigeants de la Syrie [...], d'autant plus que l'existence dans ce pays d'une tradition de gestion familiale du pouvoir est un fait notoire dont le Conseil pouvait tenir compte »⁷⁰. Le Tribunal estime donc que, dans le cas spécifique de la Syrie, la « tradition de gestion familiale du pouvoir » constitue une présomption de lien suffisant avec le régime pour justifier l'adoption de sanctions à l'égard de la sœur de Bachar El Assad. On veut comprendre l'évidence de l'argumentaire, mais il n'en demeure pas moins qu'une analyse plus poussée de la nature du régime syrien n'aurait pas été superflue afin de rendre l'argu-

65 Arrêt du Tribunal du 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran*, T-390/08, EU:T:2009:401, point 81. V., de même, arrêt du Tribunal du 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/02, EU:T:2006:384, point 137; arrêt du Tribunal du 10 mai 2010, *Tay Za*, T-181/08, EU:T:2010:209, point 96.

66 V. *infra*.

67 V. *supra*.

68 Arrêt de la Cour du 13 mars 2012, *Tay Za*, C-376/10 P, EU:C:2012:138, point 68.

69 Arrêt du Tribunal du 12 mars 2014, *Al Assad*, T-202/12, EU:T:2014:113.

70 *Id.*, point 96.

ment plus persuasif. Se contenter de l'évidence dans des affaires aussi importantes tant symboliquement que diplomatiquement, n'apparaît jamais comme satisfaisant.

En troisième et dernier lieu, c'est également au nom de cette exigence de précision que le juge a rejeté les motifs qui ne reposaient que sur des informations « vraisemblables ». Si la motivation doit reposer sur des éléments précis et concrets, alors la seule vraisemblance ne saurait suffire. Dans l'affaire *Fulmen*, la Cour, confirmant la position du Tribunal, a jugé que « l'effectivité du contrôle juridictionnel garanti par l'article 47 de la Charte exige notamment que le juge de l'Union s'assure que la décision [...] repose sur une base factuelle suffisamment solide ». Ce qui implique que « le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés »⁷¹. Elle reprend en ce sens la position choisie dans l'affaire *Kadi II* selon lequel « le juge de l'Union s'assure que cette décision, qui revêt une portée individuelle pour cette personne [...] repose sur une base factuelle suffisamment solide ». Ce qui implique « une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision [...], de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués »⁷². Mais aborder cette question, c'est déjà aborder celle de l'accès aux preuves avancées dans les motifs.

B. Le nécessaire accès raisonné aux preuves

L'accès aux preuves fondant les motifs avancés et justifiant des mesures restrictives constitue probablement l'étape la plus délicate du point de vue de l'équilibre entre le respect des droits de la défense et la protection des relations internationales de l'Union européenne et de ses États membres. La révision opérée par le traité de Lisbonne, rendue nécessaire par l'arrêt *Kadi I*⁷³, avait pour ambition d'inclure certaines garanties consub-

71 Arrêt de la Cour du 28 novembre 2013, *Fulmen*, C-280/12 P, EU:C:2013:775, point 63.

72 Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Kadi II*, C-584/10 P, EU:C:2013:518, point 119.

73 Arrêt de la Cour du 3 septembre 2008, *Kadi I*, *supra* note 64.

stantielles à l'État de droit dans la technique juridique des contremesures. Il en est notamment résulté la refonte de l'article 215 TFUE qui, en son paragraphe 3, prévoit dorénavant que les mesures restrictives « contiennent les dispositions nécessaires en matière de garanties juridiques ». Ces garanties juridiques visent notamment la motivation des décisions de sanction mais se rattachent plus largement à l'exigence d'un procès équitable. C'est donc en toute logique que, devant le juge, les requérants visés par des mesures restrictives ont demandé l'accès aux documents justifiant l'adoption de sanctions.

