



Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs

Section publicité de l'administration

31 août 2021

AVIS 2021-115

sur la proposition de loi modifiant la loi du 11 avril 1994
relative à la publicité de l'administration afin de rendre
contraignantes les décisions de la Commission d'accès aux
documents administratifs (*Doc. parl.*, Chambre des
Représentants, DOC 55 2086/001)

(CADA/2021/avisd'initiative1)

1. Contexte

Le 22 juin 2021, MM. Gilles Vanden Burre et Stefaan Van Hecke, de même que Mme Julie Chanson ont déposé une proposition de loi en vue de modifier la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration' (ci-après : loi du 11 avril 1994). Les auteurs font valoir que la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs doit avoir un réel pouvoir décisionnel, comme c'est déjà le cas de la ¹Région wallonne, de la Communauté française et ²de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française³. L'Instance de recours flamande en matière de publicité de l'administration et de réutilisation d'informations du secteur public, section publicité de l'administration, disposait déjà de ce pouvoir en vertu du décret du 18 mai 1999 'relatif à la publicité de l'administration', pouvoir qui a été consolidé par le décret du 26 mars 2004 'relatif à la publicité de l'administration' tel qu'intégré dans le décret de gouvernance du 7 décembre 2018⁴. Même si le titre ne l'indique pas, il est certain qu'un deuxième changement important est envisagé au travers de cette proposition de loi, à savoir l'élargissement du champ d'application personnel de la loi du 11 avril 1994.

2. La compétence de la Commission

Le législateur n'a pas encore imposé de condition d'avis systématique à l'égard de toutes les initiatives législatives en lien avec la publicité, mais la Commission a la possibilité, en vertu de l'article 8, § 4, de la loi du 11 avril 1994, de rendre d'initiative un avis sur l'application générale de la loi sur la publicité de l'administration. Par ailleurs, elle peut soumettre au pouvoir législatif des propositions relatives à son application et à sa révision éventuelle. Cela constitue le fondement légal sur la base duquel

¹ 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 renforcer le rôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de la Région wallonne', *MB* 30 août 2019, 83.606.

² Décret du 14 mars 2019 modifiant le décret du 22 décembre 1994 'relatif à la publicité de l'Administration afin de renforcer le rôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de la Communauté française', *MB* 13 mai 2019, 48.013.

³ Décret et ordonnance conjoints du 16 mai 2019 de la Région de Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française relatifs à la publicité de l'administration dans les institutions bruxelloises, *MB* 16 mai 2019, 55.814.

⁴ *M.B.* 19 décembre 2018, 100.723, tel que modifié par le Décret du 2 juillet 2021 modifiant le Décret de gouvernance du 7 décembre 2018, *M.B.* 8 juillet 2021, 68.914.

la Commission a élaboré le présent avis.

3. Remarques générales

3.1. Les objectifs

La Commission tient à ce que le législateur se penche à nouveau sur la législation fédérale en matière de publicité afin de corriger un certain nombre de points.

L'objectif des initiateurs est triple :

"D'abord, les zones de police pluricommunales, les cabinets ministériels et certaines institutions et agences créées par les pouvoirs publics échappaient jusqu'à présent à l'obligation de publicité de l'administration.

Ensuite, la proposition de loi vise à donner à la CADA un vrai pouvoir décisionnel. Le prescrit légal est adapté de manière à ce que, dorénavant, ce soit seulement une éventuelle décision négative de la CADA qui doit être contestée devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et non plus, comme actuellement, la décision en reconsidération de l'autorité administrative compétente. Cela viendra utilement compléter la règle actuellement contenue dans l'article 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration selon laquelle "chaque autorité administrative fédérale publie et tient à disposition de toute personne qui le demande un document décrivant ses compétences et l'organisation de son fonctionnement".

Enfin, suite à l'instauration d'un pouvoir décisionnel pour la section publicité de l'administration, l'arrêté royal du 29 avril 2008 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs est adapté en conséquence." (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 562086/001, 6-7).

La Commission constate toutefois qu'à la lumière de cet objectif, les initiateurs n'ont pas suffisamment tenu compte des remarques et problèmes signalés par la Commission dans ses rapports annuels. Un certain nombre de ces problèmes constituent en effet un obstacle non négligeable au bon fonctionnement de la publicité de l'administration au niveau de l'administration fédérale. En outre, les initiateurs ne tiennent pas compte des évolutions qui ont lieu à l'étranger et à l'échelle internationale en matière de publicité de l'administration. Pour l'heure,

ils se limitent fort à quelques aspects, sans prendre en considération l'ensemble des règles fédérales qui s'appliquent à la publicité.

3.2. Plaidoyer en faveur d'un renouveau fondamental en faveur de la publicité active de l'administration

La proposition de loi se fonde, en ce sens, sur une vision désuète de la publicité de l'administration dans laquelle la publicité passive, ou la publicité à la demande, constitue le cœur de la publicité de l'administration. Cette vision est surannée. L'accent doit être bien plutôt mis sur la publicité active des documents administratifs. Les technologies actuelles de l'information offre la possibilité de rendre publics la majorité des documents administratifs de manière active grâce à des fonctionnalités de recherche qui ne requièrent pas du citoyen de devoir introduire une demande. Cela offre un certain nombre d'avantages. En premier lieu, le citoyen peut prendre connaissance de documents administratifs dont il ne pouvait connaître l'existence. Par ailleurs, la publicité active implique une simplification administrative considérable tant pour l'administration que pour le citoyen. En effet, plus aucune procédure n'est exigée.

Grâce à ce changement d'approche, l'administration fédérale peut à nouveau faire office de pionnier en matière de publicité de l'administration en Belgique. A cet égard, le législateur bruxellois a déjà entrepris d'importantes démarches.

3.3. Plaidoyer pour la suppression des deux régimes de publicité

L'un des problèmes qui pèsent lourdement sur la transparence du système fédéral de publicité est l'existence de différents régimes de publicité : en effet, outre le régime de publicité général pour les documents administratifs, il existe une réglementation générale distincte pour l'accès aux informations environnementales au travers de la loi du 5 août 2006 'relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement', ainsi qu'un règlement spécifique pour l'information géographique par le biais de la loi du 15 décembre 2011 'transposant la Directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne'.

Par ailleurs, il y a également des régimes spécifiques pour des documents particuliers. Il existe de nombreuses différences entre ces régimes. Cela donne lieu à toute une série de difficultés, tant pour le citoyen que pour l'administration.

Une simplification considérable peut être réalisée de deux manières. Tout d'abord, le régime général d'accès aux documents administratifs, d'une part, et le régime général d'accès aux informations environnementales, d'autre part, peuvent être intégrés dans un seul texte législatif. Aussi bien le législateur flamand que le bruxellois ont privilégié cette option. Le législateur bruxellois a opté pour une intégration plus poussée que le législateur flamand et il a également cherché à se rapprocher du souhait du législateur constitutionnel de ne retenir que des motifs d'exception relatifs.

