



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.176/4
du 17 décembre 2020

sur

une proposition de décret de la Région wallonne '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'

Le 19 octobre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement wallon à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur une 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', déposée par MM. DESQUESNES, DISPA, ANTOINE, BASTIN et Mme VANDORPE (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2020-2021, n° 252/001).

La proposition a été examinée par la quatrième chambre le 17 décembre 2020. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Véronique SCHMITZ, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 décembre 2020.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations suivantes.

EXAMEN DE LA PROPOSITION

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de la proposition tend à compléter l'article 2, § 1^{er}, du décret du 30 mars 1995 'relatif à la publicité de l'administration' par un nouvel alinéa rédigé comme suit :

« La même commission de recours [la commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement, en abrégé la CRAIE] envoie pour avis son projet de décision à la commission visée à l'article 8 [la commission d'accès aux documents administratifs, en abrégé la CADA]. L'avis est rendu dans les sept jours à dater de la réception de la demande ».

Selon le commentaire de l'article 1^{er}, l'objectif poursuivi est le suivant :

« Dans son rapport d'activités 2019, la CADA constate un risque de jurisprudences divergentes entre la CADA et la Commission de recours pour le droit à l'information en matière d'environnement (CRAIE) sur l'application du décret, spécialement en ce qui concerne la compétence respective de ces commissions (article 8, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 30 mars 1995). La question se pose spécialement en ce qui concerne des dossiers 'mixtes', c'est-à-dire qui contiennent à la fois des informations environnementales et d'autres documents.

Les auteurs de la présente proposition de décret proposent que la CRAIE, lorsqu'elle est confrontée à un dossier mixte impliquant que celle-ci est compétente pour interpréter le décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, demande un avis à la CADA. Ceci permet d'assurer une coopération entre les deux commissions et implique naturellement une harmonisation des jurisprudences. L'avis n'étant pas un avis conforme, la CRAIE peut s'écarter de l'avis de la CADA ».

En vertu de la seconde phrase de l'article 2, § 1^{er}, du décret du 30 mars 1995, tel que remplacé par le décret du 2 mai 2019, la CRAIE est chargée de connaître de recours dans lesquels sont en cause aussi bien des informations non environnementales que des informations environnementales.

[‡] S'agissant d'une proposition de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

La proposition appelle les observations suivantes :

– la proposition doit mieux refléter l'intention de ses auteurs de solliciter l'avis de la CADA dans cette hypothèse bien précise. Lors des travaux préparatoires, il y aura donc lieu de remplacer les mots « La même commission de recours » par les mots « Dans les cas visés à l'alinéa précédent, la même commission de recours ... (la suite comme dans la proposition) » ;

– selon l'interprétation donnée par la CRAIE à la seconde phrase de l'article 2, § 1^{er}, du décret du 30 mars 1995, le projet de décision ne doit être envoyé pour avis à la CADA que dans le seul cas d'un recours dans lequel une personne a demandé la communication d'un document qui comporte à la fois des informations non environnementales et des informations environnementales c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un « document mixte »¹ et non pas, comme mentionné dans le commentaire de l'article, dans les cas d'un « dossier mixte » ;

– afin de ne pas bloquer le fonctionnement de la CRAIE dans l'hypothèse où un avis ne serait pas donné par la CADA dans les sept jours, il conviendrait, lors des travaux préparatoires, de compléter la proposition afin de prévoir « qu'à défaut d'avis rendu dans les sept jours, il est passé outre ».

Cet ajout permettra en outre de veiller à ce que le citoyen ne soit pas, sans limite de temps, privé de l'exercice de son droit constitutionnel d'accès aux informations environnementales tel qu'il est lui garanti par ailleurs par le Code wallon de l'Environnement.

L'article 1^{er} de la proposition sera revu en ce sens.

Articles 4 à 6 et 8

L'article 4 a pour conséquence que les auteurs de la proposition retiennent la seule « lettre recommandée » comme moyen conférant date certaine au recours devant la CADA (article 8*bis*, alinéa 1^{er}, proposé du décret du 30 mars 1995). Tel est également la portée des articles 5, 6 et 8 de la proposition (respectivement les articles 8*bis*, alinéa 3, 8*ter*, alinéa 1^{er}, et 8*quinquies*, § 1^{er}, proposés du même décret).

