

Projet de loi

relative à une administration transparente et ouverte

Avis du Conseil d'État

(28 février 2017)

Par dépêche du 18 mai 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, dont il est lui-même l'auteur.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact et une fiche financière.

Les avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 3 juillet 2015, 29 juillet 2015, 12 octobre 2015 et 18 octobre 2016. L'avis de la Commission nationale pour la protection des données a été rendu le 26 février 2016.

Considérations générales

Selon l'exposé des motifs, le projet sous examen « a pour objet de définir le cadre pour la mise en œuvre d'une politique d'ouverture aux citoyens des documents qui sont détenus par les administrations et services de l'État, les communes, les établissements publics placés sous leur tutelle ainsi que les personnes morales fournissant des services publics, dans la mesure où les documents correspondent à une activité administrative ».

A. Le champ d'application *ratione materiae* du projet : la notion de « document »

Les auteurs du projet de loi expliquent que celui-ci vise à mettre en œuvre la partie du programme gouvernemental annonçant « un nouveau projet de loi en vue d'introduire au profit des citoyens un droit d'accès élargi à l'information et aux documents administratifs ».

En étudiant les textes tant nationaux qu'étrangers, on constate que la définition de ce qu'est un « document administratif » ne dépend pas du support utilisé, mais se réfère le plus souvent à la notion d'information. Ainsi, d'après la loi modifiée du 4 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public, le terme « document » désigne « a) tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) [ou] b)

toute partie de ce contenu »¹. La loi belge du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration définit le « document administratif » comme visant « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose ». La loi allemande du 5 septembre 2005 (« *Informationsfreiheitsgesetz* ») garantit à tout un chacun l'accès aux informations officielles : « *amtliche Information : jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Entwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen, gehören nicht dazu* ». La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, faite à Tromsø le 18 juin 2009, instrument international dont le Grand-Duché n'est pas signataire, en fait de même : « On entend par documents publics toutes informations enregistrées sous quelque forme que ce soit, rédigées ou reçues et détenues par les autorités publiques ». La loi française du 17 juillet 1978², aujourd'hui intégrée dans le Code des relations entre le public et l'administration, met quant à elle l'accent sur l'appartenance à la sphère du droit administratif de l'organisme qui a élaboré le document ou pour le compte de qui il a été élaboré : « Sont considérés comme documents administratifs [...] quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions »³.

Il est en réalité difficile d'opérer une distinction entre l'information et le document où elle est consignée. L'accès à l'information passe par l'accès aux documents qui la contiennent.

Les auteurs alternent d'ailleurs des références à l'« accès aux documents » (articles 1^{er}, 3, 6, 7, 8 et 9) et à la « communication de documents » (articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8) avec des références aux « demandes d'information » (article 5) et à l'« information demandée » (article 6).

Les notions d'accès aux documents et d'accès à l'information se rejoignent. Parfois, les administrés désireux d'accéder à une information seront en mesure de désigner spécifiquement le document qui la contient et auquel ils demanderont alors accès. Mais dans d'autres cas, l'administré demandera à obtenir une information spécifique sans savoir dans quel document cette information pourra être trouvée. L'administration a dans ces cas la charge d'identifier le ou les documents concernés, ce qui n'est évidemment possible que si la demande d'information est, comme l'exige le paragraphe 1^{er} de l'article 5, suffisamment précise pour permettre cette identification.

¹ Cette définition reproduit à la lettre un article de la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 qu'il s'agissait de transposer. On peut signaler que tant le législateur belge que le législateur français se sont écartés du texte de la directive. La loi fédérale belge de transposition du 7 mars 2007 définit le document administratif comme suit : « l'information stockée sous une forme particulière et dont dispose une autorité publique, quel que soit le support ou la forme de stockage de cette information » (Loi belge du 7 mars 2007 transposant la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, article 2, § 1^{er}, 2^o). Le législateur français s'est référé à la définition de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, telle que modifiée.

³ Code des relations entre le public et l'administration, Art. L300-2.

L'administration ne peut évidemment donner suite à une demande d'accès à l'information que si l'information demandée existe. En effet, « toutes les questions et demandes d'explications n'entrent pas, par principe, dans le champ d'application des textes législatifs relatifs à la publicité de l'administration. En fait, seules celles qui concernent l'accès à un document administratif existant et matérialisé sur un support sont concernées. A *contrario*, celles qui visent, par exemple, à obtenir des justifications de l'autorité administrative sur sa politique ou à obtenir des informations, sans qu'il soit avéré que celles-ci concernent un document administratif existant, ne le sont pas »⁴. L'administré ne pourrait en effet pas, par le biais d'une demande d'information, contraindre une autorité administrative à produire un document qui n'existe pas encore ou à se positionner sur une question dont elle est saisie. Il s'agit d'une limitation que le texte en projet ne reprend pas explicitement, mais qui se reflète dans l'exigence qui veut que la demande d'accès à l'information soit « formulée de façon suffisamment précise et contenir notamment les éléments permettant d'identifier un document » (article. 5, paragraphe 1^{er}). D'autres lois sont plus explicites à ce propos, par exemple la loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, qui « garantit le droit d'accès aux informations environnementales », mais définit l'information ainsi visée comme étant celle qui est « disponible sous forme écrite, visuelle, sonore, électronique ou toute autre forme matérielle », ce qui prouve à nouveau qu'il est très difficile de distinguer l'information et son support.

La limite aux demandes d'informations est qu'elles doivent concerner des données dont l'administration (au sens le plus large) dispose déjà dans la forme d'un document (au sens le plus large).

En outre, le champ d'application de la loi est limité aux documents et informations qui « correspondent à une activité administrative ». Sont donc exclus non seulement les documents et informations ayant trait aux activités industrielles et commerciales, mais aussi ceux relevant de procédures judiciaires ou encore de la procédure législative et ceux qui ont trait aux missions constitutionnelles des institutions et aux relations internationales.

L'application pratique de cette disposition pourrait être source de difficultés, car il n'existe pas, en droit luxembourgeois, de définition constitutionnelle ou même légale de ce qui relève de la sphère de l'activité administrative, les auteurs évoquant l'existence, à côté d'une majorité de cas clairs, d'une « zone grise qui soulève bien des hésitations et fluctuations jurisprudentielles »⁵. Le Conseil d'État y reviendra lors de l'examen des articles pertinents.

⁴ Laurent MANISCALCO, « La notion de document administratif », in : Valérie MICHIELS (dir.), La publicité de l'administration, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 22.

⁵ Voir Rusen ERGEC, « Le contentieux administratif en droit luxembourgeois », mis à jour par Francis DELAPORTE, in : Pasirisie luxembourgeoise. Bulletin de jurisprudence administrative, Luxembourg, Pasirisie Luxembourg, 2016, n°s 17 à 24, spéc. n° 17.