En ce qui concerne l'information environnementale, le niveau fédéral ne dispose que de compétences limitées, au-delà de celles qui lui sont expressément attribuées, par exemple dans le domaine du nucléaire. Par conséquent, de nombreux documents contiennent à la fois des informations environnementales et non environnementales et relèvent donc de deux régimes de publicité, avec des motifs d'exception différents et des procédures de demande et de recours différentes. Il se peut ainsi qu'une personne introduise un recours auprès de la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales et que celle-ci constate que le recours introduit auprès d'elle n'est pas fondé parce que l'information ne peut pas être qualifiée d'information environnementale. Cela contraint le citoyen à entamer la procédure de recours prévue par la loi du 11 avril 1994. Cet état de fait conduit à une situation insatisfaisante, comme en témoigne la pratique décisionnelle de la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales. La notion d'information environnementale est en effet une notion assez complexe et vaste qui trouve son fondement dans la législation européenne et internationale et ne peut pas être simplement assimilée aux informations en matière d'environnement, une notion qui revêt une signification propre dans l'ordre juridique belge dans le cadre de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Régions.

De même, les administrations se précipitent parfois pour appliquer une des deux législations sans vérifier de manière adéquate quelle est la législation applicable, et les citoyens et les entreprises invoquent la loi du

5 août 2006 sans que le document qu'ils souhaitent obtenir puisse être qualifié d'information environnementale, alors qu'ils pensent que c'est le cas.

La Commission estime qu'une intégration plus poussée doit également être privilégiée au niveau fédéral, à la fois en ce qui concerne le régime de publicité applicable et la procédure de recours applicable. Cela représenterait une simplification importante de la publicité de l'administration au niveau fédéral, qui bénéficierait aussi bien aux administrations qu'aux citoyens et aux entreprises. Le droit doit être aussi facilement applicable que possible, même si l'origine des deux régimes diffère. Cela importe peu pour les citoyens.

Les auteurs de la proposition de loi ont omis de résoudre ce problème fondamental, de sorte que l'octroi (projeté) d'un pouvoir décisionnel à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration, ne fera qu'exacerber les problèmes d'application.

Afin d'accroître la transparence, il est également important que la loi fédérale générale sur la publicité soit conçue en tant que réglementation minimale, qui n'empêche pas le législateur de prévoir une publicité plus large pour des documents spécifiques. Le législateur a d'ailleurs fait ce choix avec la loi du 5 août 2006.

4. Discussion des dispositions proposées

La proposition de loi vise à modifier le champ d'application personnel de la loi du 11 avril 1994 et elle modifie également la composition, la compétence et le fonctionnement de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration.

4.1. L'élargissement du champ d'application personnel (article 2 de la proposition de loi)

Les auteurs de la proposition de loi souhaitent que "les zones de police pluricommunales, les cabinets ministériels (cellules stratégiques) et certaines institutions et agences créées par les pouvoirs publics qui échappaient jusqu'à présent à l'obligation de publicité de l'administration", soient soumis à la publicité de l'administration.

La Commission constate que les auteurs de la proposition de loi ne sont pas suffisamment familiarisés avec la situation juridique existante. En effet, ils ignorent que toutes les autorités administratives, au sens large du terme, relèvent du droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs, tel que garanti par l'article 32 de la Constitution. Cette disposition a un effet direct et elle impose aux autorités administratives, au sens large du terme, une obligation de communiquer au public leurs documents administratifs si une demande en ce sens leur est adressée et, si elles ne respectent pas cette obligation en l'absence de possibilités d'invoquer des motifs d'exception, le juge peut directement faire respecter ce droit (subjectif).

Par ailleurs, les zones de police monocommunes relèvent du champ d'application de la loi du 12 novembre 1997 'relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes'¹ (loi du 12 novembre 1997) qui est restée d'application dans la mesure où la compétence organique sur les administrations locales est restée fédérale. A toutes les autorités autres que les autorités administratives fédérales (dont les zones de police pluricommunales, les zones de secours ou les agences fédérales), les motifs d'exception prévus par la loi du 11 avril 1994 s'appliquent également "mais uniquement dans la mesure où, pour des motifs relevant des compétences fédérales, la présente loi interdit ou limite la publicité de documents administratifs" (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b) de la loi du 11 avril 1994. Cela signifie que, pour le surplus, ces institutions ne peuvent pas avoir recours aux motifs d'exception formels

¹ La Commission souhaite attirer l'attention des initiateurs de la proposition de loi sur le fait que, bien que la compétence organique des provinces et des communes ait été transférée aux régions, ce transfert n'a pas eu lieu dans son intégralité. Le législateur fédéral a gardé un certain nombre de compétences organiques et est donc resté compétent pour réglementer l'accès aux documents relatifs à ces compétences. Ainsi, la loi du 12 novembre 1997 a également conservé son importance au niveau fédéral.

repris dans la loi du 11 avril 1994 et qu'il n'y a ni procédure de demande, ni délais clairs, ni procédure de recours administratif. Souvent, ces institutions refusent l'accès parce que les citoyens sont tenus, le cas échéant, de s'adresser automatiquement au juge pour obtenir encore accès aux documents administratifs visés.

La Commission ne voit pas directement quelles "institutions et agences créées par les pouvoirs publics" sont visées par les auteurs de la proposition de loi et si celles-ci relèvent ou non de la loi du 11 avril 1994. Sa pratique consultative, de même que la jurisprudence du Conseil d'Etat montrent que c'est déjà le cas, sur la base de la définition proposée.

4.1.1. L'élargissement du champ d'application personnel par l'introduction de la notion d'"entité"

4.1.1.1. Justification

La proposition vise à introduire une notion clairement définie et plus large que la notion d'"autorité administrative" qui est, à ce jour, la notion principale pour définir le champ d'application personnel de la législation fédérale en matière de publicité.

La notion d'"autorité administrative" y est actuellement définie comme "une autorité administrative visée à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État" (article 1^{er}, alinéa 2, 1^o, de la loi du 11 avril 1994 ; article 2, alinéa 2, 1^o, de la loi du 12 novembre 1997).

La notion d'"autorité administrative" en ce sens est trop liée à la prise de décisions unilatérales contraignantes et au contentieux objectif. Toutefois, l'objectif explicite du législateur constitutionnel a été de ne pas établir ce lien et de garantir un droit d'accès à tous les documents administratifs, qu'ils soient directement liés ou non à un processus décisionnel. La Commission a également exprimé ce point de vue dans son rapport annuel 2011, en déclarant ce qui suit et en y faisant référence dans ses rapports annuels suivants :

"L'application de la publicité de l'administration ne requiert cependant pas nécessairement l'existence d'actes juridiques administratifs, de sorte que la référence faite à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État pose problème dans certains cas. En raison de la sécurité juridique,

il est dès lors souhaitable que le législateur définisse lui-même clairement le champ d'application de la loi du 11 avril 1994 et que, conformément à l'article 32 de la Constitution, il opte pour une interprétation extensive."

