

A-2540/13-28



CHFEP

Chambre des fonctionnaires
et employés publics

11-A, avenue de la Porte-Neuve | L-2227 Luxembourg | Tél.: 47 22 24 | Fax: 47 23 74 | E-mail: chfep@chfep.lu

A V I S

sur

**le projet de loi relative à l'accès des citoyens
aux documents détenus par l'administration**

Par dépêche du 30 janvier 2013, Monsieur le Premier Ministre a demandé l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

1. Objet du projet de loi

Le projet de loi vise à garantir à toute personne physique et morale le droit d'accéder, sur demande, à des documents qui correspondent à une activité administrative d'une administration, d'un service de l'État, d'une commune ou d'un établissements public placé sous leur tutelle, quel que soit le support du document sollicité.

Au stade actuel, la plupart des autorités publiques communiquent déjà, essentiellement par support électronique, sur leur activité administrative, sans qu'elles n'y soient obligées par une disposition légale (sauf exceptions sectorielles – environnement, aménagement du territoire).

Par ce projet de loi, le Luxembourg entend se rallier à la doctrine de la démocratie dite "*ouverte*", en complément à la démocratie participative, qui moyennant une grande transparence de la gouvernance publique entend aboutir à une implication accrue des citoyens, notamment en leur donnant les moyens requis pour contrôler, superviser et prendre part aux décisions de la gouvernance publique.

Selon l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi, ses auteurs entendent renforcer la relation et la confiance entre le citoyen

et l'administration publique et forcer l'administration à s'ouvrir davantage sur le citoyen et expliquer sa démarche, ce qui ferait plus aisément accepter les décisions administratives et établirait "*un climat de plus grande confiance entre les administrés et l'Administration*".

La Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve que le projet sous avis s'inscrit dans la philosophie que, dans un système de gouvernance démocratique pluraliste, il n'est pas indiqué de recourir exclusivement aux institutions représentatives élues démocratiquement pour s'assurer de la participation des citoyens aux débats et au processus décisionnel.

Néanmoins, le droit d'accès aux documents ne doit pas seulement s'apprécier par rapport aux attentes individuelles des demandeurs d'accès, mais également par rapport aux missions et contraintes d'intérêt général qui incombent aux prestataires d'un service public, ce qui nécessite forcément des choix et des arbitrages, étant entendu qu'en principe l'intérêt général doit primer sur l'intérêt personnel.

Force est toutefois de constater que, dans les débats dans le cadre du processus décisionnel, le citoyen isolé n'a guère voix au chapitre, et à part sa participation aux élections, il ne s'exprime que rarement, si ce n'est dans le cadre d'un égocentrisme servant de prétexte pour justifier des comportements NIMBY ("*not in my backyard*", "*pas chez moi*") souvent néfastes pour la cohésion sociale et l'intérêt général.

En règle générale, les citoyens ne se manifestent que lorsque la résolution des problèmes devient pressante, alors qu'en dehors des situations d'urgence, le champ libre est davantage laissé à des groupes de pression et de contestation.

Il s'ensuit un risque que le droit d'accès aux documents, sans aucune précautions et restrictions, détenus par les prestataires de missions de service public ne devienne un instrument et la propriété de groupes de pression au service d'enjeux parfois fort éloignés des thèmes initiaux.

L'instauration d'un droit formel d'accès aux documents détenus par les prestataires de services publics ne constitue ainsi qu'un premier pas dans la bonne direction. Il s'agira donc de dépasser les simples actions d'information et de trouver les moyens pour parvenir à une démocratie participative dans laquelle les structures de concertation touchent toute la société civile et restent représentatives et actives dans la durée.

2. Modalités d'accès aux documents

Les demandes d'accès se font par écrit selon une procédure simplifiée. Chaque autorité publique doit désigner un fonctionnaire chargé de la communication des documents. Les documents sont communiqués par écrit ou par voie électronique. Lorsque l'accès demandé par un citoyen est susceptible d'intéresser une large partie de la population, les documents concernés sont publiés dans une forme appropriée facilement accessible au public au sens large.