B. Libre accès aux documents en ligne et communication de documents à la demande

Tout comme le prévoyait déjà le projet de loi n° 6540⁶, les auteurs du projet sous examen entendent atteindre l'objectif de transparence et d'ouverture annoncé dans l'intitulé du projet de loi de deux manières :

- D'une part, le projet pose la règle que les documents administratifs relevant du champ d'application de la future loi seront dorénavant en principe tous accessibles en ligne.
- D'autre part, le projet entend conférer à chaque citoyen un droit de demander aux services administratifs la communication de copies des documents s'inscrivant dans le cadre de leurs activités administratives.

Le Conseil d'État reviendra plus en détail sur la portée des modalités d'accès et leur articulation dans le cadre de l'examen des articles 1^{er} à 3.

C. L'intervention de la Commission d'accès aux documents et du juge

L'une des principales innovations du projet de loi sous examen par rapport au projet de loi n°6540 est la mise en place d'une Commission d'accès aux documents à laquelle les citoyens peuvent s'adresser si l'accès à des documents leur est refusé.

Le rôle de cette Commission est cependant singulièrement restreint. Le Conseil d'État sera en effet amené à constater qu'elle ne peut être saisie que lors d'un refus d'accès aux documents et non, par exemple, lorsque le citoyen est en désaccord avec la manière dont un document a été occulté ou avec le fait que l'administration lui demande de préciser sa demande. La Commission ne peut pas non plus être saisie au sujet de la publication de documents sur internet en application de l'article 2 du projet de loi.

Le projet de loi sous examen ne reprend pas les dispositions procédurales qui figuraient à l'article 8 du projet de loi n°6540 et qui étaient directement inspirées des dispositions de la loi précitée du 25 novembre 2005.

Le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas opportun d'alléger la procédure en attribuant – à l'instar des dispositions de la loi précitée du 25 novembre 2005 et du projet de loi n° 6540 – une compétence au président du tribunal administratif statuant comme en référé. Il conviendrait d'améliorer ce régime en prévoyant également une procédure d'appel simplifiée. En effet, les litiges en rapport avec l'application de la loi précitée du 25 novembre 2005 sont actuellement jugés en première instance selon une procédure accélérée, mais les éventuels appels sont soumis à la procédure ordinaire applicable devant la Cour administrative.

Le législateur devrait également intervenir pour régler les difficultés qui découleront inévitablement de l'obligation pour le juge de faire respecter le principe du contradictoire. Comment, en effet, assurera-t-on un débat contradictoire et éclairé si l'information jugée sensible par l'administration n'est pas divulguée à la partie qui conteste le refus de communication ?

⁶ Projet de loi relative à l'accès des citoyens aux documents détenus par l'administration, dossier parl. n° 6540.

La position adoptée par les juridictions administratives luxembourgeoises a varié⁷ et l'incertitude juridique sur cette question, justifie, aux yeux du Conseil d'État, une intervention législative.

D. Cohérence terminologique

Le texte sous examen veut innover en introduisant en droit luxembourgeois le principe de transparence de l'administration vis-à-vis des citoyens.

Le Conseil d'État a déjà relevé que les auteurs du texte alternent, tout au long du projet sous examen, les références à l'accès aux documents et à l'accès à l'information. Il peut admettre cette démarche dans la mesure où les deux formules reviennent à désigner la même chose. En effet, le document se définit par rapport à l'information qu'il contient tandis que l'information n'existe pas s'il n'y a pas de support qui la conserve.

Cependant, l'étude du projet révèle d'autres variations terminologiques qui, aux yeux du Conseil d'État, sont plus problématiques.

Ainsi, par exemple, le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} énonce que les documents accessibles en vertu de la loi sont « rendus publics et diffusés auprès du public », sans que le texte de loi ou son commentaire n'expliquent ce qu'il y a lieu d'entendre par ces deux expressions. L'article 2 parle également de « publication » et de « diffusion ». S'il s'agit de synonymes, la redondance est à supprimer et si les auteurs entendent viser des démarches différentes, il convient d'en expliquer la différence.

Le projet de loi parle ensuite à certains endroits de l'« accessibilité » des documents et à d'autres endroits de leur « communicabilité », là encore sans que la différence entre ces deux expressions ne soit expliquée.

Le Conseil d'État reviendra sur ces questions dans le cadre de l'examen des articles.

⁷ Dans un jugement du 15 décembre 1997 (n° 9776), le tribunal administratif a admis que, lorsque le litige porte sur le refus de communication d'un document, « par exception au principe du contradictoire, ce dossier n'est pas à communiquer aux parties intéressées ». Selon le tribunal, « cette dérogation au dit principe général du droit s'impose nécessairement, étant donné que le refus de communication des documents du dossier constitue l'objet même du litige. En décider le contraire, c'est-à-dire associer la partie demanderesse à ce contrôle juridictionnel et lui communiquer la teneur des documents litigieux, reviendrait, en effet, à leur donner gain de cause avant toute décision au fond quant à l'existence de son droit de communication ».

Cette solution est à rapprocher de celle qui a cours en Belgique, où il est admis que le principe du contradictoire ne trouve pas application dans les affaires dont l'objet est justement l'accès à un document. La Cour constitutionnelle belge a toutefois apporté la précision que des mesures procédurales doivent être prises pour compenser le handicap qui en résulte pour la partie qui n'a pas accès à ces documents « Dans ces hypothèses, des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles. À ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence » (Cour constitutionnelle belge, 19 septembre 2007, n° 118/2007).

Il n'est cependant pas certain que la solution décrite ait encore cours dans la jurisprudence luxembourgeoise depuis un arrêt de la Cour administrative du 1^{er} juillet 2010 (n° 26421C). Après avoir constaté le caractère essentiellement incompatible de la protection des informations jugées non communicables et du principe du contradictoire, la Cour admit que le juge fasse examiner les documents par un expert hors la présence des parties, « sous peine de rendre sa fonction juridictionnelle raisonnablement inopérante et de vider la procédure contentieuse de toute son efficacité, il y a lieu de permettre, dans de telles hypothèses strictement limitées, le recours du président à un conseiller technique indépendant, devenant à son tour confidentiel nécessaire en dehors de l'intervention des parties. »

E. Cohérence législative

Si la législation luxembourgeoise en matière de transparence administrative n'est jusqu'ici que parcellaire, elle n'est pas inexistante. Parmi les textes en vigueur, le Conseil d'État voudrait citer :

- la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes,
- la loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, et
- la loi modifiée du 7 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public.

Le texte de loi proposé viendrait s'ajouter à ces législations. Or, le Conseil d'État s'était déjà interrogé dans son avis du 16 décembre 2011 sur la proposition de loi de Monsieur le député Alex Bodry concernant la liberté d'accès à l'information sur l'utilité de maintenir une pluralité de législations traitant fondamentalement de la même problématique : « Le Conseil d'État se pose même la question si, en raison de la généralité du texte sous avis, la loi proposée ne pourrait pas s'appliquer en toutes matières administratives de façon à ce que la loi précitée du 25 novembre 2005 pourrait être fusionnée avec la loi proposée et la loi du 4 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public ou même être abrogées, car il n'y a pas de raison objective qui exigerait deux ou trois lois, l'une spéciale pour l'environnement et l'autre générale pour les autres matières et une troisième sur la réutilisation de ces informations, pour régler l'accès à l'information. »⁸

La fusion des textes précités, ou du moins leur mise en concordance, permettrait aussi de remédier aux différences de terminologie et de périmètre d'application entre le texte du projet de loi et les législations existantes.