Dans son avis n° 64.390/4 donné le 5 novembre 2018 sur une proposition devenue le décret du 2 mai 2019 '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

¹ À contrario, si les informations non environnementales et les informations environnementales figurent dans des documents distincts, la CRAIE n'est pas compétente pour connaître du recours en tant qu'il se rapporte à un ou à des documents qui ne contiennent pas d'informations environnementales (Décision de la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement du 12 septembre 2019 sur le recours n° 1001 ; <http://environnement.wallonie.be/cgi/dgrne/aerw/pe/droitinfo/1001.pdf>).

renforcer le rôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de la Région wallonne'², la section de législation a formulé l'observation suivante :

« Compte tenu de l'évolution technologique des moyens de communication, la question se pose de savoir si l'exigence d'une 'lettre recommandée' et non pas d'un 'envoi recommandé ou de tout autre moyen conférant date certaine à l'envoi et à la délivrance de cet envoi' se justifie pleinement ».

La même observation vaut en l'espèce.

Afin de répondre à la critique formulée par la CADA à ce sujet dans son rapport d'activités 2019³, il y aurait lieu non pas de supprimer les mots « tout autre moyen conférant date certaine et à la délivrance de cet envoi », comme prévu dans les articles 4 à 6 et 8 de la proposition, mais de privilégier les termes « envoi recommandé » et d'énumérer, dans le dispositif proposé, quels sont les autres procédés qui confèrent date certaine.

Les articles 4 à 6 et 8 de la proposition seront revus en conséquence.

Article 7

L'article 7 du projet tend à compléter l'article 8^{ter}, du décret du 30 mars 1995, par un alinéa qui prévoit que « [l]es membres de la Commission sont tenus au secret professionnel conformément à l'article 458 du Code pénal ».

Dans les développements, il est indiqué ce qui suit :

« L'absence de renvoi explicite à l'obligation pour les membres de la CADA d'être tenus au secret professionnel est parfois utilisé comme élément justifiant pour une entité de ne pas coopérer avec la CADA. La Région wallonne a récemment plaidé dans ce sens dans le cadre d'un contentieux relatif aux licences d'exportation d'armes. Une question préjudicielle a été envoyée à la Cour constitutionnelle à ce propos ».

Par une décision n° 45/1 du 27 avril 2020, la CADA a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« L'article 8^{ter} du décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 sur la publicité de l'administration, tel qu'il a été inséré par l'article 7 du décret de la Région wallonne du 2 mai 2019, en ce que cette disposition prévoit une obligation pour l'entité concernée de communiquer les documents sollicités, alors que le décret précité du 30 mars 1995 ne prévoirait pas d'obligation de confidentialité spécifique s'imposant aux membres de la Commission d'accès aux documents administratifs instaurée par ce décret, viole-t-il les articles 10, 11 et 32 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec les articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui créerait une discrimination entre les personnes soumises au secret professionnel visé à l'article 458 du Code pénal et les membres de ladite Commission ainsi qu'entre les entités qui doivent communiquer des documents confidentiels à des

² Doc. parl., Parl. wall., 2017-2018, n° 1075/2, pp. 2 et 3, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64390.pdf>.

³ <http://www.cada-wb.be> (Rapport 2019).

personnes soumises à ce secret professionnel et celles qui doivent communiquer des documents confidentiels à cette Commission ; et ce qui priverait ladite Commission de l'exercice du contrôle dont elle est chargée par le décret précité du 30 mars 1995 et, partant, créerait une violation du droit d'accès aux documents administratifs ? »⁴⁻⁵.

En insérant dans le décret du 30 mars 1995 une disposition visant à soumettre les membres de la CADA au secret professionnel, l'article 7 de la proposition peut être conçu de façon indépendante de cette discussion, dont il n'influence pas l'issue, de sorte qu'il ne soulève pas d'objection à cet égard.

Articles 9 à 12 et 19

Les articles 9 à 12 de la proposition tendent à mettre en place un mécanisme d'astreinte pour assurer le respect des décisions de la CADA lorsqu'une entité n'exécute pas la décision visée à l'article 8^{quinquies}, § 1^{er}, du décret du 30 mars 1995⁶.

Il ressort des développements relatifs aux articles 10 et 11 que

« [l]es auteurs se sont largement inspirés du chapitre XXIII du Code judiciaire à ceci près que la Commission est tenue de condamner à l'astreinte l'entité en défaut là où il s'agit d'une faculté du juge dans le cadre d'un contentieux judiciaire et qu'un plafond d'astreinte est prévu ».

La question se pose de savoir si cette astreinte sera ordonnée par la CADA en tant qu'autorité administrative ou en tant que juridiction administrative.

À ce sujet, la CADA a récemment estimé, en posant une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, qu'elle se considérait comme une juridiction administrative.