Ce droit d'accès s'applique d'une façon générale, sauf exceptions, à l'ensemble des documents administratifs, sans que l'administré ne soit obligé de faire valoir un intérêt personnel pour avoir accès à l'information qu'il sollicite (contrairement à la procédure administrative non contentieuse, pour laquelle le citoyen doit faire valoir un intérêt personnel pour accéder au dossier personnel dans le contexte de décisions administratives individuelles).

Les documents demandés sont en principe transmis dans le mois qui suit la réception de la demande; un silence de l'administration au-delà de ce délai vaut rejet de la demande.

L'acceptation d'une demande implique la délivrance de copies en un seul exemplaire (selon un tarif à fixer par règlement grand-ducal), ou la transmission par voie électronique, ou encore, dans certains cas, la consultation sur place.

Le projet de loi ne s'applique toutefois pas aux documents détenus par la Chambre des députés, le Conseil d'État, le médiateur et la Cour des comptes.

De même, ne sont pas accessibles les documents dont la divulgation serait contraire à la protection de la vie privée ou porterait atteinte à des intérêts publics fondamentaux énumérés dans le projet de loi (relations extérieures, sécurité, ordre public, justice, faits punissables, délibérations du pouvoir exécutif, intérêts commerciaux et économiques de l'État, etc.). En outre, l'autorité publique peut rejeter une demande qui concerne des documents qui sont en cours d'élaboration ou inachevés, ou en cas de demande abusive par son nombre ou son caractère systématique ou répétitif.

Les documents communiqués ne peuvent pas être utilisés à des fins commerciales.

Les refus de communication d'un document doivent être interprétés de manière restrictive. Le cas échéant, un document peut être communiqué après occultation ou disjonction de mentions à caractère sensible ou secret.

Toute décision de refus d'accès doit être notifiée au demandeur par écrit ou par voie électronique sous la forme d'une décision motivée comportant l'indication des motifs du refus ainsi que des voies et délais de recours. Ce recours est ouvert devant le tribunal administratif qui statue comme juge des référés et est susceptible d'un appel devant la Cour administrative.

3. Remarques générales

- a) Le projet de loi concerne une activité exercée directement par les autorités publiques, notamment les administrations et services de l'État, les communes et les établissements publics placés sous leur contrôle, c'est-à-dire des institutions chargées d'une mission de service public.

Or, ce ne sont pas uniquement les autorités précitées qui sont en charge d'une mission de service public.

Le droit d'accès aux documents prévu par le projet de loi sous avis devrait donc concerner tout organisme qui a en charge la réalisation d'un service public, quel que soit son statut, y compris des entreprises de droit privé.

Il s'ensuit que le droit d'accès aux documents administratifs publics devrait être étendu aux organismes privés chargés d'une mission publique.

- b) Selon l'exposé des motifs joint au projet de loi, il aurait été tenu compte des recommandations de la Convention n° 205/2009 du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics.

Or, la Chambre des fonctionnaires et employés publics constate que ledit exposé des motifs induit en erreur dans la mesure où il affirme bien que la Convention du Conseil de l'Europe a été adoptée le "*16 juin 2009*" (au lieu du 18 juin 2009), mais omet de préciser que, jusqu'à ce jour, le Luxembourg n'a pas ratifié ladite Convention!

La raison du refus d'adhésion luxembourgeois est certainement – et le projet de loi sous avis le confirme – à chercher dans le fait que le gouvernement estime qu'en ce qui concerne les limitations possibles à l'accès aux documents publics, la Convention est trop restrictive.

Ainsi, par exemple, selon la Convention du Conseil de l'Europe, les organes législatifs figurent parmi les "*autorités publiques*" qui doivent appliquer un droit d'accès à leurs documents, alors que le projet de loi sous avis ne s'applique expressément pas aux documents administratifs détenus par la Chambre des députés.

L'exclusion du champ d'application du projet de loi des documents de la Chambre des députés est d'autant plus étonnante que les députés sont les représentants directs des citoyens et doivent en premier lieu leur rendre compte de leurs actes. L'argument que cette exclusion vise à marquer l'indépendance de la Chambre des députés vis-à-vis du pouvoir exécutif rend perplexe. La Chambre des fonctionnaires et employés publics ne voit pas quels pourraient être ces documents administratifs à très haute sensibilité et secrets qui mettraient en cause l'indépendance de la Chambre des députés vis-à-vis du gouvernement.