Toujours dans la même perspective, à savoir celle de la mise en concordance du projet de loi sous revue avec d'autres législations, le Conseil d'État renvoie à son avis du 21 juillet 2016 concernant le projet de loi sur l'archivage⁹. D'après ce dernier projet de loi, la notion d'« archives », qui par ricochet définit celle de « documents », couvre les documents – quels que soient leur date, leur stade d'élaboration, leur forme matérielle et leur support – produits ou reçus par une personne physique ou morale de droit public ou privé dans l'exercice de son activité. Si, *a priori*, les définitions données par les deux textes ne sont pas incompatibles, un risque de conflit entre les deux législations n'est toutefois pas exclu sur des points plus précis des dispositifs proposés. Le Conseil d'État aura l'occasion

⁸ Avis du Conseil d'État du 16 décembre 2011, doc. parl. n° 4676², p. 2 :

« Le Conseil d'État tient à souligner les variations importantes qui existent d'une loi à l'autre quant à la sphère d'intervention du droit administratif. L'autorité publique telle que visée dans la proposition de loi s'écarte notamment de l'approche retenue par la législation en matière de procédure administrative contentieuse ou non contentieuse qui ne vise que les autorités administratives sans les définir autrement, laissant aux juridictions administratives le soin de cerner la portée de la notion. La loi du 22 août 2003 instituant un médiateur évoque à son tour les administrations de l'État et des communes ainsi que leurs établissements publics, à l'exclusion de leurs activités industrielles, financières et commerciales. De l'avis du Conseil d'État, il y aurait avantage à revoir dans le respect du droit européen la législation en place et en projet en vue de dégager un périmètre d'application cohérent du droit administratif en ce qui concerne la détermination des autorités publiques au sens d'autorités relevant de la sphère administrative ».

⁹ Doc. parl. n° 6913⁶.

d'y revenir lors de son examen de l'article 6 consacré aux modalités d'accès aux documents.

La divergence des régimes pose encore le problème de l'égalité des citoyens devant la loi. Le Conseil d'État comprend que le projet de loi sous examen constitue le régime de droit commun d'accès aux documents administratifs. Si des régimes différents, prévus par des lois particulières, dérogent à ce régime général, au détriment de l'administré, ce régime particulier doit se justifier par des spécificités de la matière en cause.

Le Conseil d'État tient aussi à rappeler que l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes prévoit que « lorsqu'une décision administrative est susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes, l'autorité administrative doit lui donner une publicité adéquate mettant les tiers en mesure de faire valoir leurs moyens ».

Examen des articles

Articles 1^{er} à 3

Les trois premiers articles du projet de loi sous examen posent la règle que tous les documents administratifs sont, en principe, accessibles au public. Le Conseil d'État voudrait aborder, successivement, les points suivants : l'accès et ses modalités, les bénéficiaires du droit d'accès, les administrations et les documents concernés.

1. Le droit d'accès

Le Conseil d'État note que, dans la logique du projet de loi, l'accès est opéré par la publication d'office, la diffusion et la communication sur demande.

En ce qui concerne la première mesure, à savoir celle de la publication, le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} et l'article 2 prévoient, de manière d'ailleurs largement redondante, que « les documents accessibles en vertu de la présente loi » seront « rendus publics et diffusés » et « tenus régulièrement à jour ». Quels sont ces documents ? Il doit s'agir de tous les documents en rapport avec une activité administrative que l'administration détient à un titre quelconque et qui ne tombent pas sous le coup de l'une des exclusions de l'article 4.

Le terme de diffusion auquel il est fait référence au paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} et à l'article 2 ne semble pas revêtir, aux yeux des auteurs du texte, une portée propre. Sauf à admettre, *quod non*, que l'administration a l'obligation d'opérer une information ciblée de certains groupes d'administrés ou de milieux intéressés, la diffusion se confond avec la publication électronique. Pour éviter des discussions inutiles sur la cohérence des textes, le Conseil d'État propose aux auteurs soit d'omettre le concept de diffusion soit d'opter entre ce concept et celui de la publication.

En ce qui concerne la deuxième mesure, à savoir celle de la communication, on peut s'interroger sur l'utilité de conférer au citoyen un droit d'accès à des documents si ceux-ci sont déjà en libre accès en

application de la première mesure ? Le Conseil d'État relève à ce propos que le législateur français a prévu que « le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique »¹⁰. Les auteurs du texte sous examen font cependant valoir qu'il reste utile de permettre à toute personne de demander la communication de documents, même ceux librement accessibles sur internet car « l'accès aux nouvelles techniques n'est pas toujours assuré ». Il s'agirait donc d'une mesure visant à lutter contre la fracture numérique. Le Conseil d'État considère que les auteurs font preuve d'incohérence puisque l'article 4, paragraphe 4, autorise le rejet d'une demande de communication portant sur « un document déjà publié ». Il note, encore, que la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg a supprimé la version papier du Mémorial et que le législateur a ainsi admis que la question d'un accès au numérique ne s'opposait pas à ce choix.

Si la mesure consistant à rendre obligatoire la publication systématique sur internet de tous les documents tombant dans le champ d'application de la loi apparaît comme celle dont la portée est la plus large, au point même de rendre éventuellement superflue la seconde, la communication proprement dite, visée à l'article 3, n'a une portée propre que pour les documents qui ne sont pas publiés, mais que l'administré peut obtenir dès lors qu'il est concerné.

Ainsi que le Conseil d'État l'a déjà relevé, le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} du projet de loi n'a pas de portée normative distincte de l'article 2. Le Conseil d'État propose donc la suppression du paragraphe 1^{er}.

2. Les bénéficiaires du droit d'accès

Le paragraphe 2 de l'article 1^{er} détermine les bénéficiaires du droit d'accès. Le Conseil d'État marque son accord avec la référence à toutes les personnes physiques et morales.

3. Les organes et entités soumises au régime

Le paragraphe 2 de l'article 1^{er} détermine encore les administrations, services et personnes devant fournir des documents. Les auteurs délimitent le champ des entités visées par la future loi qui devront rendre leurs documents accessibles. Ce faisant, les auteurs combinent trois techniques :

- la technique consistant à énumérer les institutions visées (la Chambre des députés, le Conseil d'État, le Médiateur et la Cour des comptes),
- la technique consistant à identifier les organismes concernés au moyen d'un critère organique ou de rattachement (les administrations et services de l'État, les communes et les établissements publics placés sous la surveillance des communes), et
- la technique consistant à désigner les organismes concernés par un critère fonctionnel (les personnes morales fournissant des services publics).

