



Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Médias, des Communications et de l'Espace

Procès-verbal de la réunion du 15 mai 2017

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 27 mars et 3 avril 2017 et de la réunion jointe du 23 mars 2017
2. 6810 Projet de loi relative à une administration transparente et ouverte
- Rapporteur : Madame Simone Beissel
- Examen de l'avis du Conseil d'Etat
3. Divers

*

Présents : Mme Françoise Hetto-Gaasch remplaçant Mme Diane Adehm, M. André Bauler, Mme Simone Beissel, M. Eugène Berger, Mme Taina Bofferding, Mme Tess Burton, Mme Martine Hansen, Mme Octavie Modert, M. Roger Negri, M. Aly Kaes remplaçant M. Marcel Oberweis, M. Roy Reding

Mme Tania Braas, M. Jeff Fettes, du Ministère d'Etat

Mme Francine Cocard, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Claude Adam, Mme Diane Adehm, M. Yves Cruchten, M. Marcel Oberweis, M. Serge Wilmes

*

Présidence : Mme Simone Beissel, Président de la Commission

*

1. **Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 27 mars et 3 avril 2017 et de la réunion jointe du 23 mars 2017**

Les projets de procès-verbal sont approuvés.

2. 6810 Projet de loi relative à une administration transparente et ouverte

En guise d'introduction, Mme le Président revient sur l'historique du projet de loi sous rubrique qui consacre le droit des personnes physiques et morales à un accès général à tous les documents détenus par l'administration, à condition qu'ils correspondent à une activité administrative. Alors que notre législation actuelle ne confère aucun droit d'accès général auxdits documents, le présent projet de loi tient compte des évolutions récentes en la matière, en mettant l'accent sur une politique d'ouverture en faveur des citoyens. Il convient toutefois de veiller à ce que l'esprit d'ouverture n'entrave pas le travail de l'administration au quotidien.

Pour les détails, il est renvoyé au document parlementaire n° 6810-0 et aux procès-verbaux des réunions de la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Médias, des Communications et de l'Espace du 11 avril 2016 et du 2 mai 2016.

Le texte sous rubrique s'inspire de la proposition de loi n° 4676 concernant la liberté d'accès à l'information, déposée le 20 juin 2000 par M. Alex Bodry.

La commission décide de traiter conjointement le projet de loi n° 6810 et la proposition de loi n° 4676 concernant la liberté d'accès à l'information.

La commission décide, de même, de consacrer une de ses prochaines réunions à la présentation de la proposition de loi n° 4676.

* * *

Le représentant gouvernemental rappelle que le projet de loi a également pour objet de créer une sécurité juridique pour les organismes visés à l'article 1^{er}, qui auront dorénavant non seulement le droit, mais l'obligation légale de publier certains documents. En principe, les citoyennes et citoyens ne devront pas expressément introduire une demande, mais les documents sont censés être publiés d'office. Le droit d'accès s'exerce sur tous les documents détenus par les organismes visés à l'article 1^{er}, dans la mesure où ils correspondent à une activité administrative. Il s'agit donc de documents accessibles qui sont d'office publiés. Nonobstant la publication en ligne, toute personne physique ou morale peut demander la communication des documents détenus par ces organismes. A noter que certains documents ne peuvent toutefois être communiqués qu'à la personne concernée et qu'une demande de communication peut être refusée dans les conditions prévues par le texte projeté.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 28 février 2017, a émis un certain nombre de remarques que la commission parlementaire se propose d'analyser en temps opportun lors de l'examen du texte article par article.

Le Conseil d'Etat pose d'abord la question de la «Cohérence législative» (voir l'avis du Conseil d'Etat du 28 février 2017; doc. parl. n°6810-5, p. 4). Le Conseil d'Etat analyse pourquoi le législateur n'intègre pas les dispositions concernant l'accès aux documents officiels dans la législation existante, telle

- 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'Etat 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 Conseil d'Etat estime, de même, que la divergence des régimes pose encore le problème de l'égalité des citoyens devant la loi. Le Conseil d'Etat 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'Etat 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'Etat 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».