En ce domaine, l'accès aux informations est d'autant plus indispensable qu'il se rattache à l'accès aux preuves invoquées par le Conseil. Or, il est assez fréquent qu'en matière de lutte contre le terrorisme ou de décisions motivées par une stratégie de politique étrangère, ces informations soient classifiées. L'équilibre entre l'État de droit et la protection du secret des relations internationales n'a pas été un donné mais un construit et à ce titre, le juge de l'Union a joué un rôle considérable. Il a d'abord pu considérer que la communication de ces documents était obligatoire « à moins que des considérations impérieuses touchant à la sûreté de la Communauté ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales » ne s'y opposent⁷⁴. Lorsque l'accès aux documents contenant des informations est donné, le juge n'acceptera ces informations comme justifiant les sanctions que si elles sont précises, *i.e.* s'il existe des « preuves ou [des] indices sérieux et crédibles de l'implication de la personne concernée dans des activités terroristes, considérés comme fiables par les autorités nationales »⁷⁵.

La principale difficulté réside en ce que les autorités nationales ou les institutions européennes risquent de recourir abusivement à l'argument tiré du secret et de rejeter systématiquement toute demande d'accès aux documents. Afin de s'en prémunir, la Cour a jeté les bases des conditions

74 Arrêt *Bank Melli Iran*, *supra* note 65, point 81. C'est la raison pour laquelle le juge n'exige la communication de ces informations que dans l'hypothèse où elles ne sont pas classifiées : arrêt de la Cour du 28 juillet 2016, *Tomana*, C-330/15 P, EU:C:2016:601. Le juge précise, dans cette dernière affaire, que le « principe du respect des droits de la défense n'implique pas l'obligation pour [le Conseil] de donner spontanément accès aux documents contenus dans son dossier » (point 66). Cela ne peut donc se faire que sur demande de la partie intéressée.

75 Arrêt de la Cour du 15 novembre 2012, *Al-Aqsa*, C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711, point 104.

d'accès aux documents dans un arrêt ZZ⁷⁶. En substance, le juge de l'Union a estimé que, s'il incombait aux autorités nationales de vérifier qu'il existe des raisons s'opposant à la communication des éléments de preuves, c'était à elles d'apporter la preuve « que la sûreté de l'État serait effectivement compromise par une communication à l'intéressé des motifs précis et complets qui constituent le fondement d'une décision prise »⁷⁷. Dans cette affaire, le juge national avait donc l'obligation européenne d'évaluer si la communication des informations pertinentes ne remettrait pas en cause les intérêts publics défendus par l'autorité nationale compétente, c'est-à-dire en pratique, de près ou de loin, par les services de renseignements nationaux. S'il advenait que l'autorité nationale ne lui confiait pas les documents pertinents, alors « le juge procéd[er]ait à l'examen de la légalité d'une telle décision sur la base des seuls motifs et éléments de preuve qui ont été communiqués »⁷⁸. En revanche, si le refus des autorités nationales paraît justifié, alors, le juge contrôlera la légalité de la décision attaquée en vérifiant dans le cadre d'une procédure spécifique mettant en balance les exigences tirées de l'intérêt public protégé et du droit à une procédure juridictionnelle effective. Ainsi, et pour ce qui concerne les éléments de preuves qui seraient reconnues comme étant confidentielle, c'est au juge compétent « d'apprécier si et dans quelle mesure les restrictions aux droits de la défense du requérant découlant notamment d'une non-divulgaration des éléments de preuve et des motifs précis et complets sur lesquels est fondée la décision [...] sont de nature à influencer sur la force probante des éléments de preuve confidentiels »⁷⁹.

Cette position, qui concernait avant tout la question de la lutte contre le terrorisme, a été étendue et précisée dans l'affaire *Kadi II*⁸⁰. La Cour de justice a en effet assoupli et renforcé les obligations pesant sur les autorités nationales. D'un côté, il n'est pas exigé de ces dernières qu'elles communiquent l'ensemble des informations, documents et éléments de preuve. Il suffit que « les informations ou les éléments produits étayent les

76 Arrêt de la Cour du 4 juin 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363.

77 *Id.*, point 61.