Le premier groupe ne mentionne pas les chambres professionnelles. Est-ce à dire qu'elles sont toutes exclues du champ d'application de la loi ? Ou sont-elles comprises, le cas échéant, parmi les « personnes morales fournissant des services publics », sinon parmi les « établissements publics » ?

¹⁰ Code des relations entre le public et l'administration, Art. L311-2.

Le deuxième groupe soulève des interrogations au sujet de la situation des établissements publics par rapport à la loi en projet. En effet, tenant compte de la structure de la première phrase du paragraphe 2, il semble que celle-ci, en mentionnant les « établissements publics placés sous leur tutelle », vise exclusivement les établissements publics placés sous la « tutelle » des communes. Cependant, en s’alignant sur la terminologie utilisée par la loi communale, il n’est pas indiqué de parler de « tutelle » communale à l’égard des établissements publics existant au niveau communal ; il est plus conforme de parler de « surveillance » des communes sur ces établissements¹¹. La loi communale réserve d’ailleurs l’expression « tutelle » à la tutelle administrative exercée par les autorités étatiques à l’égard tant des communes que des établissements publics placés sous leur surveillance¹². L’article 108*bis* de la Constitution, par contre, utilise l’expression « tutelle » par rapport aux établissements publics créés en vertu de cette disposition constitutionnelle. Dans ce contexte, il est intéressant de relever que le commentaire de l’article ne distingue pas entre les établissements publics dits étatiques et les établissements publics dits communaux, mais qu’il y est simplement question des « documents détenus par [...] un établissement public [...] ». Le Conseil d’État estime utile que le texte sous revue précise de manière univoque la situation des établissements publics. Dans l’état actuel du texte, même si les établissements publics dits étatiques n’y sont pas expressément mentionnés, ils ne sont pas pour autant exclus du champ d’application de la loi en projet, étant donné qu’ils peuvent être appréhendés sous l’angle des « personnes morales fournissant des services publics ». Dans ce contexte, le Conseil d’État donne à considérer que parmi les établissements publics dits étatiques, il en existe qui bénéficient d’un statut particulier comme la Banque centrale du Luxembourg (BCL), la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), l’Institut luxembourgeois de régulation (ILR), l’Autorité luxembourgeoise indépendante de l’audiovisuel (ALIA) dont il devra être tenu compte, en aménageant, par exemple, des exemptions formelles pour certains ou tous ces établissements. Le Conseil d’État renvoie encore au cas particulier des chambres professionnelles parmi lesquelles il existe aussi des établissements publics.

Toujours en ce qui concerne le deuxième groupe, le Conseil d’État note que la disposition sous revue, tout en faisant état des communes et des établissements publics placés sous leur surveillance, ne mentionne pas les syndicats de communes. Même si ceux-ci peuvent être rangés dans la catégorie des « personnes morales qui ont la charge d’un service public », le Conseil d’État recommande de les reprendre dans l’énumération, à la suite des communes.

Le Conseil d’État tient à souligner que la catégorie des « personnes morales fournissant des services publics » n’est pas limitée aux seules personnes morales de droit public, mais englobe les personnes morales de droit privé qui ont la charge d’un service public.

¹¹ Le chapitre 6 du titre 4 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 est intitulé : « Des syndicats de communes et des établissements publics placés sous la surveillance des communes ». Le concept de surveillance, en relation avec les établissements publics communaux, est d’ailleurs utilisé par la loi communale aux articles 57, 103, 106, 170, 171, 172 et 173.

¹² Le titre 3 de la loi communale précitée du 13 décembre 1988 est intitulé : « De la tutelle administrative ». Les pouvoirs tutélaires conférés par les articles 103 et 106 de ce titre respectivement au Grand-Duc et au ministre de l’Intérieur, concernent tant les communes que les établissements publics placés sous la surveillance des communes.

Le groupe d'institutions formé par la Chambre des députés, le Conseil d'État, le Médiateur et la Cour des comptes est inclus dans le champ d'application par la formule de transition « il en est de même ». Afin d'éviter toute incertitude quant à la portée de cette assimilation, il conviendrait, aux yeux du Conseil d'État, de construire cette phrase de la même manière que la première phrase de ce paragraphe :

« Ils ont également accès aux documents détenus par la Chambre des députés, le Conseil d'État, le Médiateur, [les Chambres professionnelles] et la Cour des comptes qui correspondent à l'exercice d'une activité administrative. »

La question se pose encore pour les documents de l'administration judiciaire ou d'administrations ayant un statut particulier comme l'Administration des biens du Grand-Duc.

Il appartiendra, en tout état de cause, aux juridictions administratives de clarifier progressivement la portée des termes de la loi en projet sous avis, dont notamment les notions de « service public » et d'« activité administrative ».

4. Les documents concernés

Pour ce qui est de la détermination du concept de documents administratifs, le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales.

Comme le Conseil d'État l'a déjà observé, il n'existe pas de définition constitutionnelle ou légale de la notion d'activité administrative, de sorte que la mise en œuvre de cette disposition risque de susciter des différends. Il reviendra aux tribunaux d'identifier les critères permettant de déterminer si un document correspond ou non à une activité administrative.

Le Conseil d'État relève encore qu'il suffit que le document soit « détenu » par un organisme soumis au respect de la loi ; il n'est pas exigé que le document ait été produit par ou pour cet organisme.

Tout en renvoyant aux observations concernant la distinction malaisée des concepts de « publication » et de « diffusion », le Conseil d'État se demande ensuite si la formule « les documents diffusés doivent être tenus à jour », ne devrait pas être modifiée comme suit :

« En cas de modification d'un document, la version publiée [diffusée] est mise à jour. »

Le Conseil d'État se demande, dans ce contexte, s'il ne faudrait pas prévoir expressément une mention des modifications que le document a connues, à l'instar de ce qui est fait pour les textes législatifs. Sans une telle mention, la confiance légitime des citoyens pourrait en effet être trompée. Selon les circonstances, les versions antérieures pourraient être également accessibles en ligne (ou, s'ils ne sont plus en ligne, faire l'objet d'une demande d'accès).

L'article 3 complète les dispositions du paragraphe 2 de l'article 1^{er} par deux précisions, à savoir, d'une part, que le support des documents est sans incidence, et, d'autre part, que les personnes qui demandent à se voir communiquer un document n'ont pas besoin de faire valoir un intérêt justifiant cette demande.

Il serait préférable de fusionner les dispositions de l'article 3 avec celles du paragraphe 2 de l'article 1^{er} dans un seul article.

La référence à « d'autres dispositions légales qui règlent l'accès à des documents » n'apporte aucune plus-value, dès lors que les autres dispositions en question ne sont pas spécifiquement visées et est donc à omettre.

Article 4

L'article 4 énonce une série d'exceptions au principe de la communicabilité.

