



Commission d'accès aux et de  
réutilisation des documents  
administratifs

*Section publicité de l'administration*

29 août 2022

AVIS n° 2022-45

CONCERNANT LE REFUS DE DONNER ACCES A UNE  
LISTE DES MARCHES PUBLICS DE SMALS

(CADA/2022/65)

## 1. Aperçu

1.1. Par un courriel du 2 juillet 2022 la société Privacy Praxis demande à l'asbl SMALS une liste des marchés publics attribués en 2020, [2021] et 2022, reprenant les informations suivantes :

- le nom du marché
- le type de marché
- la procédure d'attribution
- la date du marché
- le nom du bénéficiaire
- le montant du marché
- la durée du marché.

1.2. Le 4 juillet 2022, SMALS refuse d'accéder à cette demande au motif qu'elle ne se considère pas comme une autorité administrative au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

1.3. Par un courriel du 11 juillet 2022, Maître Stéphane Rixhon, agissant pour la SRL PRIVACY PRAXIS, réitère la demande de sa cliente.

1.4. Par un courriel du 18 juillet 2022, SMALS envoie une accusé de réception au conseil de la demanderesse.

1.5. Par lettre du 19 juillet 2022, SMALS réitère sa position comme suite :

« Smals asbl n'est pas une autorité administrative (au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi relative à la publicité de l'administration, qui fait référence aux autorités visées à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, confirmé aussi par un arrêt de la Cour constitutionnelle n° 131/2012 du 30 octobre 2012).

Smals n'a donc pas d'obligation de publicité active ou passive quant à ses documents.

Certes, Smals est une autorité adjudicatrice (au sens de l'article 2 de la loi du 17 juin 2016) et par conséquent est soumise et respecte les obligations de publication concernant certains marchés publics en vue d'organiser le niveau de mise en concurrence adéquat. De plus, Smals applique également la loi du 17 juin 2013 relative à la

motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics pour déterminer l'information à communiquer aux participants à des procédures de passation de marchés publics.

Les marchés publics passés par Smals via une procédure nécessitant une publication (y compris, le cas échéant, les attributions) sont publiés sur le e-Tendering plateforme (belge) et TED (Tenders Electronic Daily, la version en ligne du « supplément au Journal officiel de l'Union européenne ») et ces documents sont publiquement disponibles.

Au-delà de ces obligations légales, Smals publie également de façon active des informations sur les marchés publics (en cours d'attribution et attribués) sur son propre site (<https://www.smals.be/fr/content/fournisseurs>).

La loi citée ci-dessus (qui règle la publicité pour ce qui est du fédéral) définit aussi comme « document administratif » : « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose » (art. 1, al. 2, 2°) et ne donne alors pas une qualité de document administratif à un document dont dispose une personne qui n'est pas une autorité administrative.

Smals n'a pas l'intention d'organiser une publicité au-delà de ce qu'elle fait déjà en application de la loi sur les marchés publics et complété, de sa propre initiative, par une information supplémentaire sur son site.

Si votre client a une question particulière sur un marché public concret, nous sommes évidemment disponibles pour l'examiner et y répondre dans la mesure du possible ».

1.6. Par un courriel et un courrier recommandé du 1<sup>er</sup> août 2022, le conseil de la demanderesse demande à SMALS de lui communiquer les documents sollicités.

1.7. Par un courriel du même jour, il 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. Il invoque les arguments suivants :

« J'avais pourtant bien indiqué que la demande d'information se basait initialement sur l'article 32 de la Constitution, lequel ne limite pas l'obligation de communication des documents administratifs au sens de l'article 14 des Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Par ailleurs, en vertu de la directive du 30 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, la SMALS est soit :

Un 1) « organisme du secteur public », l'Etat, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ;

Un 2) « organisme de droit public », les organismes présentant toutes les caractéristiques suivantes :

- a) Ils ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- b) Ils sont dotés de la personnalité juridique ; et
- c) Soit ils sont financés majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public, soit leur gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

Or, l'article 4 de la directive prévoit que : « Les organismes du secteur public traitent les demandes de réutilisation et mettent le document à la disposition du demandeur en vue de réutilisation, si possible et s'il y a lieu sous forme électronique ».

En vertu de ce même article 4, l'Etat belge doit instituer une voie de recours à l'encontre des refus de statuer des organismes du secteur public :

« 4. Toute décision relative à la réutilisation fait mention des voies de recours dont dispose le demandeur s'il souhaite contester cette décision. Ces voies de recours incluent la possibilité d'un réexamen

réalisé par un organisme de réexamen impartial doté des compétences appropriées, tel que l'autorité nationale de la concurrence, l'autorité pertinente d'accès aux documents, l'autorité de contrôle établie conformément au règlement (UE) 2016/679 ou une autorité judiciaire nationale, dont les décisions sont contraignantes pour l'organisme du secteur public concerné ».