Dans sa décision n° 45/1 du 27 avril 2020, la CADA affirme ce qui suit :

« 12. Il découle de l'article 142, alinéa 3, de la Constitution et de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle que seules les 'juridictions' peuvent saisir la Cour de questions préjudicielles. La Cour constitutionnelle rappelle à cet égard que '[b]ien que les travaux préparatoires de ces dispositions ne donnent aucune définition de la notion de 'juridiction' habilitée à poser une question préjudicielle à la Cour, il peut être déduit de l'objectif poursuivi par l'instauration de la procédure préjudicielle qu'il convient de donner une interprétation large à cette notion' »⁷.

⁴ http://www.cada-wb.be/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&hash=b0dc1727efce73a01ec2d98e7ce659885b37e97e&file=fileadmin/sites/cada/upload/cada_commun/documents/Decisions_2020/Decision_n_45-1_anonymisee.pdf.

⁵ Cette affaire est inscrite sous le numéro 7395 du rôle de la Cour constitutionnelle, 8 mai 2020, *M.B.*, 16 juin 2020.

⁶ Voir également l'article 19 de la proposition.

⁷ Note de bas de page n° 4 de la décision citée : *C. Const.*, n° 102/2019 du 27 juin 2019, B.1.2.

En l'espèce, la Commission exerce sa mission en toute indépendance et impartialité⁸, elle est présidée par un magistrat⁹, et elle se prononce à huis clos sur des recours¹⁰, le décret du 2 mai 2019 lui ayant conféré une compétence décisionnelle et imposant le respect du principe du contradictoire¹¹. La Commission dispose également d'un pouvoir d'investigation¹². Les membres de la Commission ne participent pas aux délibérations en cas de possibles conflits d'intérêts¹³, et peuvent être déchargés de leurs fonctions en cas de manquements à leurs devoirs ou en cas d'atteinte à la dignité de leurs fonctions.

Par ailleurs, à la différence d'autorités auxquelles la Cour constitutionnelle a déjà dénié la qualité de juridiction, les décisions de la CADA font bien l'objet d'un recours devant une autre juridiction¹⁴ et ses décisions ne sont en rien ni concertée avec le Gouvernement wallon, ni ne permettent à celui-ci d'intervenir ou de se saisir d'une cause soumise à la Commission¹⁵. La Commission n'est en outre pas inscrite dans la structure hiérarchique de l'administration wallonne, à plus forte raison depuis que les membres nommés parmi les fonctionnaires de la Région ou des personnes morales de droit public qui en dépendent ont été seulement dotés d'une voix consultative par le décret précité du 2 mai 2019¹⁶.

La Commission présente dès lors plusieurs traits d'un organe juridictionnel de sorte que, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'instauration de la procédure préjudicielle, elle peut relever d'une interprétation large de la notion de 'juridiction'.

13. En outre, la qualification de 'juridiction' doit s'apprécier au regard du droit d'accès au juge constitutionnel.

Ainsi, si la qualité de juridiction était déniée à la Commission, la question préjudicielle soulevée par la partie adverse – qui remet en cause le fonctionnement même de la Commission, de même que l'exercice de sa mission légale – ne pourrait alors jamais être soumise à la juridiction constitutionnelle, puisque, même dans l'hypothèse d'un recours éventuel devant le Conseil d'État, une question préjudicielle concernant la procédure au stade de la Commission ne pourrait pas être posée dès lors qu'elle ne serait manifestement pas utile à la solution du litige porté devant la haute juridiction administrative.

Il y a dès lors lieu de poser à la Cour la question préjudicielle telle qu'elle a dû être reformulée par la Commission ».

⁸ Note de bas de page n° 5 de la décision citée : Article 8sexies du décret du 30 mars 1995.

⁹ Note de bas de page n° 6 de la décision citée : Article 8, § 6, du décret du 30 mars 1995.

¹⁰ Note de bas de page n° 7 de la décision citée : Article 8quinquies, § 1^{er}, du décret du 30 mars 1995.

¹¹ Note de bas de page n° 8 de la décision citée : Article 8quater, § 2, du décret du 30 mars 1995.

¹² Note de bas de page n° 9 de la décision citée : Articles 11 et 12 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 9 juillet 1998.

¹³ Note de bas de page n° 10 de la décision citée : Article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 9 juillet 1998.

¹⁴ Note de bas de page n° 11 de la décision citée : À la différence de l'autorité disciplinaire visée par C.A., n° 186/2006 du 29 novembre 2006, B.6.

¹⁵ Note de bas de page n° 12 de la décision citée : À la différence du Conseil flamand de la radio et de la télévision visé par C.A., n° 124/2000 du 29 novembre 2000, B.3.1.