La disposition sous examen vise deux situations bien distinctes : l'exclusion de certains documents du champ du droit d'accès et le régime spécifique de communication. L'articulation de ces deux cas de figure n'est pas des plus claires et le Conseil d'État propose de les traiter dans deux dispositions particulières. En effet, la communication constitue un régime d'accès aux documents qui ne sont pas publiés moyennant les nouvelles technologies, mais qui sont communicables aux personnes concernées. Le Conseil d'État relève que les auteurs retiennent le critère de la personne concernée, concept qui ne requiert pas la preuve d'un intérêt particulier. Il admet encore que la signification de la formule « personne concernée » rejoint celle que revêt cette notion dans la législation relative à la protection des données personnelles. Il s'agira des personnes dont les données à caractère personnel figurent sur le document. On peut encore admettre que sont également englobées les personnes dont la situation est affectée par le document, même s'il ne les mentionne pas directement, étant entendu que, dans ce cas, le concept de personne concernée se rapproche de celle de l'intérêt à obtenir communication.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 4 porte sur les raisons d'exclusion de la communication. Il entend rendre inaccessibles des documents dont la communication porterait atteinte aux intérêts publics ou privés qu'il énumère. Le Conseil d'État note la portée très large des motifs d'exclusion qui vient nuancer l'objectif affiché de la transparence.

Parmi les exceptions, celle visant les documents ayant trait aux missions « de contrôle, d'inspection et de régulation de l'administration » a des contours incertains. Le commentaire renseigne comme bénéficiaires potentiels de cette disposition les autorités de contrôle du secteur financier comme la CSSF ou le Commissariat aux Assurances, l'Inspection du travail et des mines et la Cellule de renseignement financier (CRF)¹³, mais en réalité on compte un grand nombre d'administrations et de services qui ont un rôle de « contrôle, d'inspection et de régulation¹⁴ ».

¹³ La référence à la CRF à cet endroit semble inappropriée. L'activité de la CRF a en effet davantage trait à « la prévention, à la recherche ou à la poursuite de faits punissables » qu'à une mission de contrôle ou d'inspection.

¹⁴ Selon le *Vocabulaire juridique*, la régulation est « [l']action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités (dites de régulation) sur un marché donné (à considérer par secteur, régulation financière, boursière, énergétique, etc.) qui, en corrélation avec le caractère mouvant, divers et complexe de l'ensemble des activités dont l'équilibre est en cause, se caractérise par sa finalité (le bon fonctionnement d'un marché ouvert à la concurrence mais non abandonné à elle), la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du droit en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au droit et à un contrôle juridictionnel » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 10^e éd., 2014).

Le paragraphe 2 porte sur la communication de documents aux personnes concernées.

Le Conseil d'État relève que la formulation des différents cas de figure n'est pas très claire.

Le premier tiret vise l'hypothèse où les documents administratifs en cause comportent des données relatives à la personne qui en demande la communication. Un problème peut se poser si le document comporte des données personnelles d'autres personnes. Se pose alors la question de savoir si la communication du document sera intégrale ou se limitera aux passages ne comportant pas de données d'autres personnes ; à noter que le texte sous examen n'entrevoit pas la possibilité que les titulaires de ces autres données acceptent la communication du document intégral au demandeur concerné. Cette problématique souligne, une nouvelle fois, la difficulté de distinguer entre le concept de document administratif et de donnée ou d'information. Elle illustre la difficulté de trancher des conflits entre les droits de l'auteur de la demande de communication d'un document qui le concerne et les droits d'autres personnes concernées par ce même document. Elle met encore en évidence la nécessité d'opérer une articulation claire entre la loi en projet et la législation sur la protection des données.

Pour ce qui est de la notion de donnée à caractère personnel, le Conseil d'État relève qu'elle n'est pas spécifiquement définie dans la loi en projet. Il considère qu'il y a lieu de retenir cette notion dans son sens commun, soit dans le droit actuel : « toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable »¹⁵.

En ce qui concerne le deuxième tiret, le Conseil d'État a du mal à saisir la portée du régime mis en place. L'accord auquel est soumise la communication est-il celui de la personne « concernée » à l'origine de la demande et objet de l'appréciation du jugement de valeur, ou celui de l'auteur de cette appréciation, qu'il s'agisse d'un fonctionnaire de la même administration ou d'une autre administration, ou d'un citoyen tiers ? Si l'accord de la personne concernée, objet de l'appréciation, est requis, cet accord est inhérent à sa demande de communication. S'il s'agit de protéger l'auteur de l'appréciation, le texte doit être formulé autrement. Le Conseil d'État note que le Code [français] des relations entre le public et l'administration contient sur cette question un dispositif qui est plus clair¹⁶. Le texte français ne contient d'ailleurs pas la réserve de l'accord de la personne concernée. Le Conseil d'État relève encore que les personnes

¹⁵ Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Art. 2. Définitions, (e).

¹⁶ Article L311-6 : Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs :

1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence.;

2° Portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ;

3° Faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique.

morales, qui sont toutefois expressément visées dans l'article 1^{er}, ne sont pas visées dans le texte sous examen.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur la formulation du troisième tiret. La levée du caractère confidentiel va-t-elle être opérée par l'auteur de l'opinion ou par la personne concernée ? S'il s'agit de l'auteur de l'opinion, il appartiendrait à l'administration de le contacter, mais également d'informer la personne concernée, objet de l'opinion, du refus de la levée du caractère confidentiel. Cette information impliquera-t-elle la communication de l'identité de l'auteur de l'opinion ? Encore une fois, selon le Conseil d'État, une précision du régime mis en place s'impose.

Le Conseil d'État ajoute qu'au titre de la procédure administrative non contentieuse, tout administré a droit à la communication intégrale du dossier relatif à sa situation administrative.

Le paragraphe 3 prévoit les cas dans lesquels l'administration peut refuser la communication de documents. Il serait d'ailleurs plus indiqué de dire que « la demande peut être refusée si ». Le Conseil d'État note que la communication n'est pas interdite *per se*, mais que l'administration peut invoquer les motifs de refus, ce qui pose la question des critères et de la motivation du choix à opérer.

Le Conseil d'État soulève deux questions, la première porte sur la portée des critères du refus, la seconde sur l'existence d'une faculté de refus dans le chef de l'organisme détenteur du document.

En ce qui concerne le premier tiret, le Conseil d'État se demande s'il y a lieu d'opérer, au cas par cas, une mise en balance entre l'intérêt de l'administration de ne pas communiquer des documents non définitifs et l'intérêt du demandeur à l'obtenir, ou si le refus peut être fondé sur le seul fait que le document est encore en phase d'élaboration.

Le Conseil d'État s'interroge sur la signification du cas de figure visé au deuxième tiret qui vise la possibilité de refuser la communication si le document est déjà publié. Le refus de communication justifié par le fait que le document est librement accessible en ligne pourrait devenir la règle, et non pas une simple faculté, dès lors que la loi pose le principe que tous les documents susceptibles d'être communiqués sont d'office rendus publics. La même cause de refus de communication vaut pour des documents réalisés à des fins de commercialisation, si cette dernière a été opérée.

