

Avis de la Ligue des droits humains sur la proposition de décret modifiant le décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration et le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la transparence de l'autorité publique.

Mars 2024

À l'attention de la Commission de la fonction publique du Parlement wallon.

Introduction

Votre courrier du 8 février dernier adressé à la Ligue des droits humains (LDH) a retenu toute notre attention. Nous saluons la volonté de la Commission de s'entourer d'avis extérieurs dans le cadre de ses travaux et vous remercions pour la confiance dont votre consultation témoigne à notre égard.

La proposition à l'examen recueille notre soutien en ce qu'elle renforce l'effectivité du droit à la transparence administrative. Il comprend le droit d'accès aux documents administratifs, consacré par l'article 32 de la Constitution selon lequel « [c]hacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 »¹. La *ratio legis* de ce droit est de favoriser une participation des citoyen·nes à l'administration, renforcer leur protection juridictionnelle, et « d'intégrer l'action de l'autorité plus fortement dans le processus démocratique du fait de l'existence d'un plus grand contrôle externe »². La Cour Constitutionnelle a établi que cette disposition vise à en faire un droit fondamental dont les exceptions doivent être justifiées et sont de stricte interprétation³.

Bien que le droit d'accès aux documents administratifs soit un droit fondamental, la LDH a été confrontée à son manque d'effectivité en pratique. En février 2022, elle a lancé une campagne de demandes d'informations relatives aux dispositifs de vidéosurveillance filmant l'espace public auprès de 280 communes et 80 zones de police de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Elle a essuyé de nombreux refus et a introduit un recours contre celui de la Ville de Mouscron auprès de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) wallonne. La CADA a donné raison à la LDH sur les principes, les documents devaient être transmis et le principe de publicité partielle devait s'appliquer pour certaines

¹ Const., art. 32.

² D. Renders, B. Gors, et C. Thiebaut, « La procédure d'accès aux documents administratifs », in. D. Renders, (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 566.

³ C.C., 19 décembre 2013, n°169/2013, B.16.2.

de leurs parties. Néanmoins, et comme nous le verrons *infra*, malgré une décision de principe de la CADA, force est de constater que l'état actuel du droit d'accès aux documents administratifs ne garantit pas la communication des documents demandés.

La proposition à l'examen vise à renforcer le droit à la transparence administrative et l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs. Pour cette raison, elle doit être soutenue. Elle en appelle néanmoins les remarques suivantes.

1. L'absence d'un pouvoir d'investigation et de contrainte au stade de l'instruction

Selon l'article 8^{ter} du décret du 30 mars 1995, une entité est tenue de transmettre à la CADA wallonne, non seulement le document objet de la demande mais également tout autre élément de droit ou de fait, document ou renseignement qui a motivé sa décision de rejet. Comme le relève la Cour constitutionnelle, « lorsque l'entité concernée allègue que ceux-ci sont confidentiels, il revient à la Commission d'apprécier la confidentialité invoquée en mettant en balance les exigences du contradictoire et celles des intérêts allégués par l'entité concernée, en vue de soumettre ou au contraire de soustraire ces éléments, documents ou renseignements à la contradiction »⁴. Or, dans les faits, il arrive régulièrement que les administrations ne communiquent pas les documents à la CADA wallonne au stade de l'instruction du dossier⁵. Il en fut ainsi lors du recours de la LDH contre le refus de la Ville de Mouscron. La CADA indiquait ne pas avoir reçu les pièces pour quasiment l'ensemble des documents demandés.

Conformément au droit reconnu par l'article 32 de la Constitution, le décret wallon de 1995, en son article 8^{ter}, dispose que l'obligation de collaboration dans le chef des parties adverses se fait sous peine d'une communication d'office : « À défaut de communication par l'entité concernée de la copie du document ou de tout autre élément, document ou renseignement justifiant sa décision de rejet, la Commission fait d'office droit au recours et décide, moyennant le respect des exceptions prévues à l'article 6 du présent décret, la production du document demandé »⁶.

En pratique, lorsque la CADA n'a pas l'occasion d'examiner les documents, elle ne peut pas apprécier *in concreto* les exceptions applicables. C'est ce qu'elle est forcée de constater dans son rapport de 2019 : « lorsque la Commission doit ordonner d'office l'accès aux documents moyennant le respect des exceptions, dans l'hypothèse de l'absence de toute collaboration de l'autorité administrative qui a refusé en amont de transmettre une copie des documents en cause aux membres de la Commission, il est fort peu aisé pour cette dernière de se prononcer en toute connaissance de cause sur les exceptions applicables, dès lors que par hypothèse elle n'a pas eu accès aux documents, ce qui rend cette sanction peu praticable dans les faits et présente un risque que la transmission des documents soit ordonnée

⁴ C.E., (15^e Ch.), 12 janvier 2022, n°252.604, p. 21. ; C.C., 25 novembre 2021, n°170/2021, B.24.