Le représentant gouvernemental donne à considérer que les finalités de ces législations divergent. En procédant à une fusion de ces trois textes, la loi en projet deviendrait une loi «fourre-tout», de sorte qu'elle deviendrait illisible. En plus, les lois précitées transposent respectivement les directives 90/313/CEE et 2003/93/CE. Non seulement la terminologie y employée est difficilement transposable à la loi en projet, mais encore le caractère évolutif des actes juridiques européens risquerait d'entraîner des modifications fréquentes de ces textes.

Le Conseil d'Etat regrette un manque de cohérence terminologique

Le Conseil d'Etat critique 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.

L'étude du projet révèle d'autres variations terminologiques qui, aux yeux du Conseil d'Etat, 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». Le Conseil d'Etat estime, s'il s'agit de synonymes, qu'il y a, en l'occurrence, une redondance qui devra être supprimée, et que, 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 représentant gouvernemental partage ces vues et se montre également d'accord avec les propositions de texte de la Haute Corporation. L'orateur rend attentif au fait que «accessibilité» et «communicabilité» ne signifient pas la même chose. On peut avoir accès à un document (p.ex. suite à une demande), et la communication du document est une conséquence de la possibilité d'y accéder. La communication constitue donc une modalité de l'exercice du droit d'accès. Seulement les documents accessibles sont susceptibles de faire l'objet d'une communication.

La commission parlementaire évoque la possibilité de remplacer le terme «diffusion» par «publication».

Le droit à la communication ne s'applique, en principe, pas aux documents qui ont fait l'objet d'une publication. Toutefois, étant donné que l'égal accès aux nouvelles technologies n'est pas toujours assuré, et afin de garantir l'égalité devant la loi, une suite favorable devrait être réservée à la demande formulée par une personne ne disposant pas d'un accès à internet ou ayant des difficultés à manipuler l'internet.

Echange de vues

Qu'en est-il d'un échange de courriers entre une administration et un citoyen concernant une tierce personne?

Le représentant gouvernemental répond qu'il faudra analyser les requêtes au cas par cas. En effet, il se peut que l'intéressé ait le droit de consulter le document sans pouvoir se faire communiquer une copie du document.

Que se passe-t-il quand les documents sont très volumineux (des centaines de pages ou des plans d'aménagement)?

Les députés soulèvent encore des questions concernant les droits d'auteurs (établissement d'une copie d'un plan qui plaît pour l'utiliser sans l'autorisation de l'auteur initial) et la protection de la vie privée (tentative de se procurer des données concernant l'organisation du domicile ou les mesures de sécurité prises pour empêcher des cambriolages).

Le Conseil d'Etat avait soulevé le problème de l'égalité des citoyens devant la loi. La Haute Corporation 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'Etat rappelle aussi que l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat 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».

Définition des services publics tenus de fournir des documents

Le Conseil d'Etat note que «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'Etat, 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».».

Le Conseil d'Etat 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 fournissent un service public.

Le groupe d'institutions formé par la Chambre des Députés, le Conseil d'Etat, le Médiateur et la Cour des comptes est inclus dans le champ d'application par la formule de transition «il en est de même».

Le Conseil d'Etat relève, dans le même contexte, 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'Etat estime utile que le texte sous revue précise de manière univoque la situation des établissements publics.

Le représentant gouvernemental partage cet avis. Une nouvelle formulation du texte pourrait se lire comme suit: «[...] sous la tutelle de l'Etat ou sous la surveillance des communes [...]».

De même, les syndicats de communes devraient figurer dans le texte, étant donné qu'ils disposent d'une personnalité juridique.