La notion "d'autorité administrative" constitue non seulement une base trop étroite pour donner forme au droit constitutionnel, mais cette notion engendre en outre une grande insécurité juridique, notamment en raison de la jurisprudence fluctuante de la Cour de cassation et d'une différence de position des différentes chambres du Conseil d'État, qui est d'ailleurs également liée à la matière sur laquelle elles se prononcent.

Il est dès lors positif que les auteurs de cette proposition de loi aient voulu y mettre un terme.

De même, la loi du 5 août 2006 'relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement', qui a vu le jour en exécution de la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 'concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la Directive 90/313/CEE du Conseil'¹, n'a plus eu recours à la notion d'"autorité administrative" pour la définition du champ d'application personnel, mais bien à celle d'"instance environnementale". La Commission entend souligner à cet égard que le législateur n'avait le choix que de se conformer au champ d'application de la directive européenne.

Le choix d'une nouvelle notion pour définir le champ d'application doit toujours permettre, selon la Commission, d'accroître la sécurité juridique. Le remplacement d'une notion par une autre n'a pas nécessairement cet effet-là.

D'après la Commission, il n'est pas indiqué d'introduire de nouvelles notions comme, *en l'espèce* la notion d'"entité", dont la relation avec l'autorité n'est pas claire et qui sont éloignées de la formulation de l'article 32 de la Constitution. La publicité de l'administration se rapporte en effet intrinsèquement à l'action des autorités. La Commission considère que le législateur peut néanmoins avoir recours aux termes d'"autorité administrative" sans nécessairement les associer à la notion d'autorité administrative telle que définie à l'article 14 des lois

¹ JO L. 41, 14 février 2003, 26-32.

coordonnées sur le Conseil d'État. La Commission constate que le législateur bruxellois a privilégié cette option. Le cas échéant, la définition doit faire référence aux différentes autorités déjà couvertes par la loi du 11 avril 1994 et la loi du 12 novembre 1997.

La définition proposée présente l'inconvénient majeur de combiner, d'une part, la notion d'"autorité administrative" telle que définie à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui a une interprétation jurisprudentielle et est donc, par définition, dynamique et, d'autre part, une énumération d'organismes publics et une définition abstraite des "instances", sans même définir ces dernières. La Commission tient à préciser que cela crée des chevauchements, certaines institutions étant couvertes par plus d'un élément de la définition proposée.

La Commission constate en outre que les auteurs de la proposition de loi ne tiennent pas suffisamment compte de l'évolution jurisprudentielle en matière de protection juridique qui a conduit à considérer que les documents relatifs à certains actes administratifs d'institutions du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire, des juridictions administratives et des institutions qui y sont liées, sont également réputés relever de la publicité de l'administration. Cette évolution jurisprudentielle n'a jusqu'à présent été que partiellement ancrée dans l'article 14 des lois sur le Conseil d'État.

L'actuel article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État stipule :

Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements :

- 1° des diverses autorités administratives ;
- 2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice, relatifs aux marchés publics, aux membres de leur personnel, ainsi qu'au recrutement, à la désignation, à la nomination dans une fonction publique ou aux mesures ayant un caractère disciplinaire.

Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont

pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés à l'alinéa 1^{er}, 2^o.

L'élargissement du champ d'application en ce qui concerne les actes des autorités non administratives n'est plus limité aux seuls actes qu'elles accomplissent en matière de marchés publics, aux membres de leur personnel, mais étendu à tous les actes qu'elles posent en ce qui concerne le recrutement, la désignation, la nomination dans une fonction publique ou les mesures ayant un caractère disciplinaire.

Toutefois, la jurisprudence plus récente de la Cour constitutionnelle montre que la limitation à ces actes des autorités non administratives est encore trop restrictive et doit être considérée comme contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Alors qu'auparavant, il s'agissait d'une lacune dans la loi que le législateur devait résoudre, la Cour constitutionnelle parle désormais d'une violation de la Constitution qui doit être tranchée par le juge compétent.¹

Les auteurs de la proposition de loi n'ont pas suffisamment tenu compte de cet aspect.

4.1.2. La définition du champ d'application personnel

Si l'intention des auteurs est de faire de la loi du 11 avril 1994 la seule loi de publicité générale, il convient d'abroger la loi du 12 novembre 1997 et de veiller à ce que les compétences organiques relatives aux provinces et aux communes qui sont restées explicitement fédérales, relèvent également du champ d'application de la loi du 11 avril 1994.

4.2. *Une procédure revue en matière de recours administratif (article 8 de la proposition de loi)*

La Commission insiste pour que les dispositions proposées soient accompagnées d'une explication plus détaillée. Le projet d'article 8, § 2, comporte en effet plusieurs aspects.

Les auteurs de la proposition de loi indiquent explicitement :

¹ C. Const. 28 mai 2020, n° 74/2020.

"Cet article a pour but de remplacer la compétence d'avis de la CADA par un réel pouvoir décisionnel. La possibilité de prononcer une astreinte à l'encontre d'une administration qui refuse d'exécuter une décision est également donnée à la CADA. Cette astreinte a, avant tout, un rôle dissuasif indispensable à l'efficacité du travail de la CADA. Par ailleurs, les sommes ainsi perçues permettront de soutenir le travail de celle-ci." (p. 7)

L'objectif des auteurs de la proposition de loi est de remplacer l'actuelle procédure de recours administratif, qui comporte deux démarches pour le citoyen, par une procédure où le citoyen ne doit poser qu'un seul acte.

En effet, le recours administratif prévu par l'actuel article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994 exige que le citoyen introduise simultanément une demande de reconsidération auprès de l'administration ainsi qu'une demande d'avis à la Commission. Cette obligation de simultanéité constitue un obstacle procédural pour de nombreux citoyens et ralentit également la procédure. Dans ses rapports annuels, la Commission a déjà, à plusieurs reprises, insisté sur la nécessité d'au moins simplifier cette double étape. Cela n'est possible qu'en faisant démarcher le demandeur auprès de la Commission, à charge pour celle-ci d'informer l'administration que le recours administratif a été introduit. Cela ne signifie pas encore que la Commission doit se voir conférer un pouvoir décisionnel. Dans ce cadre, la procédure du décret du Parlement de la Communauté française du 22 décembre 1994 'relatif à la publicité de l'administration' peut servir d'inspiration. Il n'y aurait dès lors plus de problème en ce qui concerne la date de début de la procédure qui coïnciderait alors avec la date de réception de la demande d'avis.

L'avis de la Commission n'est pas sans influence sur le plan juridique, car il engendre un alourdissement de l'obligation de motivation si l'administration entend déroger au point de vue exprimé par la Commission dans l'avis. Cela n'ôte rien au fait qu'une administration qui refuse la publicité à l'encontre de la loi peut difficilement être sanctionnée pour autant. Une annulation par le Conseil d'État a en effet pour conséquence que l'administration doit prendre une nouvelle décision mais ne peut pas (encore) être d'emblée contrainte à divulguer un document administratif, même si ce refus se fait à tort.

