

Conclusions de la journée d'études sur les communes et la transparence administrative

Robert Andersen

Président de chambre au Conseil d'Etat

Professeur extraordinaire à l'U.C.L.

Le titre de la journée d'études ne correspond pas exactement au contenu des rapports écrits et oraux. C'est, en effet, d'accès aux documents administratifs qu'il a été exclusivement question. Ce n'est toutefois pas le fruit du hasard si ce titre a été choisi. L'accès aux documents administratifs participe en effet de ce vaste mouvement de réforme qui conduit à substituer au règne du silence et du secret, celui de la communication et de la transparence. Certes, l'administration n'est pas encore cette maison de verre où des agents se tiennent constamment à la disposition des citoyens en vue de leur expliquer, pièces à l'appui, dans un langage simple et accessible la portée des décisions qui les concernent. Il s'agit là d'un idéal que l'on ne peut espérer atteindre que par étapes successives. Une série de mesures ont été prises qui vont dans le bon sens: modification des heures d'ouverture des administrations en vue de faciliter l'accès des administrés; identification, dans la correspondance, du fonctionnaire traitant le dossier; accentuation dans les divers statuts des devoirs des agents publics vis-à-vis des administrés. Si certaines de ces mesures sont presque passées inaperçues, il en est d'autres qui ont retenu davantage l'attention. Il en va ainsi de l'obligation de motiver formellement les actes administratifs, c'est-à-dire d'indiquer dans l'acte (*instrumentum*) les motifs de fait et de droit qui ont conduit l'autorité administrative à l'adopter, et du droit d'accès aux documents administratifs. Ce droit a été jugé tellement important que le constituant lui a consacré un article. L'article 32 de la Constitution érige en principe le libre accès aux documents administratifs. Il place ce droit sous la protection du pouvoir législatif auquel il appartient seul d'en fixer les conditions d'exercice et d'y apporter, le cas échéant, certaines restrictions.

Se fondant sur cette disposition constitutionnelle, et parfois même l'anticipant, les diverses autorités législatives ont, chacune dans la sphère de ses compétences, légiféré en matière de publicité de l'administration. Cette publicité s'exprime de deux manières: d'une part, l'administration doit, de sa propre initiative, prendre toute une série de mesures visant à informer les administrés sur le fonctionnement de l'administration et sur les recours dont ils disposent – c'est la publicité dite passive –; d'autre part, elle doit fournir, seulement quand l'administré lui en fait la demande, d'où l'expression «publicité active»,

les documents auxquels il souhaite avoir accès. C'est ce second aspect en tant qu'il concerne les communes qui a été au centre des réflexions.

La volonté du constituant clairement exprimée au cours des travaux préparatoires de l'article 32 est de donner aux administrés un accès aussi étendu que possible aux documents administratifs. La publicité est la règle, et les restrictions que le pouvoir législatif est autorisé à y apporter sont des exceptions qui, comme toute restriction en matière de libertés et de droits fondamentaux, sont d'interprétation restrictive. Les divers législateurs qui, en ordre dispersé, ont réglé la matière ont été animés de la même volonté d'ouvrir largement l'accès aux documents administratifs. La loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes va dans le même sens.

Comme l'a montré M.-A. DELVAUX dans son rapport consacré à cette loi, celle-ci a un champ d'application extrêmement étendu.

Ratione personae tout d'abord. Loin de réserver le droit d'accès aux habitants de la commune ou de la province, c'est à chacun qu'elle reconnaît ce droit. Aucune distinction n'est ainsi établie selon la nationalité, la résidence ou encore selon qu'il s'agit d'une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public. Qui plus est, sauf pour les documents à caractère personnel, le demandeur ne doit pas justifier d'un intérêt (article 5, alinéa 2, *a contrario* de la loi). Ce droit peut être revendiqué à l'égard de toute autorité administrative provinciale ou communale. La notion d'autorité administrative est définie, comme dans la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, par référence à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. La notion d'autorité administrative communale s'étend notamment aux fabriques d'église et aux associations sans but lucratif dans lesquels une commune occupe une place prépondérante. Ne sont toutefois pas inclus dans le champ d'application *ratione personae* les intercommunales et les centres publics d'aide sociale, lesquels sont soumis à d'autres législations en matière de publicité de l'administration.