Mme le Président met en garde devant un accès trop large aux informations détenues par des organismes publics, notamment au vu du caractère sensible ou confidentiel de certains documents. Elle cite l'exemple de procédures de soumission.

La Haute Corporation pose une question concernant la notion de «document».

Le Conseil d'Etat donne à considérer qu'on constate, en étudiant les textes tant nationaux qu'étrangers, 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». Il s'agit d'une reproduction textuelle d'un article de la directive 2003/98/CE.

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.

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 1978, 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'Etat, 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.»

L'administration ne peut donner suite à une demande de communication d'un document que dans la mesure où le document demandé existe. Elle ne pourra pas être obligée de communiquer un document qui n'existe pas, ou à se positionner sur une question dont elle est saisie. Il faudra donc que la demande soit «formulée de façon suffisamment précise et contenir notamment les éléments permettant d'identifier un document» (article 5, paragraphe 1^{er} du projet de loi n° 6810).

Le Conseil d'Etat conclut qu'il est en réalité difficile de faire une distinction entre l'information et le document qui la contient.

Le représentant gouvernemental rappelle que d'autres lois existent également, dans le même ordre d'idées, 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).

Le champ d'application de la loi est limité aux documents qui «correspondent à une activité administrative» (rapports, études, statistiques, etc.). Sont donc exclus les documents qui sont étrangers à la gestion administrative d'un service public, tels que les documents qui ont trait à la gestion d'une activité industrielle ou commerciale.

Le Conseil d'Etat trouve que 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».

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

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 organismes visés à l'article 1^{er} la communication des documents s'inscrivant dans le cadre de leurs activités administratives. La communication peut également se faire par la transmission du document par voie électronique. Si la reproduction du document n'est pas possible, ou si ce dernier n'est pas disponible sous forme électronique, alors le droit d'accès s'exerce par le biais d'une consultation sur place.

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'Etat 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.

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

L'une des principales innovations du projet de loi 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 Conseil d'Etat constate que le rôle de cette commission est cependant singulièrement restreint. 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 d'accès aux documents 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'Etat 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 matière de 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?

Le représentant gouvernemental ne partage pas les vues du Conseil d'Etat. La Haute Corporation tend à affirmer que le recours devant le juge, s'il est agencé de manière expéditive, serait plus «allégé» que la saisine d'une commission pour laquelle le recours à un avocat n'est pas nécessaire. Mme le Président-Rapporteur met en garde devant une nouvelle procédure en référé, rappelant que les tribunaux sont déjà suffisamment engorgés.

Le Conseil d'Etat a aussi soulevé la question concernant une situation de refus par une administration de donner un document. Le Conseil d'Etat rappelle que la position adoptée par les juridictions administratives luxembourgeoises a varié, et l'incertitude juridique sur cette question, justifie, aux yeux du Conseil d'Etat, une intervention législative.

Echange de vues

Un membre du groupe parlementaire LSAP donne à considérer que la recherche d'une solution pragmatique à délais courts serait dans l'intérêt de tous.

Un membre du groupe parlementaire DP demande s'il n'y a pas lieu de prévoir des listes de documents (à l'instar de la procédure adoptée en matière d'archivage).

Le Conseil d'Etat a renvoyé à son avis du 21 juillet 2016 dans le contexte de la mise en concordance du projet de loi sous revue avec d'autres législations. D'après le projet de loi sur l'archivage, 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. (cf. également l'avis du Conseil d'Etat relatif à l'article, doc. parl. n° 6810-5).

3. Divers

Mme le Président informe que le projet de loi n° **7049** (protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel) vient d'être avisé par le Conseil d'Etat et propose que M. Eugène Berger soit nommé rapporteur. La commission est d'accord avec cette proposition.

* * *

Luxembourg, le 30 mai 2017

La secrétaire,
Francine Cocard

Le Président de la Commission de l'Enseignement
supérieur, de la Recherche, des Médias, des
Communications et de l'Espace,
Simone Beissel