Comme la Commission l'a déjà souligné à maintes reprises dans ses rapports annuels, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit érigée en organe de recours. C'est une possibilité à considérer, outre la simplification de la procédure existante que cela pourrait impliquer. La Commission estime opportun, dans l'hypothèse où elle serait appelée à être remaniée, d'être renommée "Commission fédérale pour l'accès aux documents administratifs" afin de se distinguer de manière claire des instances de recours régionales.

En outre, la Commission estime que, pour souligner son indépendance, un magistrat et de préférence par un conseiller d'Etat doit la présider. L'expérience de la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales montre qu'être familiarisé avec les questions administratives mais également les questions juridiques en général, constitue une plus-value pour le fonctionnement de l'instance. Elle est en effet confrontée à des demandes de publicité dans de nombreux domaines. De plus, la nomination d'un membre du Conseil d'État à la fonction de président de la Commission souligne l'indépendance de celle-ci. Mais cela ne peut pas se faire aussi simplement. En effet, cela signifie qu'un membre du Conseil d'État se voit attribuer cette tâche en plus de ses fonctions de conseiller d'État et, compte tenu de l'augmentation déjà en cours et à venir de la charge fiscale (nous y reviendrons), il convient de trouver un arrangement viable en concertation avec le Conseil d'État afin de ne pas alourdir davantage la charge de travail de cette dernière institution.

Il est souhaitable que la Commission existante soit, dans cette seconde option, constituée en organe de recours et qu'aucun nouvel organe ne soit créé. La Commission existante a en effet acquis une vaste expérience en la matière et le traitement des recours se basera directement sur une expertise que la Commission a progressivement acquise pendant vingt ans. La manière dont la Commission sera composée tant de membres externes que de fonctionnaires garantira en outre un transfert optimal de connaissances et d'expérience et ce, pour tous les aspects de la publicité de l'administration.

Néanmoins, la Commission s'interroge sur l'élargissement proposé de la Commission à huit membres (voir article 11 de la proposition de loi). Par le passé, il est apparu clairement qu'atteindre le nombre requis de membres présents n'était pas toujours aisé. La Commission est d'ailleurs

un organe collégial, de sorte que tous les membres participant à une séance doivent se prononcer sur la proposition qui leur est soumise. L'augmentation de la charge de travail se fera donc lourdement sentir sur le secrétariat de la Commission. Ce secrétariat ne se charge pas uniquement de l'analyse des documents auxquels une personne souhaite accéder, il rédige également un projet de texte au sujet duquel les membres de la Commission se prononcent.

La Commission souhaite attirer l'attention des auteurs de la proposition de loi sur le fait que l'octroi d'un pouvoir décisionnel à la Commission présente également des inconvénients. Souvent, les services publics sont mieux au courant du contenu des documents administratifs et des éventuels intérêts susceptibles d'être compromis par la publication de leur contenu. Comme c'est actuellement déjà le cas auprès de la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales, une décision est prise après un échange intensif d'informations entre l'administration qui est en possession du document administratif demandé et la Commission. Les membres de la Commission sont principalement spécialisés dans la législation qui organise le droit d'accès aux documents administratifs, mais ils ne sont souvent pas spécialistes en ce qui concerne le contenu des matières dont il est question dans les documents administratifs. Cela signifie que cet échange d'informations peut souvent prendre pas mal de temps.

La Commission est un organe autonome et neutre et elle doit également le rester. Il ne s'agit pas d'une institution qui se range automatiquement du côté du citoyen. Elle doit prendre une décision qui tienne à la fois compte du droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs et des différents intérêts publics et privés que le législateur a estimé nécessaires de protéger, après les avoir évalués dans le cadre d'une situation concrète.

4.2.1. L'objet du recours administratif

La Commission constate que, pour la reformulation de l'article 8, § 2, les auteurs de la proposition de loi se sont inspirés de l'article existant. L'exposé pourrait préciser que ces difficultés concernent tant l'absence de décision au sujet de la demande d'accès dans le délai prévu par la loi que l'absence de mise en œuvre d'une décision positive ou d'un refus sans motivation suffisante.

4.2.2. Le délai dans lequel une administration est tenue de mettre la Commission en possession des documents concernés

La pratique de la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales, qui dispose également d'un pouvoir décisionnel, nous apprend que cet organe de recours ne réussit pas nécessairement à prendre sa décision dans le délai imparti. La raison de cette impossibilité n'est pas, en général, liée au fonctionnement de l'organe, mais plutôt au fait que pas mal de temps s'écoule avant que l'organe de recours soit en possession des documents sur lesquels il doit se prononcer. Comme cette Commission l'a déjà signalé dans l'une des observations formulées dans ses rapports annuels 2011, 2012 et 2013, il arrive même que, malgré l'obligation figurant dans la loi du 5 août 2006 de mettre les documents demandés à la disposition de la Commission, les administrations refusent de les lui fournir en sorte que la Commission se trouve dans l'impossibilité de prendre une décision, ce qui est de nature à engendrer une certaine frustration - et pas uniquement - dans le chef des personnes qui introduisent un recours administratif.

Les auteurs de la proposition de loi entendent y remédier en imposant un délai légal de sept jours aux administrations et en prévoyant une sanction en cas de non-respect de ce délai. Pour ce faire, le président de la Commission ou un membre désigné par celui-ci se rend sur place pour prendre connaissance du document et prendre copie du ou des document(s) administratif(s) sur le(s)quel(s) porte le recours, ainsi que de tout autre document nécessaire pour le traitement du recours. Si nécessaire, celui-ci peut faire appel à la force publique à cet effet.

La Commission entend signaler aux auteurs que, si le législateur confie cette tâche au président de la Commission, il faudra rapidement la considérer comme une fonction à temps plein. Selon la pratique actuelle de la Commission fédérale de recours, il s'agit d'ailleurs d'une tâche par excellence du secrétaire de la Commission. Le choix d'un président à temps plein implique également un changement drastique par rapport à la pratique actuelle, le président exerçant sa fonction comme une fonction complémentaire et ne recevant dès lors qu'un jeton de présence limité qui n'est pas du tout proportionnel à l'ampleur actuelle de la tâche.

La Commission se demande comment imposer le respect de cette disposition dans les faits. En premier lieu, la Commission doit signaler que l'accès est souvent demandé à une variété de documents administratifs sans que la Commission sache concrètement desquels il s'agit. Par ailleurs, les documents administratifs sont de plus en plus souvent au format numérique et se trouvent dans des systèmes informatiques. Il n'est pas évident pour une personne externe d'accéder au système informatique d'une organisation. C'est d'autant moins évident lorsqu'il s'agit de systèmes informatiques sensibles et de bases de données spécialisées. Devoir recourir aux forces armées, a fortiori dans les courts délais qui sont et doivent être prévus par cette législation, n'est que peu réaliste. Cela soulève de nombreux problèmes d'organisation qui n'ont pas grand-chose à voir avec l'évaluation juridique du caractère justifié ou non du refus d'accorder l'accès aux documents administratifs.