78 Arrêt du Tribunal du 21 mars 2012, *Fulmen*, T-439/10 et T-440/10, EU:T:2012:142, point 63.

79 Arrêt de la Cour du 4 juin 2013, ZZ, *supra* note 76, point 67.

80 Arrêt de la Cour du 18 juillet 2013, *Kadi II*, *supra* note 72.

motifs retenus à l'encontre de la personne concernée »⁸¹. D'un autre côté, si des informations sont fournies, le juge de l'Union « doit vérifier l'exactitude matérielle des faits allégués au regard de ces informations ou éléments et apprécier la force probante de ces derniers en fonction des circonstances de l'espèce »⁸².

La position endossée par le juge de l'Union, si elle peut parfaitement se comprendre eu égard à sa nécessité fonctionnelle de garantir le droit à un recours juridictionnel effectif et donc, s'agissant du contentieux des mesures restrictives, d'assurer un accès aux documents versés dans le dossier, n'est pourtant pas à l'abri de la critique. D'une part, il est demandé au juge de l'Union de vérifier l'exactitude matérielle des faits allégués. Ce qui suppose que le juge ait accès à un niveau d'information supérieur à celui se limitant à la seule révélation des faits qui peuvent être eux-mêmes d'ores et déjà classifiés. Il est fort probable que des résistances nationales se soient déjà manifestées à ce sujet et que l'on soit tenté de considérer que la seule divulgation des éléments de faits aurait pu être jugée comme suffisante. D'ailleurs, il n'est pas exclu que les services d'un État aient parfois préféré ne pas communiquer davantage d'informations à la Cour et risquer de voir la mesure restrictive annulée, plutôt que de sacrifier (car une telle divulgation est vécue ainsi) certains renseignements ayant justement permis de découvrir des faits qui ne sont généralement pas accessibles au grand public. D'autre part, comment être certain que les conditions sécuritaires d'accès aux dites informations soient d'un niveau suffisant au sein de la Cour pour que les autorités nationales concèdent plus facilement à transmettre de telles informations, qu'il s'agisse des bâtiments (ouverts au public) et des personnels de nationalités et de parcours divers?

C'est en partie pour répondre à ces questions que l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal a été modifié⁸³. Cette nouvelle disposition, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015, établit une procédure de divulgation des documents en essayant de combiner la préservation du secret et l'accès aux informations inséparable du respect des droits de la défense et du droit à une procédure juridictionnelle effective. En substance, il organise l'accès du juge à des documents sensibles fondant la décision portant mesures restrictives. Dès lors que le juge a eu accès aux documents, il peut décider si

81 *Id.*, point 122.

82 *Id.*, point 124.

83 V. la contribution d'Allan Rosas dans cet ouvrage.

le secret avancé est justifié. S'il ne l'est pas, il en ouvrira l'accès au requérant. Dans le cas contraire, il appréciera lui-même si les informations avancées sont suffisantes pour justifier une sanction, sans véritable contradictoire. Dans cette dernière hypothèse, il est manifeste que les droits de la défense ont été limités. Mais cette restriction est justifiée par la protection des intérêts en cause où la divulgation de renseignement directement aux destinataires des sanctions – dont on ne rappellera jamais assez qu'ils sont souvent bien connus des services ou des chancelleries, voire des structures commerciales ou financières internationales – risquerait de perturber fortement le fonctionnement des services concernés. Sans que nous ayons les moyens d'avancer des chiffres clairs, cette exception de confidentialité a été sans doute appliquée à plusieurs reprises⁸⁴. Elle s'est d'ailleurs prolongée, en tout logique, par une révision du règlement de procédure de la Cour de justice le 19 juillet 2016 qui introduit un article 190 bis reprenant la logique de l'article 105 du règlement du Tribunal et s'appliquant lorsque la Cour de justice est saisie sur pourvoi « contre une décision du Tribunal adoptée dans le cadre d'une procédure au cours de laquelle des renseignements ou des pièces ont été produits par une partie principale au titre de l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal et n'ont pas été communiqués à l'autre partie principale ».