Ceci vaut mutatis mutandis pour le Conseil d'État, le Médiateur et la Cour des comptes, auxquels le projet de loi sous avis ne s'applique pas non plus.

- c) D'un autre côté, la Convention citée comme référence fournit une définition d'un document public¹ alors que le projet de loi se limite, à l'article 1^{er} (1), à l'indication qu'il s'agit en l'occurrence de "*documents (qui) correspondent à une activité administrative*".

Néanmoins, le commentaire de cette disposition précise que "*tous les documents détenus par l'administration sont accessibles*". Dès lors, les rapports, études, comptes rendus, notes, etc., quel que soit leur forme, seront accessibles, sous réserve de l'article 4 qui fixe des critères qui permettent de classer des documents comme non communicables et dont l'autorité publique peut rejeter une demande d'accès.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics reconnaît que, dans l'intérêt public, une restriction dans la communication de documents administratifs peut s'avérer indispensable, mais elle s'interroge sur la mise en application de ces critères.

- d) Le commentaire de l'article 7 du projet de loi traite, sans autres explications, d'une "*Commission d'accès aux documents administratifs*" à laquelle il peut être fait appel en cas de silence de l'autorité publique dépassant le délai d'un mois (ce qui équivaut à un refus d'accès).

Ledit commentaire ne fournit aucune information sur le fonctionnement et la composition de cette commission, alors que le projet de loi ne l'évoque même pas! La Chambre se demande s'il s'agit dans le texte du projet de loi d'un oubli ou s'il s'agit dans le commentaire des articles d'une simple erreur provenant d'un "*copy/paste*" d'un document traitant du sujet dans un État voisin.

¹ Document public: "*toutes informations enregistrées sous quelque forme que ce soit, rédigées ou reçues et détenues par les autorités publiques*"

Comme le projet de loi reste donc muet en la matière, l'autorité publique dispose d'un très grand et exclusif pouvoir discrétionnaire pour communiquer ou non des documents demandés.

Des critères permettant un refus d'accès comme "*intérêts commerciaux et économiques de l'État*" ou "*capacité de l'État de mener sa politique économique et financière*", de même que "*la manière restrictive*" (de laquelle doivent être traités les motifs de refus), relèvent d'un flou qui laisse au pouvoir décisionnel une très grande marge de manœuvre qui risque d'aboutir à des interprétations abusives. Tout cela est évidemment contraire à l'esprit du projet de loi qui, rappelons-le, entend "*renforcer la relation entre le citoyen et l'administration*" et établir "*un climat de plus grande confiance entre les administrés et l'administration*".

Contrairement à ce qui est prévu dans nos trois pays voisins, le Luxembourg n'a apparemment pas l'intention d'instaurer une commission de contrôle du bien-fondé des motifs invoqués pour refuser une demande d'accès aux documents, et il se limite à renvoyer à des recours devant des instances judiciaires administratives, dont les procédures et frais sont évidemment de nature à dissuader bon nombre de citoyens d'insister sur l'application de leur droit d'accès.

Pour la Chambre des fonctionnaires et employés publics, les critères susceptibles de rendre un document non communicable repris à l'article 4 ne sont acceptables que s'ils sont associés à une possibilité de recours extra-judiciaire devant une commission indépendante.

En France, à titre d'exemple, si le prestataire d'un service public refuse l'accès aux documents, explicitement ou implicitement (en cas de silence gardé pendant plus d'un mois), le demandeur peut s'adresser par écrit ou par voie électronique, dans un délai de deux mois, à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) appelée à se prononcer sur le caractère communicable ou non des documents demandés.

La CADA accuse réception de la demande d'avis, et indique la date de la séance lors de laquelle elle examinera la demande. Le délai théorique dont elle dispose pour répondre est d'un mois (légèrement

plus élevé en pratique, selon la complexité de l'affaire et l'encombrement de ses services).

Son avis peut prendre plusieurs formes: "*favorable*" à la communication des documents, "*favorable sous certaines réserves*", ou "*défavorable*". Elle peut déclarer la demande "*sans objet*" (si les documents n'existent pas ou s'ils ont déjà été transmis au demandeur, etc.), "*irrecevable*" (si la demande tend à obtenir de simples renseignements, n'est pas assez précise, etc.) ou "*se déclarer incompétente*" (si l'accès à ces documents est régi par un régime spécial, par exemple).