4.2.3. Le maintien de la compétence d'avis de la Commission

La Commission estime positif que sa compétence d'émettre des avis sur l'interprétation de la législation en matière de publicité soit maintenue, comme c'est le cas pour Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales. Cela permet aux administrations de faire appel à cette Commission pour l'interprétation générale de la loi, indépendamment de toute situation de conflit. Cela permet également à la Commission de mieux soutenir les administrations.

Il est en outre recommandé de maintenir le rôle actuel de la Commission consistant à émettre des avis d'initiative, voire de le compléter par une obligation de lui soumettre tous les projets et propositions de loi dans la mesure où ils concernent la publicité de documents administratifs, ou du moins d'en informer automatiquement la Commission pour qu'elle puisse exercer son droit d'initiative s'il y a lieu. La Commission fait ici référence à un passage de ses rapports annuels dans lequel elle souligne à plusieurs reprises ce qui suit, et souhaite à présent encore le rappeler :

“La Commission constate que des initiatives législatives concernant l'accès aux documents administratifs ou ayant des répercussions sur celui-ci et qui ne tiennent pas suffisamment compte du cadre légal existant sont parfois prises, ce qui ne profite pas toujours à la sécurité juridique. La Commission recommande que, lors de l'élaboration de nouvelles règles, le législateur utilise la possibilité de recueillir l'avis de la Commission en la

matière. Le législateur a en effet créé la Commission pour aider à garantir la cohérence et l'interprétation de la législation en matière de publicité."
(ex. Rapport annuel 2011, pg. 25-26)

Une telle compétence d'avis revient également, à titre de comparaison, à l'Autorité de protection des données en ce qui concerne les initiatives législatives qui portent sur le traitement de données à caractère personnel.

4.2.4. Le délai dans lequel le recours doit être traité (troisième alinéa de l'article 8, 2°, proposé)

Les auteurs de la proposition de loi proposent des délais assez stricts dans lesquels la Commission doit prendre sa décision, sans même prévoir la possibilité d'une prolongation. Pourtant, cela peut être indiqué si la quantité de documents est très importante ou s'il s'agit de documents complexes dont l'examen de l'invocabilité des motifs d'exception prend beaucoup de temps.

La Commission recommande dès lors d'inclure une possibilité de prolongation du délai de notification. Cette prolongation peut éventuellement être soumise à certaines conditions, comme la quantité de documents ou le fait qu'il s'agisse de documents complexes. Une prolongation du délai est d'ailleurs prévue pour les différentes administrations dans la procédure de demande. La Commission est en effet souvent confrontée à des cas plus difficiles. Par ailleurs, les membres de la Commission ne sont pas forcément des spécialistes sur le contenu des matières traitées dans les documents administratifs.

La Commission constate que ce troisième paragraphe fait référence à un délai qui porte sur le délai dans lequel la Commission prend une décision. Cela ne peut toutefois pas être de l'objectif. La Commission suppose que les auteurs de cette proposition de loi avaient pour objectif qu'une fois forclus le délai de quinze jours dans lequel l'instance pouvait exécuter la décision de la Commission, la Commission elle-même soit compétente pour la mettre à exécution. Pour éviter des problèmes d'interprétation, il est souhaitable de définir le moment où le délai de quinze jours prend cours.

Dans le même sens, il est indiqué d'ajouter la disposition suivante, comme l'a récemment fait le législateur décrétoal flamand dans le Décret de gouvernance du 7 décembre 2019 :

“Si la demande initiale de publication a été rejetée parce qu'elle est manifestement déraisonnable ou formulée de manière trop générale, sans que l'instance publique ne demande à la préciser ou à la compléter, l'instance de recours a elle-même la possibilité de demander au demandeur de préciser ou de compléter sa demande. Dans ce cas, le délai de trente jours civils commence à courir à partir du moment où le demandeur a précisé ou complété sa demande.”

4.2.5. L'exécution de la décision de la Commission

Les auteurs de la proposition prévoient une exécution en plusieurs étapes de la décision de la Commission. Durant la première phase, il revient à l'"entité" concernée d'exécuter la décision. Il est difficile de comprendre pourquoi les auteurs prévoient un délai minimal pour l'exécution de cette décision. Ils ne donnent en tout cas aucune justification.

Dans une seconde phase, c'est-à-dire après l'expiration du délai et sans que l'entité n'ait exécuté la décision, la proposition de loi prévoit que la Commission fournisse elle-même une copie des documents administratifs à l'auteur du recours ou, si elle n'en dispose pas, qu'elle impose une astreinte dont le montant est fixé par le Roi. Cependant, bien que les auteurs de la proposition souhaitent contraindre une entité qui refuse sans raison valable d'exécuter la décision, si la Commission elle-même est incapable de mettre en œuvre sa décision en second lieu, l'utilité de cette astreinte n'est pas claire : conduit-elle à ce que l'entité concernée fournisse les documents à la Commission ou doit-elle avoir pour effet que l'entité mette en œuvre la décision de la Commission ?

La Commission ne voit vraiment pas l'utilité du sixième paragraphe de l'article 8, § 2, proposé.

Par ailleurs, la Commission se pose également des questions sur la manière dont une telle astreinte peut être perçue. Ce n'est pas parce qu'il est précisé que l'astreinte est due à la Commission "de plein droit" et sans mise en demeure qu'elle peut être effectivement obtenue. En outre, cela

soulève également des questions concernant les charges liées à la perception d'une telle astreinte.

4.2.6. Les mentions sur la décision

Le septième paragraphe du nouvel article 8, § 2, proposé indique que la décision de la Commission fait mention des voies de recours possibles et du dispositif d'astreintes qui s'applique en cas de non-exécution de celle-ci. De l'avis de la Commission, il convient d'indiquer clairement qu'il s'agit de la décision de la Commission sur le recours et non d'éventuelles autres décisions qu'elle peut prendre.

4.2.7. L'absence d'une disposition obligeant le demandeur à fournir toutes les informations requises à la Commission

Actuellement, la Commission est confrontée à des demandeurs qui ne lui fournissent qu'une partie des informations concernant le recours qu'ils ont introduit auprès d'elle. Cela force la Commission à demander ces informations au demandeur, ce qui constitue une charge de travail supplémentaire inutile : il faut non seulement chercher à contacter le demandeur, mais aussi assurer un suivi. C'est pourquoi le législateur décretaal flamand a décidé, dans le Décret de gouvernance flamand du 7 décembre 2018, que l'acte de recours comporte les informations suivantes :

- 1° les prénom et nom de l'auteur ;
- 2° l'adresse de l'auteur ;
- 3° une copie de la demande originale ;
- 4° une copie de la décision de l'instance publique concernée contre laquelle un recours est formé, si une décision a été prise.

À cela peut s'ajouter ce qui suit : en ce qui concerne les points 3° et 4°, les métadonnées liées à cette communication doivent être fournies. Il est en effet apparu que certains demandeurs ne fournissent plus à la Commission toutes les informations nécessaires au traitement de leur recours.