Le troisième tiret visant des demandes manifestement abusives risque d'être source de sérieuses difficultés d'application. Quelle différence faudrait-il opérer entre le simple abus de droit et le caractère manifestement abusif d'une demande ? Que faut-il entendre par la référence au caractère systématique ou répétitif d'une demande ? Si le document est communicable, il ne saurait y avoir d'abus à en demander plusieurs fois la communication, sauf à admettre que le refus, considéré comme injustifié, doit être mis en cause devant la Commission d'accès aux documents ou devant le juge.

Le second problème réside dans le caractère facultatif du refus. Si le détenteur du document refuse de le communiquer, il doit, à l'évidence, invoquer une des raisons prévues. Sous cet aspect, on ne saurait parler de

pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le juge va d'ailleurs contrôler la légalité du refus au regard des critères de refus. Il n'empêche que le régime du refus facultatif peut aboutir à des résultats divergents, selon que l'administration invoque valablement des raisons de refus dans un cas spécifique et renonce d'y avoir recours dans un autre cas similaire. Une contestation devant le juge est difficile à envisager dans la mesure où le demandeur qui s'est vu refuser la communication, soit ignorera que l'administration a adopté une position différente dans un autre cas, soit devra attaquer un refus qui est parfaitement légal au regard du dispositif mis en place. La solution pourrait consister à transformer la faculté de refus en obligation de refus, éventuellement combiné avec un régime de communication exceptionnel sur la base d'un intérêt particulier que le demandeur devra prouver.

Le paragraphe 4 énonce deux principes d'interprétation en indiquant que les motifs de refus visés aux trois paragraphes précédents « sont interprétés de manière restrictive » et « en tenant compte dans le cas d'espèce de l'intérêt que présenterait pour le public la divulgation du document ».

Le Conseil d'État a des doutes sérieux par rapport à cette formulation. Le principe établi par la loi étant celui de l'accès, la règle d'interprétation de droit commun est que toute exception est à appliquer de manière restrictive.

Encore faut-il nuancer cette réponse dans la mesure où les exceptions prévues au paragraphe 2 sont fondées sur une protection des personnes concernées qui a au moins autant de valeur que le droit d'accès du public.

Il est juridiquement inapproprié et d'ailleurs inhabituel d'inscrire dans les textes de loi, à l'adresse de l'administration ou du juge, des méthodes d'application ou d'interprétation. Si les auteurs considèrent que les textes proposés ne sont pas suffisamment clairs, il leur appartient d'y apporter les précisions requises. Un conflit éventuel entre le droit d'accès, en l'occurrence sous la forme d'une communication, et les droits éventuels de tiers requiert une mise en balance, au cas par cas, des valeurs protégées.

Dans son avis du 26 février 2016, la CNPD relève que « dès lors que les documents accessibles ou communicables [...] contiendraient des données à caractère personnel, des garanties adéquates au regard de la loi modifiée du 2 août 2002 devraient être prévues ». L'administration et le juge devront procéder à une mise en balance des intérêts. Selon la CNPD, cette mise en balance « devra s'effectuer au terme d'un examen minutieux des risques qu'une telle communication pourrait engendrer pour la vie privée, risques nécessairement plus importants en raison de l'accessibilité accrue des documents administratifs ».

Le paragraphe 5 autorise la communication de documents comportant « des mentions non communicables » lorsqu'il est possible d'occulter ou de disjoindre les éléments posant problème.

Le législateur crée ainsi entre les documents accessibles et les documents non accessibles une catégorie intermédiaire de « documents comportant des mentions non communicables » qui ne sont accessibles qu'en partie ou après avoir subi une altération destinée à occulter une partie des informations qu'ils contiennent.

Le Conseil d'État comprend le mécanisme en ce sens que l'occultation portera sur les mentions visées au paragraphe 2 et dont l'existence justifierait un refus absolu de communication. Dans cette logique, la CNPD accueille favorablement le dispositif du paragraphe 5 sur l'occultation d'une partie du document ou la disjonction de certaines mentions.

À la suite des considérations relatives aux articles 1^{er} à 3 et 4, le Conseil d'État voudrait proposer aux auteurs du projet de loi un schéma en vue d'une formulation alternative du texte. Ce schéma consisterait à affirmer, dans un premier article, le principe du droit d'accès aux documents, en précisant les personnes bénéficiaires de ce droit d'accès et les organismes tenus d'y répondre. L'accès prendrait la forme, soit d'un régime de publication, à définir dans un article 2, soit d'un mécanisme de communication au profit des personnes concernées organisé dans son article 3, le régime de la diffusion étant omis. Les limites à la publication et à la communication seraient respectivement à inscrire dans les articles 4 et 5.

Article 5. Forme de la demande

Le paragraphe 1^{er} de l'article 5 prévoit que la personne qui souhaite obtenir la communication doit formuler une demande écrite qui devra contenir les éléments permettant d'identifier le document concerné. Il n'est donc pas nécessaire que le demandeur identifie spécifiquement le ou les documents qu'il souhaite obtenir ; d'après le commentaire des articles, le demandeur doit seulement « indiquer le plus d'éléments possibles afin de permettre à l'administration d'identifier le document qui correspond au but recherché ».

Le terme « notamment » tel qu'utilisé dans le libellé, n'a aucun apport normatif, mais revêt une portée exemplative. Il peut toutefois être omis, étant donné que le Conseil d'État considère que la demande doit nécessairement contenir les éléments permettant d'identifier le document dont la communication est souhaitée.

Le paragraphe 2 fait obligation aux organismes visés à l'article 1^{er} de désigner « un agent chargé de la communication des documents ». Le Conseil d'État marque son accord avec cette disposition qui oblige chaque administration et chaque organisme concerné à nommer un agent pour assurer cette fonction.

Le paragraphe 3 prévoit que lorsqu'une administration saisie ne détient pas le document demandé, elle transmet la demande à l'organisme détenteur si celui-ci est directement identifiable.

Le Conseil d'État note que pour les administrations, cette disposition fait double emploi avec l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État ou des communes. Elle a une portée propre pour les entreprises privées tombant dans le champ d'application de la loi en projet. Le Conseil d'État relève que cette obligation d'identifier l'organisme détenteur du document constitue, pour ces entités, une charge nouvelle pour laquelle elles ne sont éventuellement pas outillées.

Le paragraphe 4 n'appelle pas d'observation.

Article 6. Modalités d'accès aux documents

Le paragraphe 1^{er} de l'article 6 en projet règle les modalités pratiques d'accès aux documents, qui, selon les cas, a lieu au moyen de la communication d'une copie papier, au moyen de la communication d'une copie électronique ou au moyen d'une consultation sur place.

L'envoi d'une copie électronique n'est prévu que lorsque le document est déjà disponible sous cette forme. L'administration n'est donc pas tenue de numériser un document lorsque l'administré le demande. À l'inverse, l'administré semble avoir la possibilité d'obtenir une copie papier même lorsque le document existe sous format numérique en n'indiquant tout simplement pas d'adresse électronique.