Ratione materiae, le champ d'application est tout aussi vaste. En effet, le droit d'accès s'entend non seulement du droit de prendre connaissance sur place de tout document administratif ou d'en recevoir communication sous forme de copie, mais également du droit d'obtenir des explications à son sujet, ce qui va au-delà du prescrit constitutionnel. La demande peut porter sur tout document administratif, c'est-à-dire sur toute information, quel qu'en soit le support, dont dispose l'autorité administrative. A cet égard, il a été souligné, à plusieurs reprises, au cours de la journée d'études, que ce droit n'est pas limité aux documents administratifs qui consignent la décision finale mais s'étend à tous les documents qui l'ont précédée et préparée. Le demandeur ne doit même pas attendre que la décision finale soit intervenue pour avoir accès à ces documents, mais peut les obtenir au fur et à mesure de leur disponibilité (une telle restriction est seulement prévue dans le décret du Parlement flamand du 18 mai 1999 relatif à la publicité de l'administration dans son article 8, § 4). Les seuls documents qui peuvent être refusés – il s'agit d'une faculté pour l'autorité communale – sont ceux dont la divulgation peut être source de

méprise en raison de leur caractère inachevé ou incomplet (article 7, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi). De même, il n'est pas nécessaire, pour que le droit puisse s'exercer, que le document émane de l'administration; des documents d'origine privée sont également communicables dès lors qu'ils sont détenus par l'autorité administrative communale. Ce point n'est toutefois pas sans susciter des difficultés comme les débats l'ont révélé, notamment en ce qui concerne les soumissions en matière de marchés publics ou les études effectuées par des bureaux d'études et des experts à la demande des pouvoirs publics.

Comme les actes législatifs qui l'ont précédée, la loi du 12 novembre 1997 ne consacre pas l'existence d'un droit absolu, illimité d'accès aux documents administratifs. Outre les exceptions déjà établies par le législateur fédéral, décretal ou ordonnanciel pour des motifs relevant de l'exercice des compétences de l'autorité fédérale, de la communauté ou de la région, l'article 7 énumère quatre hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative provinciale ou communale peut refuser l'accès aux documents administratifs. M.-A. DELVAUX a passé ces diverses exceptions en revue, dans son rapport.

A. STROWEL s'est, lui, attaché à examiner dans quelle mesure le droit d'auteur et les droits voisins sont susceptibles d'entrer en conflit et de limiter le droit d'accès aux documents administratifs. Son analyse a porté plus particulièrement sur l'article 10 de la loi du 12 novembre 1997. Contrairement aux idées reçues, il a montré l'inutilité de l'alinéa 1^{er} de cet article, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'étant jamais requise – en tout cas lorsqu'il s'agit d'œuvres fixées sur un support analogique – pour consulter un document ou obtenir des explications à son propos. La législation relative au droit d'auteur ne requiert cet accord qu'en cas de reproduction au sens large de l'œuvre ou de communication de celle-ci au public. Après avoir rappelé que le droit d'auteur et la publicité de l'administration poursuivent des finalités similaires, le rapporteur a cependant admis que des conflits entre les deux sont inéluctables. Un équilibre doit être trouvé entre le droit du public à l'accès aux documents administratifs et le droit de l'auteur à la protection de son œuvre. Pour A. STROWEL, l'alinéa 2 de l'article 10 ne présente d'autre intérêt que de rappeler directement aux autorités administratives, provinciales et communales les limites du droit d'auteur telles qu'elles résultent de la définition légale de l'étendue de ce droit. Il était sans doute – écrit-il – important de le faire. Cela ne doit cependant pas faire oublier que ce droit peut faire l'objet d'autres limitations résultant notamment de la théorie de l'abus de droit.

A.-L. DURVIAUX a choisi de faire rapport sur le secret des affaires et la transparence administrative en matière de marchés publics. Elle s'est, dans un premier temps, employée à montrer comment la transparence irradie véritablement tout le droit des commandes publiques avec cette précision que la notion de transparence y est entendue dans des acceptions bien différentes, parfois même contradictoires. Elle est traditionnellement conçue comme un moyen d'assurer une saine concurrence entre les entreprises. La publicité des avis de marché est, à cet égard, indispensable. Pour remplir correctement sa fonction, cette publicité doit aller de pair avec un libellé clair des critères de sélection

qualitative, dès la publication des avis, et des critères d'attribution, à tout le moins, dans le cahier spécial des charges. Sur ce dernier point, le rapporteur a critiqué la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la pondération des critères d'attribution peut avoir lieu après l'ouverture des offres à condition de ne pas être discriminatoire. Selon A.-L. DURVIAUX, le pouvoir adjudicataire devrait avoir l'obligation d'annoncer, dès l'avis de marché, le système de pondération des critères d'attribution qu'il entend appliquer au stade de la comparaison des offres. Elle a également critiqué l'absence de distinction nette entre les critères de sélection qualitative et d'attribution du marché et a appelé de ses vœux une clarification de ces notions.

Entrant dans le vif du sujet, le rapporteur a ensuite évoqué les différentes dispositions spécifiques relatives à la publicité des décisions d'attribution du marché. Comme le relève le rapporteur, l'étendue de l'information dispensée et le moment de sa divulgation varient selon le mode d'attribution du marché. Des restrictions sont prévues. Ne sont pas communicables certaines informations dont la divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, seraient contraires à l'intérêt public, porteraient atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourraient nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. La question se pose toutefois, et a effectivement été posée, de la validité de restrictions apportées par la voie de simples arrêtés royaux à un droit qui est constitutionnellement garanti et qui ne peut être, selon l'article 32 de la Constitution, limité que par le pouvoir législatif. Ne faut-il pas appliquer exclusivement aux demandes d'accès aux documents administratifs, que celles-ci émanent d'un soumissionnaire ou d'un tiers, les textes de valeur législative qui règlent la matière avec les exceptions qui y sont prévues.