4.2.8. Possibilité de recours pour défaut de suivi d'un recours introduit

La Commission se pose également des questions quant à la proposition des auteurs d'insérer un article 8, § 2/1, qui permet au demandeur

d'introduire auprès du Conseil d'État un recours en annulation de la décision de la Commission, comme déjà prévu à l'article 14 des lois sur le Conseil d'État. Si la Commission ne notifie pas sa décision à temps, il est plus indiqué d'assimiler cela à une décision de refus tacite, comme c'est le cas pour la procédure de demande. Un recours contre cette décision est ensuite automatiquement introduit. Dans le cas du contentieux objectif, cette compétence revient au Conseil d'État sans que cela ne nécessite une mention particulière dans la loi. L'attribution au Conseil d'État n'est requise que si le législateur considère qu'il s'agit d'un droit politique qui est attribué au Conseil d'État. Dans ce dernier cas, la section du contentieux administratif du Conseil d'État ne se prononce pas en tant que juge d'annulation, mais elle statue sur un droit subjectif avec les pleins pouvoirs. En matière de publicité de l'administration, le législateur n'a jusqu'à présent pas accordé de droit subjectif en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution.

4.2.9. Le manque d'ancrage de l'indépendance de la Commission dans la loi

La Commission estime que son indépendance doit être ancrée dans la loi elle-même et non dans l'arrêté royal qui régit son fonctionnement et sa composition. L'indépendance est en effet une condition essentielle au bon fonctionnement de la Commission.

4.2.10. L'absence d'un règlement sur la responsabilité des membres de la Commission

La Commission est un organe collégial qui prend de préférence ses décisions à l'unanimité et, lorsque cela n'est pas possible, à la majorité. En raison de son indépendance, il convient de garantir que les membres de la Commission ne peuvent être tenus pour personnellement responsables par les personnes intéressées à une décision de cette Commission. Pour cette raison, le législateur a adapté la loi du 5 août 2006 par une loi du 16 février 2012, en disposant notamment que les membres de la Commission ne peuvent être tenus pour personnellement responsables par les personnes intéressées à une décision de cette Commission. Une responsabilité plus lourde (théorie de l'organe) ou solidaire peut compromettre l'indépendance des membres de l'organe de recours. L'exposé des motifs de la loi modificative contenait à cet égard une justification circonstanciée :

“Il est essentiel également que les membres de la Commission exercent leur fonction indépendamment de toutes pressions extérieures, dont notamment la menace d’une action ultérieure en responsabilité civile. En effet, bien que les membres ordinaires soient des fonctionnaires et donc soumis à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, ils ne bénéficient cependant pas de la protection de cette dernière lorsqu’ils agissent dans le cadre de la Commission de recours. Le président, quant à lui, est exclu de facto du champ d’application ratione personae de cette loi. Il convient en conséquence de prévoir une disposition stipulant l’immunité personnelle de responsabilité civile des membres de la Commission de recours à l’égard des personnes concernées par une décision de la Commission.

La clause exonératoire de responsabilité civile vise à prémunir les membres de la Commission de toute pression qu’ils pourraient subir par des tiers dans l’exercice des tâches de la Commission de recours. Les membres de la Commission échapperaient donc au régime commun de responsabilité, mais uniquement dans la mesure où il s’agirait d’une action en responsabilité civile portée par une (des) personne(s) concernée(s) par une décision de la Commission de recours. Cette disposition n’exclut donc pas l’application du régime commun de responsabilité qui serait actionnée par l’État belge s’il s’avérait qu’une décision a été prise en cas de faute lourde ou de tromperie.” (Doc. parl., Chambre, 2010 – 2011, Document n° 53 K1759001, 5)

En raison de son indépendance, il est également nécessaire que la Commission puisse être représentée par un avocat de son choix lorsque sa décision est contestée en droit. L’insertion d’une disposition identique est dès lors souhaitable. Cette disposition est également expliquée en détails dans l’exposé des motifs de la loi modificative :

“Vu le caractère indépendant de la Commission de recours, il est fondamental que celle-ci puisse se faire représenter, le cas échéant, en cas d’actions en justice devant les tribunaux ordinaires ou de recours devant le Conseil d’État, ce bien qu’elle ne possède pas la personnalité juridique.

En effet, lors de telles actions, si l’État belge est déjà représenté via les ministres de tutelle, c’est-à-dire le ministre qui a l’Environnement dans ses attributions et le ministre de l’Intérieur, cette représentation peut, dans certains cas, mettre à mal l’indépendance requise, par exemple lorsque ces ministres ont également sous leur tutelle le dossier faisant

l'objet du recours. Il convient de noter que la possibilité pour la Commission de se faire représenter au niveau juridictionnel ne viendrait en rien modifier le système actuel de représentation de l'État belge via les ministres de tutelle, lequel resterait identique. Les frais liés au contentieux seront pris en charge par l'État belge, comme cela est le cas de manière classique pour les litiges concernant ce dernier." (Doc. parl., Chambre, 2010 – 2011, Document n° 53 K1759001, 4-5)

Afin de garantir l'indépendance de la Commission, il est en outre recommandé que la composition actuelle comptant tant des personnes internes que des personnes externes à l'autorité, soit maintenue.

4.2.11. La nécessité de fournir les ressources et le personnel nécessaires à l'instance de recours

Il est indéniable que conférer à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration, un rôle décisionnel sur le recours, implique qu'elle revoie son approche des affaires. Tandis que la compétence d'avis actuelle se limite souvent à l'évaluation de la motivation avancée par l'administration, l'exercice d'un pouvoir décisionnel nécessitera une analyse plus approfondie des documents administratifs demandés, à la lumière des motifs d'exception légaux et des intérêts protégés par le législateur (et de tous les intérêts concernés). L'expertise dont disposent déjà les membres de cette Commission devrait cependant faciliter l'émergence de cette nouvelle approche. Ceci ne doit pas pour autant occulter la question de la rétribution qui doit nécessairement aller de pair avec l'implication plus forte qui sera requise des membres de la Commission. Actuellement, seul le président de la Commission reçoit un jeton de présence et le secrétaire et son suppléant sont rémunérés en leur qualité d'agents de l'autorité.

Pour satisfaire à ces responsabilités bien plus importantes, il s'imposera de prévoir des moyens suffisants, des rétributions équitables et un statut de personnel adapté pour le secrétariat.

4.2.12. Le manque de soutien de la Commission

Un aspect essentiel au bon fonctionnement de la Commission est qu'elle dispose d'un secrétariat fonctionnel, avec un effectif du personnel et des

moyens de fonctionnement suffisants. Les auteurs de la proposition de loi étendent la compétences de la Commission, mais ils ne lui donnent pas les garanties lui permettant d'accomplir sa mission à temps et de manière approfondie. Conférer un pouvoir décisionnel décuple non seulement la charge de travail (comme le montre la procédure devant l'instance fédérale de recours), mais il faut aussi s'attendre à ce que le nombre de recours augmente sensiblement - comme c'est le cas pour les commissions régionales qui ont été dotées d'un pouvoir décisionnel - et à ce que le secrétariat doive consacrer beaucoup plus de temps aux procédures entamées contre la Commission.