La consultation sur place remplace la délivrance d'une copie sur papier ou d'une copie électronique lorsque la reproduction nuit à la conservation du document ou lorsqu'une reproduction n'est pas possible en raison de la nature ou du volume du document. Les exemples cités dans le commentaire (« des documents techniques et des plans dans le cadre d'un plan d'occupation du sol ») ne sont cependant pas convaincants sachant qu'il devrait s'agir de documents disponibles électroniquement.

Le paragraphe 2 énonce le principe selon lequel les documents archivés restent accessibles.

Le Conseil d'État en est tout d'abord à se demander quel est le champ de couverture du concept d'« archivage » utilisé en l'occurrence : archivage au niveau de l'administration qui a reçu ou produit un document et qui en est le détenteur, archivage au niveau des Archives nationales tel que celui-ci est prévu, après l'expiration du délai d'utilité administrative par le projet de loi sur l'archivage précité, ou archivage englobant les deux niveaux ? Par rapport précisément à ces deux niveaux, le Conseil d'État a longuement commenté, dans son avis précité du 21 juillet 2016 concernant le projet de loi sur l'archivage¹⁷, les interférences qui risquaient de se produire entre le processus de la communication des archives au sens de la future loi sur l'archivage (article 16 du projet de loi afférent) et celui mis en place par le projet de loi sous avis. Le Conseil d'État s'est plus particulièrement interrogé sur les répercussions de la création par la future loi sur l'archivage d'un dispositif d'accès particulier aux documents détenus par les Archives nationales qui viendra s'ajouter à celui prévu par le projet de loi sous avis. Le projet de loi sur l'archivage précise d'emblée en son article 16, paragraphe 1^{er}, que les règles de communication des archives publiques qu'il définit, et qui garantissent une communication gratuite à des fins de consultation des documents archivés à l'expiration de leur délai d'utilité administrative, s'appliquent sans préjudice, entre autres, de textes particuliers assurant un accès libre pour certains dossiers ou documents. Dans ce contexte, le Conseil d'État a attiré l'attention sur le fait que les incertitudes qui entouraient la définition de l'accès aux archives dans le projet de loi sur l'archivage pouvaient être source de conflit avec les dispositions du projet de loi relative à une administration transparente et ouverte. Selon la lecture qu'on fait du projet de loi sur l'archivage, la définition y donnée des notions d'« archives publiques » et d'« archives », qui à leur tour sont centrées autour du concept de « documents »,

¹⁷ Doc. parl. n° 6913⁶, pp. 21 à 23.

débouchera sur une situation où les documents afférents acquerront le statut d'archives publiques dès le moment de leur création, sans qu'il faille attendre l'archivage définitif, essentiellement au niveau des Archives nationales. Dès la création d'un document, deux régimes d'accès prévus par deux législations viendraient ainsi, le cas échéant, à s'appliquer en parallèle, à partir d'un certain moment, à savoir celui de l'expiration du délai d'utilité administrative, au document en question. C'est entre autres ce constat qui avait amené le Conseil d'État à estimer que la construction d'un dispositif spécifique d'accès aux archives publiques autour de l'expiration du délai d'utilité administrative comme pierre angulaire, notion aux contours flous, était problématique et en définitive superflue. Le Conseil d'État avait été conforté dans son appréciation par le fait que les deux législations prévoient des situations comparables, mais libellées de façon différente, dans lesquelles le libre accès aux documents sera limité. En sus de cela, le projet de loi sur l'archivage instaure des limitations spécifiques en ce qui concerne l'accès à des documents qui contiennent des données à caractère personnel. En conclusion sur ce point, le Conseil d'État continue à plaider en faveur de la mise en place d'un régime d'accès aux documents unique et cohérent dans les deux législations en discussion. En tout état de cause, les auteurs du projet de loi sous revue devraient préciser ce qu'ils entendent par « archivage » et veiller à la concordance des dispositifs mis en place.

Le paragraphe 3 prévoit qu'un règlement grand-ducal peut fixer une redevance à payer en cas de délivrance de copies de documents, avec la précision que la redevance ne peut pas dépasser le coût réel des frais de reproduction.

Le Conseil d'État voudrait rappeler qu'il est favorable à la gratuité de l'accès aux documents et renvoie à ce propos à son avis du 24 novembre 2015 sur le projet de loi modifiant la loi du 4 décembre 2007 sur la réutilisation des informations du secteur public (doc. parl. n° 6811³). Il donne aussi à nouveau à considérer que, dans la plupart des cas, le calcul et le recouvrement de la redevance risquent de générer un coût supplémentaire au montant de la redevance collectée. Si les auteurs maintiennent le choix d'un régime payant, un mécanisme de tarification forfaitaire serait préférable à celui d'une redevance.

Article 7. Communication des documents

Le Conseil d'État se pose une série de questions quant à l'intégration des dispositions du paragraphe 1^{er} avec le restant du texte.

Le paragraphe parle de la communication de « l'information demandée », alors que, dans les articles qui précèdent, et dans l'intitulé de l'article sous examen, il est question de la communication de documents. L'article 5 du projet pose en effet le principe que toute demande doit être formulée avec un degré de précision « permettant d'identifier un document ».

Les auteurs du projet se réfèrent, à trois reprises dans ce paragraphe, à la notion d'« autorité publique » alors que cette terminologie issue du projet de loi n° 6540 a été remplacée par une référence aux « organismes visés à l'article 1^{er} » à d'autres endroits de la loi en projet.

Concernant l'hypothèse visée au deuxième tiret, le Conseil d'État conçoit que la prolongation du délai se justifie lorsque l'organisme initialement saisi transmet la demande à un autre organisme en application de l'article 5, paragraphe 3. Encore faut-il distinguer, conformément à l'article 5, paragraphe 3, le cas de figure où le document dont la communication est demandée n'existe pas et celle où il se trouve entre les mains d'un autre organisme.

Le Conseil d'État se demande s'il n'y a pas lieu de prévoir une prolongation du délai également dans l'hypothèse où l'organisme sollicité doit obligatoirement consulter un tiers, par exemple en application de l'article 5 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979. Comme il faut accorder aux tiers susceptibles d'être affectés un temps suffisant pour faire valoir leurs moyens, le délai d'un mois serait en effet très difficile à respecter.

Le Conseil d'État rappelle que les règles de la procédure administrative non contentieuse continuent à s'appliquer en la matière, sauf si la loi sous projet prévoit des règles plus favorables pour les administrés.

Le paragraphe 2 prévoit que les délais de communication des documents sont interrompus si l'organisme sollicité a invité le demandeur à préciser sa demande. Le cas visé est celui du paragraphe 4 de l'article 5 en projet. Le Conseil d'État propose d'ajouter une référence à cette disposition.

Le paragraphe 3 n'appelle pas d'observation particulière, sauf à relever qu'il ne fait qu'énoncer le droit commun en matière de procédure administrative. Si le texte est maintenu, le Conseil d'État propose toutefois de remplacer l'expression « refus d'accès » par celle plus correcte de « rejet de la demande de communication ».