Une dernière question se pose au sujet de l'accès aux documents dans l'état du droit postérieur à la révision de l'article 105 : ces changements ont-ils consolidé le lien de confiance entre les autorités nationales et les juges européens? Dit autrement, les autorités nationales sont-elles devenues plus enclines à laisser le juge européen accéder à des informations confidentielles et donc à prendre le risque d'invoquer l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal? Rappelons à cet égard qu'il existe une défiance assez générale de ces services nationaux à l'égard de l'institution judiciaire, défiance plus grande encore lorsqu'il s'agit d'institutions judiciaires internationales. En ce sens, on doit reconnaître que la défiance est encore bien présente et que la révision de l'article 105 n'aura changé que peu de choses. D'un côté, les autorités nationales concernées considéreront toujours que le juge, fût-il européen, n'a ni la compétence ni l'expérience pour apprécier la valeur d'un renseignement. Elles n'apprécient d'ailleurs guère que la décision de transmettre ou non les docu-

84 V., ordonnance du Tribunal du 10 juin 2016, *Klymenko*, T-494/14, EU:T:2016:360; arrêt du Tribunal du 7 juillet 2017, *Azarov*, T-215/15. EU:T:2017:479.

ments au demandeur ne repose que sur la décision du seul juge européen. D'un autre côté, pour le juge, il est évident qu'il a déjà traité des dossiers fortement confidentiels impliquant des enjeux financiers colossaux sans qu'aucun problème n'ait été signalé du point de vue de la protection du secret. D'ailleurs, c'est bien au juge, dans une démocratie, d'apprécier à son niveau ce qui peut relever de l'intérêt général et il ne voit sans doute pas pour quelle raison il en serait privé s'agissant d'affaires impliquant des intérêts importants en termes de sécurité nationale ou internationale. En matière de relations extérieures, il semblerait donc que nous en soyons encore au stade d'une défiance mutuelle.

La défiance semble être ce qui unit le contentieux de l'accès aux documents relevant des relations extérieures, qu'il s'agisse du contentieux des documents administratifs ou des mesures restrictives. Dans un cas comme dans l'autre, nous assistons à une défiance généralisée à l'égard de l'exécutif. Cette défiance naturelle est heureuse dans une société démocratique. Si l'essentiel des pouvoirs est détenu par le pouvoir exécutif ou, dans le cas de l'Union européenne, par des institutions qui en ont endossé les responsabilités et les fonctions, il est bienvenu que celles-ci rendent des comptes. Et l'accès aux documents constitue justement l'un des procédés contraignant l'exécutif à rendre des comptes. Cependant, il faudrait se garder d'en arriver à l'excès inverse en présupposant que l'intérêt général ne saurait être défendu que par les citoyens, les parlementaires voire les requérants, c'est-à-dire tous ceux qui n'appartiendraient pas à la sphère de l'exécutif. Peut-être le temps est-il venu de dire que l'intérêt général, qu'il soit européen ou national, n'est défendu ni par la Commission, ni par le Conseil, ni par le Parlement, ni par la Cour de justice, ni par les États membres, ni par les citoyens mais par la conjonction, les fonctions et les missions de chacun d'entre eux, dans le respect des attributions et des fonctions des autres. Une telle prise de conscience combinée peut-être à un peu plus d'humilité de la part des acteurs et, pourquoi pas, à une certaine forme de bienveillance à l'égard de l'autre, pourrait être un prélude à la restauration d'une certaine confiance mutuelle. L'honnêteté intellectuelle commande cependant de constater que la route sera longue.