Actuellement, la Commission ne dispose que d'un seul membre du personnel qui, en raison de l'unité d'interprétation des dispositions communautaires prévues à la loi du 11 avril 1994 et à la loi du 5 août 2006, est également membre-secrétaire de la Commission de recours pour l'accès aux informations environnementales et de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section réutilisation, alors qu'à l'origine, trois membres du personnel étaient affectés à la Commission d'accès aux documents administratifs.

5. Problèmes non résolus

Comme la Commission l'a déjà constaté, les auteurs se sont limités à deux aspects dans la révision de la loi du 11 avril 1994 sans résoudre d'autres questions. Nous en mentionnons quelques-unes.

5.1. *L'ajout problématique d'un nouveau motif d'exception à l'article 6, § 2, 4° de la loi du 11 avril 1994*

La Commission tient à souligner l'ajout problématique à l'article 6, § 2 d'un point 4° à la loi du 4 février 2010 'relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité' (M.B. 10 mars 2010). L'article 6, § 2, 4°, stipule ce qui suit :

“L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte aux intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification, aux habilitations, attestations et avis de sécurité.”

La Commission a souligné que cette disposition existante est problématique pour diverses raisons. Tout d'abord, cette disposition renvoie aux "intérêts" visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 'relative à la classification, aux habilitations, attestations et avis de sécurité', sans les mettre en lien avec la classification de documents. En outre, elle fait référence à un certain nombre d'intérêts qui sont déjà protégés par l'article 6, § 1^{er}. Certains intérêts sont donc protégés deux fois, certes dans des termes différents et sous d'autres conditions : l'article 6, § 1^{er}, concerne les motifs d'exception relatifs, ce qui nécessite une mise en balance des intérêts avec l'intérêt général servi par la divulgation, alors que ce n'est pas le cas pour les motifs d'exception de l'article 6, § 2, où il suffit d'établir que la publication porte atteinte aux motifs qui y sont repris. Une telle formulation peut donner lieu à d'importants problèmes d'interprétation. La Commission tient d'ailleurs à relever que l'existence de motifs d'exception absolus est contraire à l'esprit même de l'article 32 de la Constitution. Le législateur constitutionnel estimait en effet que seuls des motifs d'exception relatifs sont possibles pour tenir suffisamment compte du droit fondamental :

“Les motifs d'exception sont relatifs. Cela implique que l'intérêt de la publication doit chaque fois contrebalancer concrètement l'intérêt qui est protégé par un motif d'exception.” (Note explicative à la Proposition du Gouvernement visant à insérer un article 24^{ter} dans la Constitution concernant la publicité de l'administration, *Doc. parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 839/1, 5).

Il est souhaitable que le législateur propose une nouvelle formulation faisant clairement référence aux documents classifiés. Par ailleurs, l'article 26 de la loi du 11 décembre 1998 devra, le cas échéant, être abrogé. Il n'est en effet pas possible - et encore moins cohérent - d'affirmer, d'une part, que la loi du 11 avril 1994 n'est pas applicable et, d'autre part, que le refus s'effectue en vertu des motifs d'exception de cette même loi du 11 avril 1994.

Toutefois, la Commission fédérale de recours pour l'accès aux informations environnementales a récemment constaté qu'un autre problème doit être résolu. Si la Commission constate que la classification n'a pas été correctement effectuée ou qu'elle ne peut plus être maintenue, il faut prévoir une procédure pour que ces documents

puissent également être déclassifiés et rendus publics. Contrairement à ce qui vaut pour la loi du 11 avril 1994, l'application de la loi du 5 août 2006 n'est en effet pas exclue pour les documents classifiés. L'alignement entre la loi du 11 avril 1994, d'une part, et la loi du 5 août 2006 et la loi du 11 décembre 1998, d'autre part, doit donc être revu et mieux harmonisé.

5.2. *Les droits intellectuels*

5.2.1. Remarques concernant la relation entre le droit d'auteur et la publicité de l'administration

Le législateur de l'époque s'est limité à élaborer un règlement pour le droit d'auteur dans le cadre du droit d'accès aux documents administratifs tel qu'il existe dans la loi du 11 avril 1994.

Les droits d'auteur ne constituent pas un motif d'exception à la publicité de l'administration. Les droits intellectuels ne font que restreindre la manière dont le droit d'accès peut être exercé. Dans la disposition existante, le législateur a en effet garanti que le droit d'accès par consultation ou par explication peut toujours être exercé pour les documents administratifs qui contiennent une œuvre.

Dans son avis 96/7 du 22 mars 1996, la Commission a analysé en détail cette problématique :

“Le projet initial du gouvernement prévoyait une exception au droit d'auteur, en ce sens que pour la publicité d'une œuvre protégée par les droits d'auteur dans le cadre de la publicité passive de l'administration, le consentement de l'auteur n'était pas requis.

Le Conseil d'État a formulé la remarque suivante à l'égard de ce projet d'article : “on ne peut nier qu'il y a une tension entre le droit à la publicité de l'administration et les conséquences liées à la protection du droit d'auteur, tout au moins lorsqu'une personne autre que l'autorité à laquelle la demande de publicité est adressée est le titulaire ou le détenteur contractuel du droit d'auteur”.

Afin de diminuer au maximum cette tension, le Conseil d'État a proposé d'adapter le projet d'article 9 (Avis du Conseil d'État, 18 février 1994, Doc., Chambre, 1112/1-92/93, 40-41 et 67). Le gouvernement et le

législateur ont repris cette proposition de texte dans la version finale de l'article 9 de la loi du 11 avril 1994.

Il est évident que l'intention du législateur était de respecter le droit d'auteur en ce qui concerne la communication sous forme de copie, "tout au moins lorsqu'une personne autre que l'autorité à laquelle la demande de publicité est adressée est le titulaire ou le détenteur contractuel du droit d'auteur" (Avis du Conseil d'État, 18 février 1994, Doc., Chambre, 1112/1, 92/93, 40-41. La raison sous-jacente est que l'autorité qui impose à son administration les obligations en matière de publicité de l'administration doit par ailleurs respecter les droits d'auteur de tiers.

Interpréter et appliquer l'article 9 de la loi du 11 avril 1994 en ce sens qu'il appartient à une autorité administrative de refuser la communication sous forme de copie simplement parce que le document administratif concerné est protégé par le droit d'auteur et que celui-ci est détenu par l'administration concernée (ou par ses fonctionnaires), reviendrait à éroder la loi du 11 avril 1994. En effet, de nombreux documents administratifs, tels que les courriers, notes de service et autres peuvent être considérés comme des œuvres protégées par le droit d'auteur au sens de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Dans ces cas-là, invoquer l'article 9 de la loi du 11 avril 1994 aurait pour conséquence que l'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration deviendraient en grande partie inapplicables.

C'est pourquoi l'article 9 ne peut être considéré applicable qu'à l'égard de documents administratifs dans lesquels est reprise une œuvre protégée par les droits d'auteur dont le droit d'auteur n'est pas détenu par l'autorité administrative ou par ses fonctionnaires mais par des tiers. Ce n'est que dans ces cas-là que l'autorité administrative peut procéder à la reproduction d'un document administratif/d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, après que le tiers/l'ayant droit d'auteur a donné son autorisation. Soit dit en passant, il est recommandé que l'administration fasse figurer dans les dispositions contractuelles en la matière une clause par laquelle l'auteur/l'ayant droit d'auteur abandonne d'ailleurs son droit de reproduction pour autant que cela entre dans le cadre de l'article 4 de la loi du 11 avril 1994.

L'autorité administrative qui détient elle-même les droits d'auteur sur un document administratif ne peut pas invoquer le droit d'auteur pour refuser la communication sous forme de copie comme reproduction au risque de vider en grande partie la loi du 11 avril 1994 de son sens."

Bien que le point de vue développé par la Commission ait jusqu'à ce jour été suivi, il est souhaitable d'explicitement consolider dans la loi cette interprétation en ce qui concerne les documents administratifs qui contiennent une œuvre d'auteur et dont le droit d'auteur est détenu par l'autorité ou par ses fonctionnaires. La Commission insiste sur la nécessité d'un règlement par la voie législative pour le transfert des droits patrimoniaux du droit d'auteur des fonctionnaires. La compétence du Roi est en effet limitée sur ce plan. Un règlement par voie d'arrêté royal aurait pour conséquence qu'un certain nombre de catégories de personnes ne seraient pas concernées par ce transfert des droits patrimoniaux, car elles ne sont pas visées par l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le Statut des Agents de l'État.

La Commission a toujours estimé que le règlement prévu dans la loi du 11 avril 1994 en ce qui concerne le rapport entre cette loi et les dispositions relatives au droit d'auteur et aux droits voisins contenues dans le Code de Droit économique, est trop restrictif à l'égard du droit fondamental visé à l'article 32 de la Constitution.

En outre, la Commission considère que la relation entre le droit d'auteur et l'obtention d'une copie d'un document administratif contenant une œuvre est aujourd'hui insuffisamment nuancée et que cette restriction du mode d'exécution du droit d'accès devrait revêtir un caractère relatif, impliquant qu'il faudrait examiner si l'intérêt servi par la publication sous la forme d'une copie ne l'emporte pas sur l'intérêt de l'ayant droit d'auteur de devoir donner son accord.

L'article 30 de la loi du 5 août 2006 peut être source d'inspiration en ce qui concerne le droit d'auteur. Il stipule :

“Lorsque la demande porte sur une information environnementale protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos.

Lorsque la demande porte sur la communication sous forme de copie d'une information environnementale protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à qui ces droits ont été transmis est requise conformément à la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Dans chaque cas particulier, l'intérêt

général servi par la divulgation doit être mis en balance avec l'intérêt spécifique servi par le refus de divulguer."

5.2.2. L'élargissement à tous les droits intellectuels

Toutefois, la Commission tient à souligner que, dans le texte actuel de la loi du 11 avril 1994, le législateur de l'époque a limité le règlement de la relation entre la publicité de l'administration et les droits intellectuels à un règlement relatif au droit d'auteur et aux droits voisins, et qu'il convient d'élaborer une réglementation portant sur les droits intellectuels autres que le droit d'auteur.

La Commission tient d'ailleurs à rappeler que, pour certains droits intellectuels, il n'y a aucune raison d'empêcher la fourniture d'une copie et que - pour être conforme au droit intellectuel - seule l'utilisation du droit intellectuel doit être soumise aux conditions imposées par la législation qui régit le droit intellectuel.

5.3. Une relation mieux établie avec la loi relative aux archives

La loi du 11 avril 1994 et la loi du 12 novembre 1997 organisent clairement l'accès aux documents administratifs qui ont été déposés aux archives. Le principe est que les documents administratifs qui ont été déposés aux archives continuent à ressortir à l'application des lois en matière de publicité et que la décision sur l'accès est prise par le responsable de l'administration.

L'on peut douter que la manière dont la relation avec la loi de 1955 relative aux archives du Royaume est régie, corresponde à l'intention du législateur. L'article 11 de la loi du 11 avril 1994 et l'article 12 de la loi du 12 novembre 1997 disposent en effet ce qui suit : "*Les alinéas premier à trois (deux) ne s'appliquent pas aux Archives générales du Royaume ou aux Archives de l'État dans les Provinces, auxquelles les dispositions légales relatives aux Archives restent entièrement d'application*". Cela ne pose aucun problème pour les documents administratifs qui doivent être déposés aux archives par une autorité administrative fédérale, provinciale ou communale, et ce à partir du délai qui s'applique à l'obligation de dépôt. L'idée était en effet que la loi relative aux archives contienne une règle de publicité spécifique ayant pour conséquence que tous les documents qui doivent être déposés aux archives sont publics. Il en va autrement pour les documents administratifs auxquels ne s'applique

aucune obligation de dépôt ou pour les documents administratifs qui doivent être déposés avant terme ou le sont sur une base volontaire. La disposition de l'article 11 de la loi du 11 avril 1994 et celle de la loi du 12 novembre 1997 ont en effet pour conséquence qu'il ne serait plus possible d'invoquer des motifs d'exception pour ces documents, le principe étant que tous les documents administratifs sont publics sauf si la loi impose des motifs d'exception. La loi relative aux archives ne contient toutefois aucun motif d'exception. Il est souhaitable que les motifs d'exception de la législation fédérale en matière de publicité puissent malgré tout être invoqués pour ces trois catégories de documents administratifs ; à défaut, il est possible que certaines informations, dont la publicité n'est pas encore souhaitée, soient divulguées.

La disposition actuelle est également problématique pour une seconde raison : les Archives générales du Royaume ne sont elles-mêmes pas exclues de la législation en matière de publicité, ce qui est partiellement justifié. Les Archives générales du Royaume (et les archives du Royaume dans les provinces) sont en effet une institution scientifique fédérale qui produit et reçoit elle-même des documents administratifs. Mais elle obtient en outre des documents d'autres autorités, d'autorités administratives et d'autorités non administratives. En raison de l'interprétation large de la notion de document administratif, les documents qui ne sont pas des documents administratifs peuvent être qualifiés de documents administratifs en raison de leur obligation de dépôt, ce qui n'était certainement pas l'intention du législateur.

La Commission estime dès lors que l'intention du législateur pourrait être mieux exprimée ; à cet égard, il appartient avant tout au législateur d'évaluer dans quelle législation les précisions doivent être apportées.

Bruxelles, le 31 août 2021.

F. SCHRAM
SECRETAIRE

K. Leus
PRESIDENTE