Le problème de la coexistence de régimes généraux et de régimes spéciaux d'accès aux documents administratifs a fait l'objet du rapport de F. JONGEN. Pour celui-ci, l'article 14 de la loi du 12 novembre 1997 permet de résoudre les problèmes de compatibilité entre la loi générale du 12 novembre 1997 et les lois particulières organisant des régimes spécifiques de publicité. Les dispositions de la loi générale et de la loi spéciale doivent être combinées dans l'intérêt de la publicité. En d'autres termes, il faut chaque fois retenir la disposition qui assure la publicité la plus étendue.

C'est en fonction de ce principe que F. JONGEN a examiné successivement les rapports entre la loi du 12 novembre 1997 et un certain nombre de dispositions particulières susceptibles d'entrer en conflit avec elle. On peut toutefois se demander si l'article 14 précité suffit effectivement à régler tous les conflits. Les travaux préparatoires de cet article ainsi que ceux relatifs à des dispositions similaires d'autres législations en matière de publicité permettent d'en douter. L'article 14 semble bien ne pas exclure l'hypothèse dans laquelle une loi spéciale institue un système complet de publicité excluant le cumul avec la loi générale. Cette loi spéciale peut d'ailleurs contenir une disposition expresse en ce sens.

Il ne faut pas non plus perdre de vue que la loi générale réserve elle-même un certain nombre de cas dans lesquels l'accès aux documents administratifs

peut être restreint, voire même supprimé. On pense tout particulièrement à l'article 6, § 2, 2°, de la loi (fédérale) du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration qui fait défense à l'autorité administrative fédérale ou non fédérale de donner accès à des documents administratifs dont la publication porterait atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi.

Par ailleurs, l'application cumulative de la loi générale et de la loi spéciale, telle qu'elle est notamment prévue par l'article 14 de la loi du 12 novembre 1997, n'est pas non plus – il faut en être conscient – aisée à mettre en œuvre.

L'autorité administrative, et notamment l'autorité communale, est confrontée à une tâche difficile. Il lui faut non seulement prendre à la fois en compte la loi générale du 12 novembre 1997 et les dispositions législatives qui prévoient une publicité plus étendue de l'administration, mais il lui faut encore, lorsqu'elle applique la loi du 12 novembre 1997, avoir égard tant aux exceptions qu'elle contient, qu'aux autres exceptions établies par la loi, le décret ou l'ordonnance pour des motifs relevant de l'exercice des compétences de l'autorité fédérale, de la communauté ou de la région. Certes, la loi, le décret ou l'ordonnance et les exceptions qu'ils formulent se ressemblent, ils présentent néanmoins quelques différences qui risquent d'induire en erreur tant l'administration saisie d'une demande d'accès à des documents administratifs que le demandeur lui-même. A cet égard, on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable qu'un accord de coopération soit conclu entre l'Etat fédéral et les entités fédérées en vue de gommer, autant que faire se peut, les différences.

M. LEROY a, dans son rapport écrit et plus encore dans son exposé, synthétisé les procédures à suivre en vue d'accéder aux documents administratifs et rappelé les recours tant administratifs que juridictionnels dont dispose le demandeur en cas de refus explicite ou implicite de l'autorité administrative. On aurait pu s'attendre – écrit-il – à ce que l'existence de cette procédure mette fin à la pratique qui consiste à introduire un recours en annulation au Conseil d'Etat dans le seul but d'avoir accès au dossier administratif. Malheureusement – poursuit-il – ni en 1994, ni en 1997, le législateur n'a songé à articuler adéquatement les recours permettant d'avoir accès aux documents administratifs avec le recours en annulation. Le plus souvent, en effet, l'intéressé n'aura accès au dossier administratif qu'après l'expiration du délai du recours contentieux devant le Conseil d'Etat qui est, rappelons-le, d'ordre public. Et le rapporteur de plaider en faveur d'une meilleure articulation des procédures et des délais et de la reconnaissance d'un effet suspensif sur le délai de recours contentieux, à la demande d'accès.

Les difficultés de mise en œuvre et les lacunes de la loi du 12 novembre 1997 ne sauraient justifier une attitude négative des autorités administratives et de leur personnel. L'accès aux documents administratifs constitue en effet une amélioration sensible par rapport à la situation préexistante, une étape significative dans la voie de la démocratisation des rapports entre le citoyen et l'administration. Les réformes législatives doivent s'accompagner d'une réforme des esprits, c'est évident. Mais l'objectif poursuivi est noble et mérite bien quelques efforts.