Pour la bonne forme, on rappellera que le délai de transposition de cette directive est largement dépassé (18 juillet 2021, article 17).

Dès lors, en vertu du devoir d'interprétation du droit européen, faite au juge mais aussi aux autorités publiques des Etats depuis l'arrêt Fratelli Constanzo du 22 juin 1989, il faut non seulement que la SMALS communique les documents demandés mais votre autorité doit également se déclarer compétente en vue de rendre un avis permettant d'éclairer la SMALS sur son obligation précitée.

Pour la bonne forme, on rappelle que cette obligation est également présente en matière de directive non transposée<sup>1</sup> ».

## **2. Inapplicabilité de la loi du 11 avril 1994 en l'espèce et irrecevabilité de la demande**

Conformément à son article 1<sup>er</sup>, la loi du 11 avril 1994 n'est d'application que si SMALS peut être 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 la jurisprudence, laquelle a connu une nette évolution. De plus, il convient de tenir compte du contexte dans lequel s'inscrit la notion d'« autorité administrative ». La jurisprudence se concentre principalement sur l'interprétation de cette 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.

---

<sup>1</sup> S. ADAM, "Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne entre mutation et transfiguration" in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution, le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, pp. 402-410.

### 2.1 Le droit fondamental de consulter les documents administratifs comme principe constitutionnel

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<sup>ter</sup>, devenu l'actuel article 32 de la Constitution, il est 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 à l'esprit un champ d'application personnel très vaste, mais a laissé au législateur le soin de le mettre en œuvre. 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.

En revanche, le conseil de la demanderesse ne peut pas se prévaloir du champ d'application de la directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'open data et la réutilisation des informations du secteur public pour préciser le champ d'application de l'article 32 de la Constitution. En effet, cette directive ne s'applique pas aux règles organisant l'accès du public dans les États membres : « La présente directive se fonde sur les régimes d'accès existants dans les États membres et ne modifie pas les règles nationales d'accès aux documents. » (considérant 23). Cette directive est destinée à couvrir non seulement les documents administratifs mais toute information du secteur public et est, à cet égard, plus large que la publicité de l'administration prévue à l'article 32 de la Constitution. C'est donc à tort que le conseil de la demanderesse considère que la portée de la directive (UE) 2019/1024 est celle de l'article 32 de la Constitution et de la loi du 11 avril 1994. Par ailleurs, la Commission souhaite rappeler qu'elle doit se limiter à

l'interprétation de la notion d'« autorité administrative » telle qu'elle est définie dans la loi du 11 avril 1994 et dans la loi du 12 novembre 1997 « relative à la transparence de l'administration dans les provinces et les communes » puisque sa compétence est limitée à cet égard.

## 2.2 Le champ d'application de la loi du 11 avril 1994

Aux termes de son article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, alinéa 2, 1<sup>o</sup>, de la loi).

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 explicitée 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 waterings, 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'Economie, 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.

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.

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 verzelfstandigingsthema'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, A. e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 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).

### 2.3 La qualification de l'ASBL 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, cette ASBL se fixe comme objectif de soutenir ses

membres en matière de gestion de l'information et questions connexes en faveur d'une prestation intégrée de services informatiques. L'asbl SMALS agit ici en association de frais à qui 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.

Le fait 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, elle ne peut être qualifiée d'autorité administrative que dans la mesure où elle adopte des décisions unilatérales contraignantes pour des tiers, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La Commission relève en ce sens que, par son arrêt n° 223.650 du 30 mai 2013, le Conseil d'Etat a expressément conclu, dans le cadre d'un litige relatif à un marché, que l'association SMALS ne pouvait être considérée comme une autorité administrative.

Dès lors que SMALS ne peut pas, en l'espèce, être qualifiée d'autorité administrative ni, partant, d'autorité administrative fédérale, le conseil du demandeur ne peut pas se prévaloir de la loi du 11 avril 1994 pour solliciter l'accès aux documents en possession de SMALS.

A titre surabondant, la Commission constate que la demande d'avis n'est pas recevable. En effet, comme l'indique le conseil du demandeur, son client a, dès le 2 juillet 2022, introduit auprès de SMALS une demande d'accès aux documents concernés. Cette association a refusé de faire droit à cette demande le 4 juillet 2022. Le 11 juillet 2022, le conseil du demandeur a réitéré sa demande d'accès. Ce document doit être considéré comme une demande de reconsidération au sens de l'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994. Il suffit en effet qu'un requérant ou son avocat exprime leur mécontentement face à la réponse dans le délai fixé par la loi pour qualifier cette demande de « demande de reconsidération ». Ainsi, une décision implicite de refus a même été prise sur la demande de reconsidération. Partant, la Commission n'est plus habilitée à se prononcer sur cette affaire.

Bruxelles, le 29 août 2022.

F. SCHRAM  
Secrétaire

L. DONNAY  
Président