Son avis est ensuite transmis tant au demandeur qu'à l'administration concernée.

Si le demandeur n'est pas satisfait de l'avis rendu par la CADA, il peut saisir le Tribunal administratif. Ce recours est dirigé contre le refus opposé par l'administration; les avis de la CADA ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Cependant, le juge administratif suit en général les avis rendus par la CADA.

La CADA se compose de trois magistrats, trois élus, un professeur d'université et quatre personnalités qualifiées.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics insiste donc sur la création d'une telle instance extra-judiciaire.

- e) Le droit d'accès ne porte que sur des documents achevés afin de laisser à l'autorité la possibilité de modifier un projet en cours d'élaboration sans pour autant être soumise à des pressions exercées déjà au cours de la phase d'élaboration.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics reconnaît que, des fois, selon le cas, une telle disposition peut s'avérer nécessaire, mais elle estime toutefois qu'elle devrait être entourée de la garantie que le document achevé sera communiqué avant la prise de la décision définitive dans l'affaire à la base de la demande d'accès afférente. Le refus d'un accès à un document au motif qu'il n'est pas achevé devrait également être susceptible d'un recours devant la commission d'accès aux documents administratifs.

- f) Le projet de loi introduit la possibilité d'occulter ou de disjointre des parties déterminées d'un document avant de le déclarer communicable. La Chambre s'y oppose puisqu'une telle manipulation risque d'altérer le sens d'un document et est de nouveau certainement contraire à l'objectif de créer un climat de plus grande confiance entre les administrés et l'Administration.
- g) Finalement, la Chambre des fonctionnaires et employés publics constate avec stupéfaction que, selon la fiche d'évaluation d'impact annexée au projet de loi, ce dernier ne comporterait pas de charge administrative, alors qu'il comporte manifestement de nouvelles missions pour l'autorité publique et est susceptible de trouver un très grand intérêt, surtout auprès des médias.

Quoi qu'il en soit, la Chambre des fonctionnaires et employés publics tient à rappeler, une fois de plus, qu'on ne peut, d'un côté, augmenter régulièrement les missions des agents publics et, de l'autre côté, incriminer l'administration publique de gonfler ses effectifs!

4. Examen des articles

Intitulé

L'article 1^{er} du projet de loi précise qu'il est fait usage en l'occurrence du terme "*autorités publiques*" pour désigner les administrations et services de l'État, les communes ainsi que les établissements publics placés sous leur tutelle.

En conséquence, dans le titre de la loi, la désignation "*documents détenus par l'administration*" est a priori inappropriée.

Comme la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime que le droit d'accès aux documents devrait être étendu aux organismes privés chargés d'une mission publique, elle propose de modifier comme suit l'intitulé du projet: "*Projet de loi relative à l'accès des citoyens aux documents détenus par les autorités publiques et les organismes chargés d'une mission de service public*".

Article 1^{er}

Conformément au commentaire des articles, il y a lieu de préciser que le droit d'accès s'applique à tous les documents, produits ou non par celui qui les détient.

Étant donné que le projet de loi prévoit néanmoins des exceptions à ce principe général, la Chambre propose de rédiger comme suit l'article 1^{er}:

"La loi vise, sous réserve des dispositions de l'article 4, à assurer aux personnes physiques et morales un droit d'accès à tous les documents détenus par les administrations et services de l'État, les communes ainsi que les établissements publics placés sous leur tutelle, désignées ci-après par le terme 'autorité publique', ainsi que par un organisme chargé d'une mission de service public, dans la mesure où les documents comportent une activité administrative."

À la lumière de ses remarques générales présentées ci-avant et traitant de l'exclusion du champ d'application du projet de loi de la Chambre des députés, du Conseil d'État, du Médiateur et de la Cour des comptes, la Chambre des fonctionnaires et employés publics demande de biffer le paragraphe 2 de l'article 1^{er}.

Article 2

Selon la formulation proposée, l'article 2 ne concerne que les documents détenus par les administrations et services de l'État, donc à l'exclusion des communes et établissements publics, alors que ce sont manifestement les autorités publiques, conformément à la définition figurant à l'article 1^{er}, qui doivent être visées.