¹⁶ Note de bas de page n° 13 de la décision citée : Article 8, § 6, al. 3 du décret du 30 mars 1995, qui marque notamment la différence avec l'autorité fiscale visée par C.A., n° 67/98 du 10 juin 1998.

La question de savoir si cette astreinte sera ordonnée par la CADA en tant qu'autorité administrative ou en tant que juridiction administrative est en lien direct avec la réponse qui sera donnée par la Cour constitutionnelle sur la question préjudicielle qui lui est posée dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro 7395.

Toutefois, quoi qu'il en soit de la réponse à donner à cette question, force est de constater que l'article 11 de la proposition donne, en tout cas, lieu à critique en ce qu'il n'offre à l'autorité administrative récalcitrante aucune possibilité de réagir préalablement à l'imposition d'une astreinte.

En effet, rien, dans l'article 8sexies/1 proposé, n'est prévu à cet égard. Au contraire, cette disposition, en son paragraphe 1^{er}, prévoit que la CADA condamne de manière automatique à une astreinte l'entité en défaut lorsque le demandeur a introduit une demande en ce sens.

En conclusion, sachant qu'il n'appartient pas à la section de législation de se prononcer sur l'opportunité qu'il y aurait, en raison du contexte juridique actuel incertain en ce qui concerne la nature administrative ou juridictionnelle de la CADA, de maintenir ou d'omettre dans la proposition le régime d'astreinte envisagé, il y a lieu, si ce régime est maintenu, de le compléter de manière à garantir le caractère contradictoire de la procédure d'imposition de l'astreinte.

Articles 14, 18 et 20

L'article 14 de la proposition prévoit notamment d'abroger l'article L1561-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) qui dispose que « [l]a délivrance du document visé à l'article L1561-1, 1^o [à savoir tout document administratif détenu par une intercommunale ou une société à participation publique locale significative], peut être soumise au paiement d'une rétribution dont le montant est fixé par le conseil d'administration [...] ».

L'article 18 de la proposition a pour objet d'abroger l'article L3221-2 du CDLD qui est rédigé de la manière suivante : « La délivrance du document visé à l'article L3221-1, 2^o [à savoir le document que, dans le cadre de la publicité active, la commune ou la province publie et qui décrit les compétences et l'organisation du fonctionnement de toutes les autorités administratives qui en dépendent et qu'elles tiennent à la disposition du public], peut être soumise au paiement d'une rétribution dont le montant est fixé par le conseil provincial ou communal. [...] ».

Par contre, l'article 20 de la proposition tend à abroger les articles L3231-1 à -7 du CDLD (lesquels concernent la publicité passive des documents administratifs communaux et provinciaux) sans prévoir d'abroger l'article L3231-9 du CDLD qui prévoit que « [l]a délivrance d'une copie d'un document administratif peut être soumise au paiement d'une rétribution dont le montant est fixé par le conseil provincial ou communal. [...] ».

En application de l'article 15 de la proposition, qui rend applicable dans sa globalité aux autorités qu'il mentionne le décret du 30 mars 1995, l'attention des auteurs de la proposition est attirée sur le fait que, sauf disposition en sens contraire, le montant de la rétribution éventuellement due sera dorénavant fixé par le Gouvernement, ce qui sera le cas dans les hypothèses actuellement réglées par les articles L1561-3 et L3221 2 du CDLD, mais non dans le cas prévu par l'article L3231-9 du CDLD.

Sur ce point, il y a lieu d'assurer la cohérence entre les articles 14, 18 et 20 de la proposition, en veillant par ailleurs à justifier le dispositif au regard du principe de l'autonomie communale et provinciale.

Article 15

L'article 15 de la proposition énumère, dans l'article L3211-1 proposé du CDLD, les pouvoirs locaux auxquels le décret du 30 mars 1995 est rendu applicable.

Cette énumération correspond aux pouvoirs locaux actuellement visés aux articles L1561-2 du CDLD (pour les intercommunales et les sociétés à participation publique locale significative) et L3211-3 du CDLD (pour les autres).

L'article L3211-1, 12°, proposé du CDLD ajoute à cette énumération « les autres autorités communales et provinciales » sans définir de quelles autorités il s'agit.

La section de législation n'aperçoit pas à quelles « autres autorités communales et provinciales » les auteurs de la proposition entendent faire référence et le commentaire de l'article 15 ne donne aucune indication à ce sujet.

Il y a dès lors lieu soit d'explicitier la portée de l'article L3211-1, 12°, proposé du CDLD, soit de l'omettre.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET