



Commission d'accès aux et de
réutilisation des documents
administratifs

Section publicité de l'administration

19 avril 2021

AVIS n° 2021-55

CONCERNANT LE REFUS IMPLICITE DE RECEVOIR
UNE COPIE DES FACTURES

(CADA/2021/52)

1. Aperçu

1.1. Par courriel du 2 mars 2021, Madame X demande à l'asbl SMALS une copie des factures relatives aux prestations réalisées par SMALS pour l'Autorité de Protection des données (APD), depuis 2015 jusqu'à ce jour.

1.2. En l'absence de réaction de SMALS, la demanderesse introduit une demande de reconsidération auprès de SMALS par courriel du 8 avril 2021.

1.3. Par courriel du même jour, elle s'adresse à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration, ci-après la Commission, pour demander un avis.

2. L'évaluation de la demande d'avis

2.1. La recevabilité de la demande d'avis

La Commission estime que la demande d'avis est recevable. La demanderesse a en effet envoyé simultanément sa demande de reconsidération auprès SMALS et sa demande d'avis auprès de la Commission, tel que le prévoit l'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration' (ci-après : loi du 11 avril 1994).

2.2. La question de compétence

La loi du 11 avril 1994 n'est d'application que si SMALS est considérée comme une autorité administrative fédérale. Le législateur n'a pas donné de définition plus extensive de cette notion et a laissé son interprétation à l'entière discrétion des juges. Cette jurisprudence a connu une nette évolution. De plus, il convient de tenir compte du contexte dans lequel s'inscrit la notion d'« autorité administrative ». Les juges se concentrent principalement sur l'interprétation de la notion dans le contexte de la compétence du Conseil d'État à juger des actes administratifs, alors que la loi du 11 avril 1994 est indépendante de l'existence d'un acte administratif.

Le droit fondamental comme principe

Il est important de ne pas perdre de vue l'objectif visé par le constituant lorsqu'il a intégré la publicité de l'administration dans la Constitution.

Dans la note explicative de l'article 24^{ter}, devenu l'actuel article 32 de la Constitution, il est clairement indiqué que « *Les principes repris dans l'article proposé sont valables à l'égard de toutes les autorités administratives. L'interprétation concrète de cette notion sera faite par la suite. Etant donné qu'en l'occurrence il s'agit de l'octroi d'un droit fondamental, une interprétation aussi large que possible devra être utilisée. On peut notamment renvoyer à l'article 14 des lois sur le Conseil d'État et la jurisprudence du Conseil d'État à ce sujet* » (*Documents parlementaires*, Chambre, session 1992-1993, n° 839/1, p. 5).

Le pouvoir constituant avait donc un domaine d'application personnel très vaste à l'esprit, mais a laissé au législateur le soin de l'interpréter. Dès lors qu'il s'agit d'un droit fondamental, le législateur doit opter pour une interprétation aussi vaste que possible. Ainsi, le législateur ne peut interpréter la notion d' « autorité administrative » trop restrictivement, d'une manière qui serait contraire au vaste champ d'application que visait le pouvoir constituant.

Le champ d'application de la loi fédérale relative à la publicité

Aux termes de son article 1^{er}, alinéa 1^{er}, la loi du 11 avril 1994 s'applique :

- a) aux autorités administratives fédérales ;
- b) aux autorités administratives autres que les autorités administratives fédérales, mais uniquement dans la mesure où, pour des motifs relevant des compétences fédérales, la présente loi interdit ou limite la publicité de documents administratifs.

La loi définit l'autorité administrative comme « *une autorité administrative visée à l'article 14 de lois coordonnées sur le Conseil d'État* » (article 1^{er}, alinéa 2, 1^o, de la loi).

La notion d'« autorité administrative fédérale »

Dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi qui est devenu la loi fédérale 'relative à la publicité de l'administration' (*Documents parlementaires*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, pp. 8-11), la notion « d'autorité administrative » a été expliquée comme suit :

« Pour déterminer la notion « autorités administratives », on se fonde sur l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et par conséquent sur l'importante jurisprudence du Conseil d'État en la matière. Il s'ensuit, et c'est important, que le champ

d'application de la loi évoluera en fonction des nouveaux développements qui se présenteront dans le cadre de la législation et de la pratique administrative. En outre, la jurisprudence du Conseil d'État offre un solide point d'appui et les critères employés s'associent étroitement aux objectifs poursuivis par cette loi, c'est-à-dire offrir la publicité à l'administré dans le cadre de sa relation avec l'administration quelle que soit sa forme. Ces critères du Conseil d'État sont positifs et pas cumulatifs : l'exercice d'une mission d'intérêt général, disposer d'une compétence coercitive de décision, l'implication des autorités dans la création ou dans l'agrément, contrôle par l'autorité, disposer de certaines prérogatives du pouvoir public et, négatifs : ne pas appartenir au pouvoir législatif ou judiciaire.

Une nouveauté à l'égard de la jurisprudence existante du Conseil d'État est qu'il conviendra, pour ce qui est de l'application de la présente loi, de déterminer les autorités administratives qui doivent être considérées comme autorités administratives fédérales et celles qui doivent être considérées comme autorités administratives non fédérales. Les autorités administratives fédérales sont, comme l'a précisé le Conseil d'État dans l'avis qu'il a donné sur le présent projet, les administrations fédérales, les organismes [publics] et les services publics assimilés, qui ressortissent à une autorité administrative fédérale, ainsi que les personnes privées chargées par une autorité fédérale, à la suite d'événements autres que fortuits, de l'exercice d'un service public fédéral. Fait également partie du niveau fédéral le personnel des provinces qui dépend des autorités fédérales, y compris les commissaires d'arrondissement.

Les autorités administratives non-fédérales sont celles qui font partie des autres niveaux administratifs - les Communautés, les Régions, les provinces et les communes, comme par exemple les services des Communautés, des Régions ou des Commissions Communautaires ou les établissements créés par ceux-ci, les personnes privées qui exercent une mission d'intérêt général relevant des compétences des Communautés ou des Régions, les organes communaux et provinciaux, les intercommunales, les C.P.A.S., les polders et wateringues, les fabriques d'église, etc.

En ce qui concerne le niveau fédéral, le Conseil d'État a déjà qualifié d'autorité administrative : les organes de l'administration de l'État, comme le Roi, les Ministres et certains fonctionnaires agissant en exécution d'une délégation comme le Secrétaire permanent au recrutement.

Pour ce qui concerne le Roi en sa qualité d'autorité administrative, il convient d'insister sur le fait qu'il ne l'est que pour des affaires couvertes par la responsabilité ministérielle (cf. article 64 de la Constitution) mais, que le Roi lui-même ne peut être considéré comme une autorité administrative. Les pièces et la correspondance qui se trouvent chez le Chef d'État ne tombent en aucun cas sous l'application de la présente loi.

Les membres du cabinet ne sont pas non plus des autorités administratives : ils sont les collaborateurs personnels des ministres et ne sont pas habilités à se substituer à eux pour prendre des décisions qui incombent aux ministres. Etant donné et pour autant qu'ils ne possèdent aucune compétence pour prendre des décisions fermes envers des tiers, ils ne doivent pas être considérés, selon le Conseil d'État, comme une autorité administrative.

Les organes des services publics décentralisés fonctionnellement, qui ont un pouvoir de décision autonome doivent être considérés comme une autorité administrative. Ils ont été créés par un pouvoir public pour assurer un service d'intérêt

public et sont placés sous la haute direction de l'autorité. Ceci concerne entre autres la Caisse générale d'Épargne et de Retraite, l'Office national de l'emploi, l'Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés, la Commission bancaire, et cetera.

A côté de ces autorités administratives stricto sensu, les institutions créées par l'administration en vue de pourvoir un service public et dont font partie des particuliers ou des entreprises privées ou qui sont érigées sous forme d'une société commerciale sont à considérer comme une autorité administrative. Il s'agit entre autres du Crédit communal de Belgique.

Des questions se posent en ce qui concerne les entreprises avec une gestion mixte et qui ont été créées pour assurer un service d'intérêt public et pour lesquelles, aussi bien pour la composition du capital que pour la gestion, il est fait appel à la collaboration de particuliers. Il s'agit de la Société nationale des chemins de fers belges, de la Banque Nationale de Belgique, de la S.A.B.E.N.A., et cetera.

La question de savoir si elles doivent être considérées comme autorité administrative, est déterminée par le Conseil d'État après examen des lois spéciales qui règlent le statut de ces organismes. Les récentes modifications au statut des entreprises publiques autonomes peuvent donc entraîner une révision de la jurisprudence en la matière, ce qui est d'ailleurs également le cas pour les institutions publiques de crédit.

En outre de ces organismes, la question doit être posée au sujet du caractère d'autorité administrative des organismes qui ont été créés suite à une initiative privée mais qui sont chargés d'une mission d'intérêt public.

Par rapport à ces organismes qui ne sont pas des autorités administratives en tant que telles, mais qui peuvent prendre des décisions habilitées d'un pouvoir public, qui sont susceptibles d'être annulées par le Conseil d'État, la loi relative à la publicité de l'administration n'est d'application que dans les affaires pour lesquelles l'organisme obtient le caractère d'autorité administrative. Pour les entreprises avec une gestion mixte, cela concerne par exemple la compétence qui est exercée à l'égard du personnel.

Les organismes consultatifs publics (comme le Conseil central de l'Économie, le Conseil supérieur des classes moyennes, le Conseil national du Travail), sont aussi soumis à ce raisonnement : ils ne sont pas une autorité administrative quand ils formulent leur avis, mais bien au moment de l'exécution de leur pouvoir de décision à l'égard de leur personnel. Dans ce cas uniquement, ils tombent sous l'application de la présente loi.

Il convient de souligner que ce qui précède ne vaut que pour les organismes qui ne sont pas une autorité administrative en tant que telle mais qui n'obtiennent cette qualification que dans la mesure où ils prennent des décisions habilitées d'un pouvoir public. Ces organismes tombent uniquement sous l'application de la loi relative à la publicité de l'administration dans les administrations fédérales pour les affaires pour lesquelles ils possèdent le caractère d'autorité administrative.

Ceci ne vaut donc pas pour les organismes et institutions qui dans leur ensemble sont considérés par le Conseil d'État comme une autorité administrative. Pour ces organismes ou institutions la question de savoir si un document concerne une affaire qui est soumise au contrôle de légalité du Conseil d'État n'est pas pertinente. Tout document qui se trouve chez de telles autorités administratives est un document administratif, et par principe public. »

Il ressort de l'exposé des motifs qu'en se référant à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et à la jurisprudence y afférente pour interpréter la notion d'« autorité administrative », le législateur a voulu lier le champ d'application de la loi du 11 avril 1994 au développement éventuel de cette jurisprudence. Le législateur a ainsi opté pour une notion « évolutive » qui permet de tenir compte des évolutions sociales. Parce que la notion d'« autorité administrative » n'est pas définie à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'interprétation qui en est donnée dans l'exposé des motifs est la reproduction d'une situation contemporaine dépendante de la jurisprudence de l'époque. L'interprétation qui ressortait de la jurisprudence du moment était extensive mais il n'était pas exclu que la jurisprudence future évolue dans un sens plus restrictif si la nature d'un organisme déterminé devait changer à l'avenir.

Il ressort également de l'exposé des motifs qu'une distinction doit être faite entre les services publics dits « organiques » et les services publics dits « fonctionnels ». Tandis que les organismes et institutions qui, dans leur ensemble, sont considérés comme des autorités administratives (les services publics organiques, notamment les administrations fédérales) doivent assurer la publicité de tous les documents en leur possession, puisqu'ils sont considérés comme des documents administratifs, les organismes qui ne sont pas des autorités administratives en tant que tels (les services publics fonctionnels) doivent uniquement assurer la publicité vis-à-vis des matières pour lesquelles ils ont le caractère d'autorité administrative. Cette dernière catégorie est notamment composée d'organismes qui ont été créés à l'initiative de particuliers mais qui sont chargés d'une tâche d'intérêt général, d'entreprises à économie mixte et d'une catégorie spécifique d'organes d'avis, à savoir les organes d'avis publics (décrits comme des « *organes ayant uniquement des compétences d'avis [...] auxquels le législateur a octroyé une personnalité morale et une indépendance patrimoniale et budgétaire* » dans A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 125 ; au niveau fédéral, il s'agit plus spécifiquement du Conseil central de l'Économie, du Conseil supérieur des Classes moyennes et du Conseil national du Travail).

L'interprétation de la notion d'« autorité administrative » a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi 'relative à la publicité de l'administration'. La Cour de cassation a estimé que des institutions créées ou agréées par les autorités, qui sont chargées d'offrir un service public et n'appartiennent

pas au pouvoir judiciaire ou législatif, sont en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les autorités et qu'elles peuvent prendre des décisions engageant des tiers (voy. notamment : Cass., 14 février 1997, n° C.96.0211.N ; Cass., 10 septembre 1999, n° C.98.0141.F ; Cass., 6 septembre 2002, n° C.01.0382.N ; pour des commentaires de cette jurisprudence, voy. notamment : S. BAETEN, « Variaties op verzelfstandingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996 », *C.D.P.K.*, 1999, pp. 83-102 ; M. BOES, « De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip? », *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Brugge, die Keure, 2004, pp. 27-30 ; A. MAST, *o.c.*, n°s 1017-1020 ; P. NIHOUL, « La notion d'autorité administrative: retour à l'orthodoxie », *A.P.T.*, 2001, pp. 78-85 ; J.M. PIRET, « La notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 1999, pp. 236-238 ; F. VANDENDRIESSCHE, « De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie », *R. W.*, 2000-2001, pp. 497-506 ; S. VAN GARSSE, « De 'harmonicabewegingen' van het begrip administratieve overheid », *Tijdschrift voor Gemeenterecht*, 2002, pp. 308-313). S'il est vrai qu'en outre, la Cour de cassation a mis l'accent sur le critère (fonctionnel) du pouvoir de prendre des décisions engageant des tiers, l'on ne peut pas en déduire que le pouvoir de prendre des décisions engageant des tiers est dans tous les cas une condition essentielle à la qualification d'autorité administrative. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les arrêts de la Cour de cassation portaient tous sur des organismes de droit privé.

La Commission fait remarquer qu'il ressort de la jurisprudence qu'une personne morale de droit privé peut encore être qualifiée d'autorité administrative sans qu'elle dispose de compétences *impériales*, à savoir lorsque cette personne morale de droit privé agit comme mandataire d'une autorité administrative à l'égard de décisions prises par cette personne morale en exécution de ce mandat (voir notamment CE 9 janvier 2014, n° 226.008, CE 27 juin 2014, n° 227.922 et CE, n° 234.858 du 25 mai 2016). Cela pourrait par exemple être le cas lorsqu'une telle personne morale se charge, au nom de ou sur ordre d'une autorité administrative fédérale, d'une procédure d'attribution résultant en l'attribution d'un marché public. En pareil cas, la qualification de personne morale de droit privé cèdera la place à la qualification du mandant qui a accordé le mandat, et ce, pour autant que ce mandant soit lui-même une autorité administrative.

Lorsque toutefois le bénéficiaire effectif du marché pour lequel l'entité de droit privé agit comme centrale d'achats n'est pas elle-même une autorité administrative, le mandataire ne l'est bien entendu pas non plus (CE du 14 août 2017, n° 238.776).

La qualification de SMALS

L'asbl SMALS a vu le jour en 1939 pour permettre aux caisses d'allocations familiales d'utiliser les systèmes mécanographiques modernes de l'époque. Sur le plan statutaire, SMALS se fixe comme objectif de soutenir ses membres en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation de services informatiques intégrée. L'asbl SMALS agit ici en association de frais à laquelle des missions peuvent directement être confiées en internalisation. SMALS se concentre sur les institutions publiques du secteur social et du secteur de la santé ainsi que sur les activités susceptibles de produire des effets d'échelle et des synergies pour l'ensemble des institutions publiques.

Que SMALS compte de nombreux services publics parmi ses membres ne signifie pas en soi qu'elle puisse elle-même être qualifiée d'autorité administrative. Étant donné qu'elle prend une forme juridique de droit privé, il est en principe requis de la qualifier d'autorité administrative qui peut prendre des décisions unilatérales contraignantes pour des tiers, ce qui n'est pas le cas des siennes.

La théorie de « l'appendice » expliquée ci-avant ne s'applique pas non plus dans ce cas étant donné qu'il s'agit de la facturation entre SMALS et l'Autorité de protection des données pour les services prestés.

Quoi qu'il en soit, la théorie de l'appendice ne s'applique pas: il s'agit de la facturation entre SMALS et l'APD.

2.3. L'application de la loi du 11 avril 1994

SMALS ne pouvant en principe pas être qualifiée d'autorité administrative et par conséquent pas non plus d'autorité administrative fédérale, auxquelles s'applique la loi du 11 avril 1994, la demandeuse ne peut pas invoquer cette loi pour avoir accès aux documents en possession de SMALS. Par contre, les documents qui émanent toutefois de SMALS et sont en la possession d'une autorité administrative fédérale doivent bien

être qualifiés de documents administratifs auxquels s'applique la loi du 11 avril 1994.

Bruxelles, le 19 avril 2021.

F. SCHRAM
Secrétaire

K. LEUS
Présidente