La Chambre propose donc de formuler comme suit le début de l'article 2: *"Sans préjudice d'autres dispositions légales qui règlent l'accès à des documents détenus par les autorités publiques et les organismes chargés d'une mission publique, et sous réserve des dispositions de l'article 4, ceux-ci sont tenus (...)."*

Comme les limites à la communicabilité des documents doivent être interprétées de manière restrictive, une motivation de la de-

mande d'accès peut certainement constituer un élément additionnel dans la décision de rendre les documents accessibles ou non.

Dans cet ordre d'idées, et afin d'éviter dans la mesure du possible des abus, la Chambre demande de prévoir l'obligation de motiver toute demande d'accès, à l'image de la procédure administrative non contentieuse, pour laquelle le citoyen doit faire valoir un intérêt personnel. L'article 2 est à modifier en conséquence.

Article 3

Afin d'éviter une avalanche de demandes d'accès pour un même document, les prestataires de service public ont intérêt à diffuser le plus souvent possible des informations susceptibles d'intéresser une large partie de la population.

Article 4

En raison de la grande marge d'interprétation des critères permettant un refus d'accès aux documents sollicités et de l'exclusivité de la décision aux mains des détenteurs du document en question, la Chambre des fonctionnaires et employés publics réitère sa demande de création d'une instance de recours extra-judiciaire indépendante pour se prononcer, en cas de contestation, sur le bien-fondé d'une décision de refus d'accès aux documents.

Pour ce qui est de la possibilité laissée aux détenteurs d'un document d'en occulter ou disjoindre certaines parties, la Chambre s'y oppose pour les raisons évoquées sub "3. *Remarques générales*" ci-avant. Ou bien un document est jugé communicable dans son intégralité ou bien il ne l'est pas. Le paragraphe (5) de l'article 4 est donc à biffer.

Article 5

Le projet de loi impose de désigner un fonctionnaire chargé de la communication des documents. Il reste toutefois muet sur la question de savoir qui dispose du pouvoir d'acceptation ou de refus d'une demande d'accès: est-ce le ministre de tutelle, le chef d'admi-

nistration, un agent pouvant se prévaloir d'une délégation de pouvoir ou le fonctionnaire précité?

Article 6

Le projet de loi interdit à tous ceux à qui ont été communiqués des documents de les reproduire, diffuser ou utiliser à des fins commerciales.

Pour éviter tout malentendu, il y a lieu de préciser que les médias ne sont pas visés par cette disposition.

À noter que le projet de loi ne prévoit pas de sanctions en cas de non-respect de cette disposition. L'article 6 doit donc être complété dans ce sens.

Article 7

La disposition qui veut que le silence gardé par l'administration pendant les délais prévus vaut décision implicite de rejet n'est acceptable que dans la mesure où il sera introduit une possibilité de recours extra-judiciaire revendiquée par la Chambre des fonctionnaires et employés publics.

Article 8

Le recours devant le tribunal administratif et, le cas échéant, la cour administrative, doit obligatoirement être précédé d'un recours extra-judiciaire devant une commission d'accès aux documents.

5. Conclusion

Au regard de toutes les questions et de tous les problèmes que soulève le projet sous avis, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime qu'il sera impossible à transposer dans la pratique dans sa teneur actuelle. Aussi propose-t-elle d'aborder la problématique d'une autre façon, à l'instar de ce qui est pratiqué dans certains pays étrangers, et dont les éléments clés pourraient être les suivants:

- classification des documents en plusieurs catégories d'après des critères objectifs et transparents;
- publication d'office de tous les documents "*anodins*" ou non problématiques;
- publication sur demande des autres documents;
- définition de critères précis et valables pour refuser la publication d'un document.

Une telle façon de procéder présenterait par ailleurs l'avantage de s'inscrire dans la ligne de la simplification administrative – ce qui n'est assurément pas le cas du projet gouvernemental, bien au contraire!

Ce n'est que sous la réserve expresse et formelle de toutes les observations et propositions qui précèdent que la Chambre des fonctionnaires et employés publics se voit en mesure de marquer son accord avec le projet de loi lui soumis pour avis.

Ainsi délibéré en séance plénière le 18 juin 2013.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

E. HAAG