⁵ C.AD.A., *Rapport annuel 2022*, p. 29, accessible sur : <https://www.wallonie.be/fr/media/30>

⁶ Décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 28 juin 1995, art. 8^{ter}.

d'office sans réel examen des exceptions applicables »⁷. Prudente, la CADA rappelle alors aux autorités la marge de manœuvre dont elles disposent dans l'appréciation des exceptions. Il en résulte une nouvelle possibilité pour l'administration de se soustraire à la communication de certains documents par l'invocation d'exceptions. La possibilité de soumettre cette nouvelle décision à la CADA wallonne n'est pas garantie.

Pour résoudre ce problème, les auteurs de la proposition à l'examen introduisent la mise en place d'un mécanisme de substitution au stade de l'exécution de la décision. Il s'agit de la possibilité d'envoyer un agent relevant de l'autorité régionale chercher les documents nécessaires à l'exécution de la décision directement dans l'administration récalcitrante. En usant de ce mécanisme, la CADA serait donc en mesure d'examiner les documents, de leur appliquer les exceptions et de les communiquer à la partie demanderesse. Il est toutefois difficile d'établir en quoi ce mécanisme de substitution au stade de l'exécution renforcerait davantage l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs que l'introduction d'un pouvoir d'investigation et de contrainte au stade de l'instruction.

Doter la CADA d'un pouvoir d'investigation et de contrainte au stade de l'instruction lui permettrait, en amont, de rendre une décision plus informée et de donner des indications plus précises aux entités récalcitrantes sur les exceptions applicables. De cette façon, elle ne serait pas obligée de prendre connaissance des documents après avoir rendu sa décision, d'effectuer l'entièreté du travail de l'administration en analysant les exceptions applicables, et de les communiquer à l'administré. Malgré ces considérations, la CADA doit conserver la possibilité de communiquer les documents à la partie demanderesse. De cette façon, en dernier recours, l'administré-e ne sera plus contraint-e de s'adresser au juge judiciaire pour les obtenir.

Il faut noter que les décisions de la CADA wallonne se substituent à celle de l'autorité administrative en cause. En effet, la Cour constitutionnelle a établi que la CADA wallonne n'était pas une juridiction administrative, mais bien une autorité administrative⁸. Dans les travaux préparatoires du décret de 1995, il ressort « que cette Commission exerce non seulement un contrôle de la légalité des décisions des autorités auprès desquelles le demandeur avait sollicité la consultation d'un document administratif, mais qu'elle dispose aussi "d'un véritable pouvoir de réformation" et "d'un pouvoir d'appréciation autonome" et qu'elle est "chargée de prendre une décision qui se substituera à celle de l'autorité initialement saisie" »⁹.

Pour pallier l'absence d'un pouvoir d'investigation et de contrainte au stade de l'instruction dans le chef de la CADA wallonne, il est utile de s'inspirer de son homologue bruxelloise et des recommandations faites par la CADA wallonne elle-même. À Bruxelles, la CADA bruxelloise dispose

⁷ C.A.D.A., *Rapport annuel 2019*, p. 27, accessible sur : https://www.wallonie.be/sites/default/files/CADA_rapport_2019.pdf

⁸ C.C., 25 novembre 2021, n°170/2021.

⁹ Proposition de décret modifiant le décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration et le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer le rôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de la Région wallonne, *Doc., Parl. w., 2017-2018, n° 1075/1*, p. 3, cité dans C.C., 25 novembre 2021, n°170/2021, B4.

d'un pouvoir d'investigation et de contrainte au stade de l'instruction. L'article 28 §2 des décret et ordonnance conjoints du 16 mai 2019 dispose que « [l]orsque l'autorité administrative ne transmet pas à la Commission les documents administratifs ou les informations environnementales dans les délais établis aux alinéas 2 et 3, la Commission en fait mention dans le rapport annuel visé à l'article 31. § 2. Le Président de la Commission ou le membre qu'il désigne peut se rendre sur place pour prendre connaissance et copie du document administratif ou de l'information environnementale concernés par le recours et de tout autre document nécessaire au traitement de ce recours, en ce compris en faisant appel à la force publique »¹⁰.

Depuis qu'elle est décisionnelle, la CADA wallonne exprime le souhait que « lui soit expressément reconnue la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction sur demande ou d'office, lesquelles seraient suspensives du délai de quarante-cinq jours visé à l'article 8quinquies, alinéa 1^{er}, du décret du 30 mars 1995 »¹¹.

Recommandation : La possibilité de faire appel à la force publique pour se faire communiquer les documents devrait intervenir au stade de l'instruction, tout en conservant la possibilité pour la CADA de les communiquer à la partie demanderesse au stade de l'exécution.

2. Les sanctions au stade de l'exécution de la décision

Certaines administrations refusent de respecter les décisions de la CADA qui imposent la communication des documents.

Dans le cadre du recours de la LDH et malgré une décision de la CADA wallonne lui faisant injonction de communiquer les documents demandés sous 30 jours, la Ville de Mouscron n'a pas respecté ce délai, ayant affirmé lors d'un échange téléphonique analyser l'opportunité d'un recours en annulation au Conseil d'Etat (lequel induit un délai de 60 jours). Si cette réticence n'a pas donné lieu pour autant à une telle démarche, c'est seulement suite à la mise en demeure de la LDH que l'autorité s'est exécutée.

Pour garantir l'effectivité du droit fondamental qu'est le droit d'accès aux documents administratifs, il est indispensable qu'en plus de rendre des décisions contraignantes, les CADA soient dotées d'un pouvoir de sanction. Le 2 mai 2019, la modification du décret du 30 mars 1995 a érigé la CADA wallonne en un organe de recours et lui a donné un pouvoir de décision. Son article 8quinquies prévoit que c'est au gouvernement de fixer les sanctions dans le cas où l'entité concernée refuserait de se conformer à sa décision. Cependant, le gouvernement n'a jamais adopté ces sanctions. L'effectivité de ce droit fondamental s'en trouve grandement affaiblie.

LA volonté des auteurs·ices de la présente proposition de combler cette lacune en introduisant trois types de sanctions au stade de l'exécution de la décision doit être soutenue. La première de ces

¹⁰ Décret et ordonnance conjoints de la Région Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française du 16 mai 2019 relatifs à la publicité de l'administration dans les institutions bruxelloises, *M.B.*, 7 juin 2019, art. 28 §2.

¹¹ C.A.D.A., *Rapport annuel 2022*, p. 22, accessible sur : <https://www.wallonie.be/fr/media/30>

sanctions est un **mécanisme d'astreinte**, laquelle est essentielle pour garantir l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs. Il est accompagné de la deuxième sanction, un **mécanisme de substitution** avec la possibilité pour la CADA de communiquer elle-même les documents. Grâce à ces deux mécanismes, l'administré-e ne devra plus passer par le juge judiciaire pour faire exécuter la décision de communiquer les documents¹². Cependant, l'articulation entre l'astreinte et la substitution devrait être clairement explicitée. Comme nous l'avons fait remarquer au point 1, la possibilité pour la CADA de se procurer les documents devrait intervenir au stade de l'instruction, mais il est important de lui conserver la possibilité de les communiquer au stade de l'exécution de la décision. Cela lui permet, par exemple, de se prémunir des situations où les autorités se contenteraient de payer les astreintes en refusant de communiquer les documents. La troisième sanction consiste en la **publication** de la liste des entités soumises aux astreintes sur un site officiel wallon. Cette sanction renforcerait grandement l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs. Comme l'a fait remarquer la CADA, il serait plus pertinent de publier l'ensemble des entités en défaut d'exécuter une décision de la CADA, que le demandeur ait ou non lancé le mécanisme d'astreinte, plutôt que de lier la publicité à l'astreinte. Il est également utile de prévoir une publication similaire dans les bulletins communal et provincial.

L'article 8ter du décret du 30 mars 1995 prévoit qu' « [à] défaut de communication par l'entité concernée de la copie du document ou de tout autre élément, document ou renseignement justifiant sa décision de rejet, la Commission fait d'office droit au recours et décide, moyennant le respect des exceptions prévues à l'article 6 du présent décret, la production du document demandé ».

Recommandations : 1. Introduire un mécanisme d'astreinte, assorti de la possibilité pour la CADA de venir chercher les documents et de les communiquer à l'administré-e., sans préjudice de la possibilité de faire appel à la force publique pour se procurer les documents au stade de l'instruction. 2. Publier une liste de l'ensemble des entités récalcitrantes sur un site internet et dans les bulletins communal et provincial.

3. Vers davantage de publicité active

Le manque de transparence administrative ne résulte pas seulement d'un manque d'effectivité de la publicité passive mais surtout du manque de publicité active de la part des administrations. L'amélioration et l'augmentation de la publicité active seraient les modifications les plus bénéfiques à une transparence administrative permettant le contrôle démocratique des institutions, sans augmentation de la charge administrative relative aux demandes individuelles. En effet, elles réduiraient le nombre de demandes d'informations aux autorités administrative et de recours à la CADA car les administré-es auraient déjà un accès simplifié aux informations qui les intéressent.

¹² Et il ne sera retrouvé plus bloqué dans le cas où la CADA ne s'est pas fait communiquer les documents et se voit dans l'obligation de laisser un pouvoir d'appréciation à l'administration, car la communication d'office risquerait de porter atteinte à des intérêts protégés par les exceptions. En effet, le cas échéant, le juge judiciaire ne peut pas enjoindre la communication des documents car il ne dispose pas du pouvoir d'appréciation dévolu à l'administration. Le Conseil d'État, quant à lui, peut seulement confirmer ou annuler la décision de la CADA. Dans cette situation précise, une piste pour l'administré-e serait de poursuivre les agents de l'administration sur base de l'article 151 du Code pénal. Heureusement, la proposition à l'examen permettrait de résoudre la situation, surtout si elle dote également la CADA d'un pouvoir d'instruction.

3.1 Le risque de la réutilisation de l'*open data* à des fins commerciales

Comme cela a été mis en évidence dans les débats parlementaires de la proposition à l'examen, l'*open data* favorise la participation des citoyen·nes et des associations dans le processus démocratique en leur donnant des éléments d'information qui leur permettent d'entrer dans le débat politique.

Cependant, les parlementaires ont fait remarquer que la publication des informations publiques pourrait entrer en conflit avec l'article 10 du décret de 1995. Ce dernier dispose que « [l]es documents administratifs obtenus en application du présent décret ne peuvent être diffusés ni utilisés à des fins commerciales ». Dans le cadre de la publicité active, les informations seraient diffusées afin d'augmenter la participation des citoyen·nes dans le processus démocratique. Ce qui pourrait poser des difficultés, c'est la réutilisation de ces informations par des entreprises à des fins commerciales et la difficulté de la contrôler. Il est tout de même important de noter que cela ne concerne qu'une faible proportion des informations qui pourrait faire l'objet d'une publicité active. En effet, les exceptions leurs sont également applicables, notamment en ce qui concerne la vie privée et le secret des affaires, ce qui réduit grandement le risque de réutilisation à des fins commerciales.

3.2 Des pistes pour la réalisation de la publicité active

Le 12 juin 2023, dix organisations de la société civile dont la LDH, adressaient six propositions pour une véritable transparence administrative au niveau fédéral¹³. Ces propositions sont une source d'inspiration intéressante pour la proposition à l'examen, surtout en ce qui concerne l'introduction de davantage de publicité active. Les organisations proposaient de s'inspirer de « la publicité active à Bruxelles et de son site *openbudgets.be.brussels* qui permet de rechercher les subsides, factures, et marchés publics de la Région bruxelloise »¹⁴. Elles indiquaient qu'il pourrait également y avoir un site internet avec un moteur de recherche pour consulter d'autres documents qui sont déjà dans des bases de données¹⁵. De plus, elles demandaient « qu'un cadastre des banques de données disponibles soit réalisé afin d'élargir la liste de documents accessibles en publicité active/open data »¹⁶.

Nous incitons la prochaine majorité politique à adopter une politique de publicité active.

Recommandation : La proposition à l'examen devrait augmenter et améliorer la publicité active. Cela passe par la mise à disposition d'*open data*. Elle peut s'inspirer du site bruxellois *openbudgets.be.brussels*, créer un site internet avec un moteur de recherche pour consulter d'autres documents qui sont déjà dans des bases de données, et créer un cadastre des banques de données disponibles.

¹³ Communiqué conjoint de dix organisations de la société civile, « Six propositions pour une véritable transparence administrative au fédéral », *Ligue des droits Humains*, accessible sur : <https://www.liguedh.be/six-propositions-pour-une-veritable-transparence-administrative-au/>

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

Conclusions

En donnant à la CADA la possibilité de sanctionner les entités qui refusent d'exécuter ses décisions, la proposition à l'examen renforce l'effectivité du droit d'accès aux documents administratifs et par là, garantit le droit des citoyen·nes à l'exercice de leur pouvoir de contrôle démocratique et leur participation citoyenne. Elle représente également l'opportunité de répondre au souci d'une plus grande information des citoyen·nes et de contribuer à la relation de confiance entre l'administration et les administré·es en introduisant davantage de publicité active.