Le paragraphe 4 prévoit que le défaut de réponse de l'administration dans les délais équivaut à une décision de rejet. Ce texte peut encore être omis alors qu'il ne fait que reprendre le droit commun.

À relever que la référence à un délai qui serait prévu au paragraphe 2 est erronée car ce paragraphe ne détermine pas un délai, mais prévoit une interruption des délais du paragraphe 1^{er} aussi longtemps que le demandeur n'aura pas donné suite à l'invitation de l'administration à préciser sa demande.

Article 8. Recours devant la Commission d'accès aux documents

L'article 8, qui institue une Commission d'accès aux documents, constitue l'une des principales innovations du projet de loi sous examen par rapport au projet de loi n° 6540.

La saisine de la Commission d'accès aux documents est une faculté pour l'administré, qui peut également choisir d'introduire immédiatement un recours devant le juge administratif. Il est dès lors impropre de parler d'un « recours » dans l'intitulé de l'article et le Conseil d'État propose de changer l'intitulé en « Commission d'accès aux documents ».

Le Conseil d'État note que seule une personne dont la demande de communication a été rejetée peut saisir la Commission. Il lit le texte en ce sens que ce dernier couvre également l'hypothèse où le demandeur s'est vu communiquer un document tronqué ou partiellement occulté ou s'est vu invité à préciser davantage l'objet de sa demande. Est également couverte l'hypothèse d'une décision de rejet à la suite du silence gardé par l'administration.

Par contre, le Conseil d'État ne voit pas comment la Commission pourrait être saisie d'un éventuel différend au sujet de la publication de documents sur internet en application de l'article 2 du projet de loi, alors que cette hypothèse ne relève pas du refus de communication.

La loi est incomplète en ce qu'elle ne règle pas de quelle manière la Commission peut être saisie par le demandeur, ni d'ailleurs quels sont les informations et documents qui doivent être fournis à l'appui d'une telle saisine. Ces précisions à portée procédurale peuvent utilement être ajoutées au texte sous examen. Le Conseil d'État pourrait également concevoir le renvoi à un règlement grand-ducal, s'agissant d'une matière libre.

D'après le projet la Commission ne rend qu'un avis, et ce dans un délai de deux mois à compter de sa saisine.

Les paragraphes 4 et 5 organisent l'articulation entre la prise de position de la Commission et la nouvelle décision de l'autorité administrative ou de l'organisme qui peut faire l'objet d'un recours juridictionnel. Le Conseil d'État note d'abord que les dispositions sous examen définissent l'acte adopté par la Commission tantôt comme un avis tantôt comme une conclusion. Dans un souci de cohérence des textes, le Conseil d'État propose d'utiliser, chaque fois, le concept d'avis.

Le paragraphe 4 vise l'hypothèse où la Commission est d'avis que le document est communicable. Soit l'administration ou l'organisme suit cet avis dans le délai d'un mois, auquel cas la question d'un recours ne se pose pas, soit elle omet de communiquer le document, auquel cas son refus est susceptible d'un recours en annulation. Ce dernier cas de figure couvre à la fois le refus explicite et le refus implicite. Le texte omet d'indiquer le délai du recours juridictionnel. Le Conseil d'État admet que le délai de droit commun s'applique.

Le paragraphe 5 envisage le cas de figure où la Commission est d'avis que le document n'est pas communicable. L'administration ou l'organisme sont tenus de confirmer le refus, cette décision pouvant être explicite ou implicite. Ils pourraient également changer leur position.

Article 9. Fonctionnement de la Commission d'accès aux documents

L'article 9 règle le fonctionnement de la Commission d'accès aux documents. Le Conseil d'État constate que le texte comporte des lacunes puisque la durée du mandat des membres de la Commission n'est pas déterminée et qu'il n'y a pas de dispositions encadrant le mode de fonctionnement de la Commission, comme par exemple des dispositions sur le secret des délibérations ou le respect des devoirs de délicatesse ou encore de prévention des conflits d'intérêts.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État considère qu'il est inutile de préciser que la Commission est un organe collégial. Pour la désignation du Président, il y aurait lieu de préciser qu'il s'agit d'un magistrat de l'ordre judiciaire étant donné que la présence d'un juge administratif peut poser problème au regard des recours portés devant le juge administratif. Le Conseil d'État préconise encore de remplacer les mots « ministère d'État » par ceux de « Premier ministre, ministre d'État ».

Le texte pourrait se lire comme suit :

« Les membres de la Commission sont nommés par le Grand-Duc sur proposition du Premier ministre, ministre d'État ».

Le Conseil d'État s'interroge encore sur la portée de la formule « personnalité qualifiée en matière de diffusion publique d'informations ».

Le paragraphe 3 comporte une contradiction en ce qu'il prévoit à la fois que « les avis sont adoptés à la majorité absolue des suffrages exprimés », donc rejetés si cette majorité n'est pas atteinte, et que « en cas de partage des voix, celle du Président est prépondérante ». Le Conseil d'État insiste à voir omettre la dernière phrase.

En ce qui concerne le paragraphe 4, le Conseil d'État propose d'ajouter une référence aux indemnités des membres.

Le Conseil d'État signale finalement que, le SYVICOL ne constituant qu'un syndicat des communes, la loi deviendrait inapplicable sur le point sous examen en cas de disparition de celui-ci.

Article 10. Dérogation à l'obligation de diffusion

L'article 10 restreint le principe de la publication des documents administratifs prévus par l'article 2 aux documents créés après l'entrée en vigueur de la loi. Le Conseil d'État rappelle qu'il a préconisé l'omission du mécanisme de diffusion. En ce qui concerne le titre, le Conseil d'État propose dès lors de remplacer le terme « diffusion » par celui de « publication ». Le nouveau régime de la communication devrait s'appliquer dès l'entrée en vigueur de la loi en projet compris pour les documents existants.

Article 11. Entrée en vigueur

Sans observation sur le fond.

Observations d'ordre légistique

Considérations générales

Il est erroné de placer un tiret entre le chiffre indiquant l'article et le nom de l'intitulé en question. Il y a donc lieu d'écrire :

« **Art. 1^{er}.** ... » etc.

L'emploi de tirets est à écarter. En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets ou de signes opérées à l'occasion de

modifications ultérieures. Pour introduire une énumération, il est indiqué de procéder à des subdivisions complémentaires en points, caractérisés par un numéro suivi d'un point (1., 2., 3., ...).

Il convient par ailleurs de renvoyer au « paragraphe 1^{er} », « paragraphe 2 » etc. et non pas au « paragraphe (1) », « paragraphe (2) » etc.

Il faut finalement écrire « Premier ministre, ministre d'État », « Archives nationales » et « Syndicat des villes et des communes luxembourgeoises ».

Article 11

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, il convient de remplacer la référence « Mémorial », qui n'existe plus sous cette dénomination, par celle de « Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 février 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes