



# CONSEIL D'ÉTAT

## section de législation

avis 72.574/4  
du 10 janvier 2023

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française  
‘relatif à la conservation et à la valorisation des archives  
d'intérêt patrimonial’

Le 21 novembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'relatif à la conservation et à la valorisation des archives d'intérêt patrimonial '.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 10 janvier 2023. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 janvier 2023.

\*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet<sup>‡</sup>, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

### FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avant-projet de décret à l'examen met en place divers régimes de subventions. Or, tout financement public remplissant les critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE ») constitue une aide d'État et doit être notifié à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. Toutefois, en vertu de l'article 109 du TFUE, le Conseil peut déterminer les catégories d'aides qui sont dispensées de cette obligation de notification.

Conformément à l'article 108, paragraphe 4, du TFUE, la Commission peut adopter des règlements concernant ces catégories d'aides d'État. Il en va ainsi du règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis' et du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité', qui s'applique notamment aux « aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine » (chapitre III, section 11 du règlement), dans la mesure où les conditions fixées par le règlement sont remplies.

Les régimes de subventions prévus par le texte en projet étant, comme il apparaîtra des observations formulées ci-après, lacunaires à certains égards, il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de vérifier, une fois les régimes précisés et complétés, si les régimes de subventions ainsi organisés constituent des aides d'État, et le cas échéant, si les aides concernées remplissent effectivement les conditions d'exemption prévues par les règlements européens et, dans la négative, de veiller à l'accomplissement de la formalité de notification requise.

---

<sup>‡</sup> S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

## OBSERVATIONS GÉNÉRALES

### I. Article 23 de la constitution, principe de légalité et subventions en matières culturelles

1. Le texte en projet entend réglementer une matière culturelle, à savoir la matière du patrimoine culturel, visée à l'article 4, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Dans cette matière, compte tenu du principe de légalité qui découle de l'article 23 de la Constitution <sup>1</sup>, il appartient au législateur d'encadrer les délégations qu'il accorde au pouvoir exécutif en réglant lui-même à suffisance les éléments suivants : la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel des droits visés à l'article 23 de la Constitution.

S'agissant plus spécifiquement des régimes de subventions en la même matière, il résulte du même principe de légalité qu'il revient en principe au législateur de déterminer avec précision la nature des dépenses couvertes par la subvention, les éléments essentiels de celle-ci, notamment les conditions d'obtention, les montants alloués ou le mode de calcul de ceux-ci, habituellement exprimé en pourcentage, avec la détermination éventuelle des minimums et maximums.

2. En outre, lorsque les régimes de subventions interviennent dans des matières culturelles au sens de l'article 23 de la Constitution, et de manière plus spécifique encore, pour les matières visées par la loi du Pacte culturel, la section de législation a déjà rappelé qu'

« [i]l appartient au législateur de fixer lui-même par décret les éléments principaux [des aides], à savoir leur objet, les montants, les conditions d'octroi de chaque prix, leur périodicité [...]. Toute habilitation donnée au Gouvernement ne peut porter en ces matières que sur des modalités accessoires » <sup>2</sup>.

Le principe de légalité combiné avec le principe d'égalité et de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution exige aussi, en principe, que les bénéficiaires potentiels des subventions puissent identifier, par référence au dispositif du décret, s'ils remplissent les conditions requises pour en bénéficier <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur la portée de ce principe, il est renvoyé à l'avis n° 63.964/4/VR donné le 16 octobre 2018 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 25 avril 2019 'relative au patrimoine culturel mobilier et immatériel de la Région de Bruxelles-Capitale', *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2018-2019, A-813.

<sup>2</sup> Voir, à ce propos, l'avis n° 42.097/4 donné le 5 février 2007 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française « réglementant l'attribution des prix littéraires du Ministère de la Communauté française ».

<sup>3</sup> Voir notamment, les avis n° 36.678/4 donné le 22 mars 2004 sur un avant-projet devenu le décret du 12 mai 2004 'relatif aux Centres d'Archives privées en Communauté française de Belgique', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 536/1, pp. 17-22 ; n° 42.281/4 donné le 5 mars 2007 sur un projet devenu le décret du 2 juillet 2007 'visant le subventionnement de la formation des jeunes footballeurs', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2005-2007, n° 395/1, pp. 14-26. Voir également les avis n° 44.730/4 donné le 9 juillet 2008 sur un avant-projet devenu le décret du 24 octobre 2008 'déterminant les conditions de subventionnement de l'emploi dans les secteurs socioculturels de la Communauté française', en particulier l'observation 2 formulée sous l'article 39 de l'avant-projet, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2007-2008, n° 587/1, pp. 38-62 et n° 45.780/4 donné le 26 janvier 2009

Les articles 10, 13 et 14 de la loi du Pacte culturel consacrent ainsi certaines applications de ces principes, insistant notamment sur la nécessité de transparence, comme en témoigne l'exigence de publier, en annexe du budget, la liste détaillée des bénéficiaires des subventions, en mentionnant les sommes et avantages octroyés <sup>4</sup>.

Au regard des principes ainsi rappelés, les dispositions suivantes sont sujettes à critiques :

1° À l'article 1<sup>er</sup>, 7°, de l'avant-projet, la notion d'« opérateur culturel » est définie de manière particulièrement large et les articles 15 et 16 de l'avant-projet ne permettent pas de la cerner avec la précision requise <sup>5</sup>.

2° L'article 8 de l'avant-projet prévoit que le Gouvernement « peut » accorder des subventions structurelles aux centres d'archives privées reconnus, ainsi que « le cas échéant », une subvention à l'emploi.

La question se pose de savoir de quel pouvoir d'appréciation disposera le Gouvernement en vue d'octroyer les subventions concernées. En effet, l'utilisation du verbe « pouvoir » laisse supposer que le Gouvernement disposerait d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider du principe même de l'octroi des subventions, et ce même lorsque les conditions objectives qui seront fixées par ou en vertu du décret en projet seront remplies et que des crédits budgétaires seront disponibles.

Il convient dès lors de lever toute ambiguïté à ce propos.

Sur ce point, si l'intention est de conférer un pouvoir d'appréciation discrétionnaire au Gouvernement, il conviendra que le texte en projet soit complété afin de fixer les critères à mettre en œuvre par le Gouvernement pour décider, le cas échéant, de ne pas octroyer de subventions même lorsque les conditions objectives qui seront fixées par ou en vertu du décret en projet seront remplies et que des crédits budgétaires seront disponibles.

---

sur un projet devenu le décret du 26 mars 2009 'fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse', en particulier l'observation 2 formulée sous le point I ainsi que l'observation 3 formulée sous le point III, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2008-2009, n° 660/1, pp. 84-121.

<sup>4</sup> Sur l'ensemble de ces principes, voir notamment l'avis n° 71.541/4 donné le 29 juin 2022 sur un avant-projet devenu le décret du 20 juillet 2022 'modifiant le décret-cadre du 10 avril 2003 relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la scène', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2021-2022, n° 423/1, pp. 108-109 ; voir également l'avis n° 71.650/2-4 donné le 6 juillet 2022 sur un avant-projet de décret 'portant diverses dispositions relatives aux Sports, à l'Aide à la Jeunesse et à la Jeunesse', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2021-2022, n° 432/1, pp. 14-23.

<sup>5</sup> Pour une notion définie de manière plus précise, voir, à titre de comparaison, les articles 1<sup>er</sup>, 1° et 2°, et 3, combinés du décret du 13 octobre 2022 'visant à soutenir l'engagement de jeunes travailleurs dans le cadre des politiques culturelles'.

Si tel n'est pas le cas, il conviendra, dans la phrase introductive de l'article 8 de l'avant-projet, de remplacer les mots « peut accorder » par les mots « accorde dans la mesure des crédits budgétaires disponibles », et d'omettre les mots « le cas échéant », au 3° du même article.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour les articles 10, 12, 16 et 20, de l'avant-projet <sup>6</sup>.

3° L'article 9, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet ne définit pas les éléments essentiels relatifs aux montants des subventions allouées ou à leur mode de calcul ; prévoir, comme le fait la disposition à l'examen, que, s'agissant de la catégorie envisagée, la subvention structurelle de base est « de minimum 145.000 euros » est, sur ce point, insuffisant.

4° L'article 20, 1°, de l'avant-projet ne définit pas les éléments essentiels relatifs aux montants des subventions allouées ou à leur mode de calcul.

5° Sous réserve des observations générales formulées sous les points III et IV ci-après, l'article 25 de l'avant-projet est en défaut de définir les éléments essentiels relatifs aux montants des subventions allouées ou à leur mode de calcul.

Ces dispositions seront revues à la lumière des observations qui précèdent.

## II. Compétence et champ d'application

1. L'avant-projet met en œuvre les compétences culturelles de la Communauté française, visées à l'article 127, § 1<sup>er</sup>, 1°, de la Constitution, en réglant la matière du patrimoine culturel, attribuée à la Communauté française par l'article 4, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

En vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution, les décrets adoptés par la Communauté française et la Communauté flamande en matière culturelle ont force de loi

« respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ».

---

<sup>6</sup> Voir, en ce sens, l'avis n° 72.173/4/VR donné le 25 octobre 2022 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 3 mai 2019 portant sur le mouvement sportif organisé en Communauté française », *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2022-2023, n° 461/1, pp. 37-48.

Il résulte de cette disposition que l'autorité fédérale est quant à elle demeurée compétente à l'égard des institutions dites « biculturelles » établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale <sup>7</sup> et que, dès lors, les Communautés ne le sont pas à l'égard de telles institutions <sup>8</sup>.

En conséquence, il va de soi que l'article 5 de l'avant-projet doit, s'agissant des centres établis à Bruxelles, être compris et appliqué en ce sens que les centres dont le siège se situe en région bilingue de Bruxelles-Capitale doivent répondre à la condition prévue à l'article 127, § 2, de la Constitution.

2. Dans son avis n° 71.631/2 donné le 4 juillet 2022 sur une proposition de loi « permettant l'accès aux archives en vue de la reconstitution des familles à la suite des séparations transfrontalières contraintes » <sup>9</sup>, la section de législation a rappelé les règles de répartition des compétences en matière d'archives, comme suit :

« La question se pose de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées pour ce qui concerne le recueil et la détention d'archives, ainsi que les conditions dans lesquelles elles peuvent être ouvertes au public.

Sous réserve des nuances qui sont exposées ci-dessous, il s'agit d'une matière qui concerne des actes et des documents qui, par leur nature même et à défaut de disposition expresse en sens contraire dans les dispositions constitutionnelles et législatives répartitrices de compétence, sont étroitement liés à l'objet même du cadre normatif auxquelles ils sont, le cas échéant, soumis. Toujours sous réserve de ce qui sera exposé ci-après, on n'aperçoit pas pourquoi un acte ou un document devrait, lorsqu'il est établi, répondre à un cadre normatif correspondant à l'exercice d'une compétence de l'autorité fédérale ou de telle ou telle entité fédérée et qu'il ne le devrait plus pour son archivage. Il ne s'agit donc pas d'une matière en soi.

---

<sup>7</sup> À l'exception des matières biculturelles d'intérêt régional. Ainsi, selon l'article 135bis de la Constitution :

« Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, peut attribuer, pour la région bilingue de Bruxelles-Capitale, à la Région de Bruxelles-Capitale, des compétences non dévolues aux communautés dans les matières visées à l'article 127, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, et, pour ce qui concerne ces matières, le 3<sup>o</sup> ».

En vertu de cette disposition constitutionnelle, l'article 4bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises' dispose comme suit :

« Sans préjudice des compétences de la Communauté française et de la Communauté flamande, la Région de Bruxelles-Capitale exerce les compétences suivantes dans les matières culturelles visées à l'article 127, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, et, pour ce qui concerne ces matières, au 3<sup>o</sup>, de la Constitution :

1<sup>o</sup> en ce qui concerne le sport visé à l'article 4, 9<sup>o</sup>, de la loi spéciale, le financement et la subsideation des infrastructures sportives communales ;

2<sup>o</sup> en ce qui concerne la reconversion et le recyclage professionnel visés à l'article 4, 16<sup>o</sup>, de la loi spéciale, la mise sur pied de programmes de formation professionnelle pour autant que ceux-ci s'inscrivent dans le cadre de la politique d'emploi et tiennent compte du caractère spécifique de Bruxelles ;

3<sup>o</sup> en ce qui concerne les beaux-arts, le patrimoine culturel, les musées et autres institutions scientifiques culturelles visées à l'article 4, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, de la loi spéciale, les matières biculturelles pour autant que celles-ci soient d'intérêt régional ».

<sup>8</sup> Avis n° 30.819/4 donné le 20 décembre 2000 sur un avant-projet devenu le décret du 12 juillet 2001 'visant la reconnaissance et le subventionnement du Comité Olympique et interfédéral belge', », *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 158/1, pp. 9-10.

<sup>9</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, n° 2648/2, pp. 3-17.

S'agissant des archives privées, le législateur fédéral n'est donc compétent pour assurer la réglementation des archives que pour celles s'attachant à une matière pour laquelle il est demeuré compétent en vertu de sa compétence résiduelle, autrement dit à une compétence non transférée aux entités fédérées<sup>10</sup>. Il en va également ainsi, *a fortiori*, pour les matières à l'égard desquelles une réserve expresse de compétence a été prévue à son profit.

Il en résulte par exemple que le législateur fédéral n'est en principe pas compétent à l'égard des archives détenues par les musées et les bibliothèques relevant des communautés sur la base de l'article 4, 4° et 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' et de l'article 4, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 31 décembre 1983 'de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone' ou par des institutions pour personnes âgées relevant des communautés en vertu de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, I, alinéa 1<sup>er</sup>, 3°, de la même loi spéciale et de l'article 4, § 2, de la loi du 31 décembre 1983.

Les mêmes principes que ceux exposés ci-dessus pour les archives privées valent pour les archives détenues par des organismes publics. Ainsi, compte tenu de la compétence régionale en matière de pouvoirs subordonnés<sup>11</sup>, la réglementation éventuelle des archives communales relève de la compétence des régions.

Il convient toutefois de tenir compte également des compétences fédérales en ce qui concerne la mise en œuvre de la législation relative aux Archives générales du Royaume et les Archives de l'État dans les provinces sur la base de l'article 6bis, § 2, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' et de l'article 1<sup>er</sup>, 1°, a), de l'arrêté royal du 30 octobre 1996 'désignant les établissements scientifiques fédéraux'<sup>12</sup>, ainsi que de celles attribuées aux communautés par l'article 4, 4°, de la loi spéciale précitée en matière de patrimoine culturel et d'institutions scientifiques culturelles. [...]

Il résulte de ce qui précède que la réglementation de l'accès du public aux archives relève en principe du niveau de pouvoir compétent pour la matière à laquelle ces dernières se rapportent, compte tenu également des précisions qui précèdent ».

---

<sup>10</sup> Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Pour rappel, le renversement de cette règle de compétence prévue par l'article 35 de la Constitution, selon lequel « [l']autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même [et] [l]es communautés ou les régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi », celle-ci « d[é]van[t] être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa », n'est pas encore en vigueur, la loi spéciale déterminant cette entrée en vigueur, prévue par la disposition transitoire de cet article 35 n'ayant pas été adoptée. Cette disposition transitoire est rédigée comme suit : « La loi visée à l'alinéa 2 détermine la date à laquelle le présent article entre en vigueur. Cette date ne peut pas être antérieure à la date d'entrée en vigueur du nouvel article à insérer au titre III de la Constitution, déterminant les compétences exclusives de l'autorité fédérale ».

<sup>11</sup> Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Article 6, § 1<sup>er</sup>, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', et article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises'.

<sup>12</sup> Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : L'arrêté royal du 30 octobre 1996 emprunte son fondement légal à l'article 6bis, § 2, 4°, deuxième phrase, de la loi spéciale du 8 août 1980, aux termes duquel le Roi désigne par arrêté délibéré en Conseil des ministres les établissements scientifiques et culturels fédéraux relevant de la compétence de l'autorité fédérale.

Il résulte des règles de répartition des compétences ainsi rappelées que dans les matières culturelles visées à l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980, les Communautés sont compétentes pour régler le régime des archives détenues par l'ensemble des intervenants à l'égard desquels elles sont compétentes à raison de ces matières ; il en va ainsi, par exemple, des bibliothèques, discothèques et services similaires, des opérateurs de services de médias audiovisuels et sonores, et, de manière générale, de tous les opérateurs qu'elles créent, organisent, agréent, reconnaissent ou subventionnent au titre de leurs compétences dans les matières culturelles, que ces personnes soient des personnes physiques ou des personnes morales de droit public ou de droit privé.

Elles sont également compétentes pour régler le régime juridique applicable aux archives qui relèvent du patrimoine culturel, quelle que soit la personne qui les détient, qu'il s'agisse d'une personne physique ou bien d'une personne morale, de droit public ou de droit privé, et ce que la création, l'organisation, l'agrément, la reconnaissance ou le subventionnement de cette personne relève ou non de leurs compétences <sup>13</sup>.

L'avant-projet à l'examen n'envisage toutefois pas de régler toutes les hypothèses pour lesquelles la Communauté française est compétente en application des règles ainsi rappelées à l'égard des archives détenues par les opérateurs dans les matières culturelles ou en raison de leur intérêt patrimonial.

Ainsi, à titre d'exemple, il résulte de l'article 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, du décret en projet qui limite les « archives d'intérêt patrimonial » aux seules « archives privées » au sens du 3<sup>o</sup> du même article, que les archives qui revêtent un intérêt patrimonial et qui sont produites par une personne morale de droit public sont exclues des dispositions qui, dans le texte en projet, visent à protéger les archives revêtant un tel intérêt <sup>14</sup>.

Certes, à ce propos, l'avant-projet à l'examen doit être mis en rapport avec l'avant-projet de décret « portant sur la gestion et la préservation des archives publiques en Communauté française » qui fait l'objet de l'avis n° 72.640/4 donné ce jour (ci-après « l'avant-projet n° 72.640/4 »).

---

<sup>13</sup> À titre de comparaison, sous réserve de l'article 127, § 2, de la Constitution, les régimes juridiques mis en place par les Communautés en vue de la protection du patrimoine culturel mobilier ont vocation à s'appliquer quelle que soit la personne qui détient ou est propriétaire de ces biens. Ainsi, s'agissant de la Communauté française, cette dernière est compétente pour fixer les règles de protection du patrimoine culturel mobilier, en ce compris les biens meubles relevant de ce patrimoine que la Région wallonne détient ou dont elle est propriétaire en région de langue française.

<sup>14</sup> Sous réserve toutefois du régime mis en place par l'article 7 de l'avant-projet qui, de manière paradoxale, règle la gestion des « archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française ».

Cet avant-projet n° 72.640/4 entend régler notamment le régime juridique applicable aux archives « définitives » qu'il définit en son article 1<sup>er</sup>, 3°, comme étant les « documents inactifs ne présentant plus d'utilité administrative et/ou juridique, mais qui sont d'intérêt public en ce qu'ils gardent une valeur patrimoniale, historique et sociétale en tant que traces d'informations administratives, scientifiques ou culturelles justifiant leur conservation pérenne ».

Il n'en demeure pas moins que la notion d' « archives définitives » couvre les documents qui, à un moment donné, ont été « actifs » et ont présenté une utilité administrative et/ou juridique. À cet égard, la question se pose de savoir si tombent dans le champ d'application de cette notion, les documents détenus ou produits par une personne morale de droit public générés ou transmis dans un cadre distinct de celui de la mission de service public ou d'intérêt général qui est la sienne, comme par exemple, des documents relatifs à des œuvres d'art dont elle est propriétaire, dès lors que ces documents devraient être considérés comme des documents n'ayant jamais présenté d'utilité administrative ou juridique au sens de l'avant-projet.

Dans cette hypothèse, il convient de se demander quel sera le régime applicable aux archives qui présenteront un intérêt patrimonial mais ne seront couvertes à ce titre ni par le décret en projet car n'étant pas des « archives privées », ni par l'avant-projet n° 72.640/4, car elles ne constituent pas des « archives publiques » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, 2°, de cet avant-projet, combiné avec son article 1<sup>er</sup>, 8°, et ses articles 3 à 5, ni des « archives définitives » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, 3°, du même avant-projet.

Le champ d'application des dispositions du décret en projet sera réexaminé à la lumière de ces observations.

### III. L'article 11 de la loi du Pacte culturel

L'article 11 de la loi du 16 juillet 1973 'garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques', dite « la loi du Pacte culturel », dispose :

« Lorsqu'il s'agit d'organismes reconnus exerçant des activités destinées à l'ensemble d'une communauté culturelle, le décret prévoit que l'intervention financière des autorités publiques doit consister simultanément dans :

- le subventionnent d'un noyau d'agents ;
- l'octroi annuel d'un subside forfaitaire de fonctionnement ;
- l'octroi de subsides en fonction d'activités effectivement prestées.

Les conditions et la procédure d'agrément sont fixées par une loi ou par un décret, selon le cas ».

L'avant-projet met en place des régimes de subventions dont il n'est pas exclu qu'ils s'appliqueront à des organismes reconnus exerçant des activités destinées à l'ensemble de la Communauté française, au sens de cette disposition.

Sans préjudice des observations générales formulées sous le point IV, il pourrait en aller ainsi de l'organisme qui se verrait confier la concession de l'ensemble des archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française, au sens de l'article 7 de l'avant-projet, ainsi que de la ou des organisations représentatives qui seraient reconnues comme fédération professionnelle pour l'ensemble de la Communauté française en vertu de l'article 19 de l'avant-projet.

Pour ces catégories d'organismes reconnus, le décret en projet doit se conformer aux exigences de l'article 11 de la loi du Pacte culturel, ce qu'il est en défaut de faire.

Il sera complété en conséquence.

#### IV. LA « CONCESSION D'ARCHIVES D'INTÉRÊT PATRIMONIAL APPARTENANT À LA COMMUNAUTÉ FRANÇAISE »

1. Le chapitre 3 du titre 2 du décret en projet est intitulé « De la concession d'archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française ».

Il ne comporte qu'un seul article, l'article 7, qui permet au Gouvernement de « confier la gestion d'archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française au centre d'archives privées qui répond aux conditions [déterminées par cet article] ». Parmi ces conditions figure celle de « disposer d'un siège d'exploitation en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale ».

Comme le souligne le commentaire de l'article,

« Le centre dépositaire ne doit pas nécessairement être un centre reconnu, mais il est soumis à des conditions similaires à ce dernier – à deux différences près :

– le centre dépositaire ne doit pas disposer, préalablement au dépôt par la Communauté française, d'une collection d'archives ; les archives culturelles de la Communauté française peuvent donc constituer l'unique collection du centre ;

– le centre dépositaire doit exercer au moins deux missions de valorisation (contrairement aux centres reconnus qui ne doivent en exercer qu'une au minimum) ».

En outre, l'article 7 permet également au Gouvernement de charger le centre d'archives qui s'est vu confier la gestion d'archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française, « des missions archivistiques complémentaires au sens de l'article 3, § 3, » du décret en projet, ainsi que de « toute autre mission d'intérêt public liée aux archives confiées au centre ».

Conformément à l'article 25 de l'avant-projet, c'est au Gouvernement qu'il appartient de déterminer la procédure à suivre pour confier cette mission de gestion à un centre d'archives privées. Cette procédure devra comporter les étapes suivantes :

« 1° un avis de services du Gouvernement <sup>15</sup> ;

2° un avis de la Commission des Patrimoines culturels ;

3° la conclusion, entre la Communauté française et le centre d'archives privées, d'une convention précisant la portée des missions confiées et le montant des subventions structurelles accordées en soutien à ces missions ».

La décision sur l'opportunité de continuer à confier les archives au centre concernée sera réévaluée tous les cinq ans, selon la procédure prévue par l'article 26 de l'avant-projet.

Aucune forme de publicité, d'appel aux candidatures ou de mise en concurrence n'est prévue par ces dispositions.

À ce propos, quant aux centres qui se verront attribuer ces missions, le commentaire de l'article 7 mentionne :

« À l'heure actuelle, deux opérateurs sont concernés : le Mundaneum et les Archives et musées de la Littérature (AML).

La présente disposition vise ainsi à leur donner une base légale et à encadrer à l'avenir la concession d'archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française ».

2.1. Le mécanisme ainsi mis en place soulève des questions fondamentales, spécialement en ce qui concerne sa nature et sa qualification juridiques.

2.2. L'intitulé du chapitre 3 du titre 2 de l'avant-projet qualifie ce mécanisme de « concession », ce que confirme le commentaire de l'article.

Sur ce point, il convient de rappeler que l'opération ici envisagée consiste à titre principal à confier à un tiers la gestion de biens meubles qui sont la propriété de la Communauté française, et ce par un contrat qui déterminera la portée des « missions confiées » au tiers, ainsi que le montant des « subventions structurelles accordées en soutien à ces missions ».

L'avant-projet ne déterminant pas le montant des subventions concernées, ni dans le détail, ni même dans ses éléments essentiels, il n'est pas possible de se prononcer sur la question de savoir si ces subventions auront pour objet de ne couvrir qu'une partie des coûts générés par les missions confiées au tiers, ou bien l'intégralité de ces coûts, mais uniquement ceux-ci, ou encore, si le montant payé par la Communauté française inclura un bénéfice ou une surcompensation des coûts exposés par le tiers.

---

<sup>15</sup> Voir toutefois, à ce propos, l'observation particulière formulée sous l'article 22.

Par ailleurs, il résulte de l'article 7, alinéa 2, de l'avant-projet, combiné avec son article 3, § 2, 4°, que le tiers « concessionnaire » sera tenu notamment de remplir une mission de « mise à disposition » consistant à « rendre les collections [...] accessibles au public dans une mesure compatible avec les exigences de conservation, les prescriptions de la législation portant protection des données à caractère personnel et les volontés du donateur ou déposant ». De même, le tiers « concessionnaire » sera tenu de remplir deux des trois missions de valorisation prévues à l'article 3, § 2, 5°, de l'avant-projet lesquelles consistent en une mission de recherche et de publication scientifiques en lien avec les collections ou les thématiques du centre (point a)), une mission de médiation culturelle à vocation pédagogique ou éducative en lien avec les collections ou les thématiques du centre (point b)) et une mission de formation en gestion des archives à destination prioritairement d'opérateurs culturels (point c)).

Le dispositif en projet ne permet toutefois pas de comprendre si ces différents services en faveur de tiers, notamment le public, les écoles et les opérateurs culturels, seront prestés à titre gratuit ou si leurs destinataires devront rémunérer le tiers « concessionnaire ».

2.3. Dans ce contexte, il n'est pas possible de déterminer si l'opération envisagée relève effectivement de la figure juridique de la « concession », spécialement la « concession de service », telle que visée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession', transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', ou si elle relève de la figure juridique du « marché public de service au sens strict »<sup>16</sup>.

Ainsi, selon l'article 5, 1), alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/23/UE et selon l'article 2, 7°, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de cette même loi du 17 juin 2016, la « concession de services » est

« [...] un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux [...] à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ».

Par ailleurs, s'agissant du caractère onéreux du contrat, les mêmes dispositions précisent que

« [l']attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou

---

<sup>16</sup> L'expression « marché public au sens strict » est ici employée dès lors que la compétence de l'autorité fédérale pour adopter la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' qui assure la transposition de la directive 2014/23/UE relève de sa compétence pour adopter les règles générales en matière de marchés publics. Voir l'avis n° 58.235/1 donné le 17 novembre 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1541/001, pp. 377-378. Voir en ce sens, l'avis n° 61.221/4 donné le 2 mai 2017 sur un avant-projet de décret « modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ».

services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Quant à la notion de « marché public », elle est définie par l'article 2, 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' et par l'article 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', comme étant un « contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet [...] la prestation de services ».

Il résulte de ces deux définitions que l'élément qui différencie essentiellement la concession de service du marché de service, est le fait que s'agissant de la première, la contrepartie au bénéfice du concessionnaire ne sera pas toujours constituée d'un prix, et que, si tel est le cas, ce prix s'ajoutera au bénéfice que tire le concessionnaire du droit d'exploiter le service. En revanche, s'agissant du marché public de service, la contrepartie au bénéfice de l'adjudicataire sera constituée, plus classiquement, du prix payé par le pouvoir adjudicateur.

Le texte en projet ne permettant pas de savoir si et dans quelle mesure les missions prestées au bénéfice du public, des écoles, ou des opérateurs culturels, pourraient être qualifiées de « droit d'exploiter un service », impliquant un « partage des risques », il n'est pas possible de déterminer si le contrat à conclure entre le Gouvernement et le centre d'archives privées constituera une concession de service ou un marché de service.

2.4. Ceci étant, dès lors que le contrat concerné aura pour objet de confier à un tiers la gestion de biens appartenant à la Communauté française et de prester ainsi un service en tout cas au profit de cette dernière, et dès lors qu'il s'agira d'un contrat à titre onéreux – puisqu'il impliquera à tout le moins le paiement de sommes d'argent, fut-ce par le biais de subventions – ce contrat devrait, en principe, recevoir la qualification soit de marché public de service, soit de concession de service. Il sera donc soumis à l'une ou l'autre des réglementations concernées, à la condition, bien évidemment, que la valeur de l'opération atteigne le seuil financier fixé par ou en vertu du droit européen ou du droit interne.

2.5. Pour conclure, la section de législation est, par essence, en raison même des conditions de sa saisine, amenée à se prononcer sur l'opération envisagée à un stade très précoce. Ainsi, dès lors spécialement que le montant des subventions ainsi que les droits et obligations des parties – dont le tiers « concessionnaire » – ne sont pas encore déterminés, il ne lui est pas possible de déterminer avec précision et de manière définitive la qualification juridique de l'opération envisagée.

La section de législation ne peut, à cet égard, que poser un constat à savoir que l'auteur de l'avant-projet n'a pris en compte aucune des législations ou réglementations applicables en matière de concession ou de marchés public de service, singulièrement en ce qui concerne les obligations que celles-ci imposent, le cas échéant, en termes de publicité préalable et de mise en concurrence.

L'auteur de l'avant-projet n'a pas non plus envisagé la possibilité d'ériger les missions concernées en service d'intérêt général ou en service d'intérêt économique général, au sens du droit européen <sup>17</sup>, avec toutes les conséquences juridiques que l'appel à ces mécanismes implique en termes de respect du droit européen de la concurrence et des aides d'État.

Le mécanisme de « concession » envisagé par les articles 7, 25 et 26 de l'avant-projet sera réexaminé à la lumière de ces observations.

#### V. Cohérence avec l'avant-projet de décret n° 72.640/4

1. Comme mentionné ci-avant, l'avant-projet à l'examen doit être mis en rapport avec l'avant-projet n° 72.640/4.

Concernant les liens à établir entre ces deux avant-projets, il convient de relever que les notions d'« archives » et d'« archives publiques » sont définies différemment, selon le cas par l'article 1<sup>er</sup>, 1° et 2°, de l'avant-projet n° 72.640/4 et par l'article 1<sup>er</sup>, 1° et 2°, de l'avant-projet de décret à l'examen. À cela s'ajoute le fait que l'avant-projet n° 72.640/4 ne définit pas la notion d'« archives privées », lesquelles sont en revanche définies par l'article 1<sup>er</sup>, 3°, de l'avant-projet à l'examen, et ce alors même que l'article 7 du premier avant-projet fait appel à cette notion. Ces différences sont source d'une incohérence préjudiciable à la sécurité juridique.

Ensuite, la section de législation n'aperçoit pas comment, dans la mesure où cette disposition porterait sur des archives visées par l'avant-projet de décret à l'examen, l'article 7 de l'avant-projet de décret n° 72.640/4 est appelé à se concilier avec les mécanismes mis en place par l'avant-projet de décret à l'examen.

Par conséquent, il y a lieu de réexaminer, en parallèle, ces deux avant-projets afin d'assurer la cohérence entre ceux-ci et éviter tout questionnement quant à leur applicabilité aux mêmes types de documents, qui impliquerait leur soumission à des régimes juridiques contradictoires.

### OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

#### DISPOSITIF

#### Article 1<sup>er</sup>

Le commentaire de l'article permet de comprendre pour quel motif l'avant-projet ne s'appliquera pas aux opérateurs intervenant dans la politique culturelle visée à l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980, à savoir celle des « aspects de contenu et techniques des

---

<sup>17</sup> Au sens du Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et plus précisément de l'article 2 de ce protocole.

services de médias audiovisuels et sonores à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral ». La raison en est, selon ce commentaire, que

« [l]es archives audiovisuelles et sonores provenant de la RTBF, des médias de proximité et de la Cinémathèque relèvent quant à elles d'une autre législation, en l'occurrence les articles 6.3-1 et 6.3-2 du décret du 4 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos ».

Pour le surplus, ni l'exposé des motifs ni le commentaire de l'article ne permettent de comprendre quelles sont les raisons pour lesquelles le champ d'application du décret en projet est limité aux seules matières culturelles énumérées à l'article 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup>, de l'avant-projet.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier le champ d'application ainsi circonscrit, au regard du principe d'égalité <sup>18</sup>.

L'exposé des motifs gagnerait à être complété sur ce point.

## Article 2

1. Selon le paragraphe 2,

« Le présent décret ne peut être utilisé pour promouvoir des idées racistes, discriminatoires ou liberticides.

Les archives qui s'y rapportent ne peuvent être préservées et valorisées que dans une optique de développement de l'esprit critique des populations et de mise en garde des générations futures ».

2. Dès lors que son respect conditionne la reconnaissance et le subventionnement comme « centre d'archives privées » (article 4), pareil dispositif est de nature à emporter une limitation à la liberté d'expression.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au regard duquel l'article 19 de la Constitution belge doit être interprété, prévoit en effet que

« [t]oute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

La liberté de communiquer des informations inclut nécessairement celle de poser les actes nécessaires à la collecte <sup>19</sup>, au traitement et à la conservation de l'information communiquée. Il s'en déduit que la possibilité de constituer des archives et de les conserver en

---

<sup>18</sup> En ce sens, voir l'avis n° 71.688/2/V donné le 20 juillet 2022 sur un avant-projet devenu le décret du 13 octobre 2022 'visant à soutenir l'engagement de jeunes travailleurs dans le cadre des politiques culturelles', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2022-2023, n° 437/1, pp. 17-29.

<sup>19</sup> Voir notamment Cour eur. D.H., arrêt *Magyar Helsinki Bizottag c. Hongrie*, 8 novembre 2016, §§ 130 à 132.

vue d'une utilisation ultérieure est un aspect important de l'effectivité des libertés consacrées par l'article 10 de la Convention, et qu'une limitation apportée à cette possibilité n'est dès lors compatible avec cette disposition conventionnelle que si elle répond aux conditions fixées par son paragraphe 2.

3. L'une de ces conditions est que la limitation concernée soit « prévue par la loi », ce qui suppose qu'elle repose sur une base légale suffisamment accessible et prévisible (principe de légalité matérielle). Sur ce dernier point, la Cour européenne des droits de l'Homme estime : <sup>20</sup>

« 250. [...] [O]n ne peut considérer comme une 'loi', au sens de l'article 10 § 2 de la Convention, qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au justiciable de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. Ces conséquences ne doivent pas nécessairement être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois emploient-elles, par la force des choses, des formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique [...]. L'exigence de prévisibilité ne saurait être interprétée comme une règle commandant que les modalités détaillées d'application d'une loi soient énoncées dans le texte lui-même ; elle peut se trouver respectée si les points qu'il n'est pas possible de trancher de manière satisfaisante sur la base du droit interne sont énoncés dans des textes de rang infra-législatif. Ne la méconnaît pas non plus, en elle-même, une loi qui, tout en conférant un pouvoir d'appréciation, en précise l'étendue et les modalités d'exercice avec assez de netteté, compte tenu du but légitime poursuivi, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire [...].

[...]

253.[...] [U]ncertain doute à propos de cas limites ne suffit pas à lui seul à rendre l'application d'une disposition légale imprévisible. De même, une disposition légale ne peut être considérée comme 'imprévisible' du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation. La fonction de décision confiée aux tribunaux sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, compte tenu des évolutions de la pratique quotidienne [...].

254. S'agissant de la portée de la notion de prévisibilité, elle dépend dans une large mesure du contenu du texte en question, du domaine que ce texte est censé couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui il s'adresse [...]. Cela étant, la qualité de la loi implique que la législation interne doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant leurs droits protégés par la Convention [...] ».

<sup>20</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), 22 décembre 2020, §§ 250-254.

Par ailleurs, et toujours selon l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'ingérence dans la liberté d'expression doit, pour être admissible, être « nécessaire dans une société démocratique ». S'agissant de la répression du discours de haine, la Cour européenne des droits de l'Homme a récemment synthétisé comme suit les principes applicables <sup>21</sup> :

« 48. [L]a liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' [...].

49. Un principe constamment souligné dans la jurisprudence de la Cour veut que les propos se rapportant à des questions d'intérêt public appellent une forte protection, au contraire de ceux défendant ou justifiant la violence, la haine, la xénophobie ou toute autre forme d'intolérance, qui ne sont normalement pas protégés [...].

50. L'appel à la discrimination relève de l'appel à l'intolérance, lequel, avec l'appel à la violence et l'appel à la haine, est l'une des limites à ne dépasser en aucun cas dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression [...].

51. La Cour a souligné, à de nombreuses reprises, que la tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les 'formalités', 'conditions', 'restrictions' ou 'sanctions' imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi. Il reste loisible aux autorités compétentes d'adopter, en leur qualité de garantes de l'ordre public institutionnel, des mesures, même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à de pareils propos [...].

52. Pour déterminer si l'ingérence des autorités publiques dans le droit à la liberté d'expression est 'nécessaire, dans une société démocratique' dans ce type d'affaires, la Cour prend en compte un certain nombre de facteurs, qui ont été résumés dans l'affaire *Perinçek* (§§ 205-208 et les références citées). Outre la nature des propos, elle tient compte du contexte dans lequel ils ont été tenus, et en particulier des facteurs suivants :

i. Le point de savoir si les propos ont été tenus dans un contexte politique ou social tendu. Si tel est le cas, la Cour reconnaît généralement qu'une certaine forme d'ingérence visant de tels propos peut se justifier.

ii. La question de savoir si correctement interprétés et appréciés dans leur contexte immédiat ou plus général, ils peuvent passer pour un appel direct ou indirect à la violence ou pour une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance. Lorsqu'elle examine cette question, la Cour est particulièrement sensible aux propos catégoriques attaquant ou dénigrant des groupes tout entiers, qu'ils soient ethniques, religieux ou autres.

<sup>21</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Zemmour c. France*, 20 décembre 2022, §§ 48 à 52.

iii. La Cour tient également compte de la manière dont ils ont été formulés et de la capacité – directe ou indirecte – à nuire ».

4. Au regard des principes ainsi rappelés, le paragraphe 2 soulève plusieurs difficultés.

Force est de constater, tout d'abord, que le texte même de la disposition entend limiter l'activité archivistique en des termes extrêmement généraux, se référant, sans plus ample détermination, à la promotion « des idées racistes, discriminatoires ou liberticides ».

Le commentaire de la disposition fournit certes les précisions suivantes :

« Le second paragraphe stipule que le décret ne peut être utilisé pour promouvoir des idées racistes, discriminatoires ou liberticides. Sans que cette énumération soit limitative, est ainsi proscrite la promotion d'idées incitant à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres ; la promotion d'idées fondées sur la ségrégation, la supériorité ou la haine raciale ; la promotion d'idées niant, minimisant, justifiant ou approuvant un génocide internationalement reconnu ; la promotion d'idées sexistes ou fondées sur un autre critère illégal de discrimination ou encore la promotion d'idées hostiles aux principes essentiels de la démocratie, tels que garantis par la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cela ne signifie pas pour autant que les archives contenant de telles idées ne peuvent en aucun cas être conservées et valorisées dans le cadre du présent décret. Elles ne pourront toutefois l'être que dans une optique de développement de l'esprit critique des populations et de mise en garde des générations futures ».

Ces précisions sont cependant insuffisantes pour assurer la sécurité juridique requise par le principe de la légalité matérielle.

L'activité archivistique prohibée y est en effet identifiée en référence à une série de discours de haine inventoriés de manière non-exhaustive (« Sans que cette énumération soit limitative [...] »), et non par le renvoi limité à la liste des législations précises<sup>22</sup> qui, dans l'ordre juridique belge, répriment certains de ces discours, ce qui crée une incertitude sur la portée exacte de la prohibition concernée.

---

<sup>22</sup> Voir la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', articles 20 et 21 ; la loi du 23 mars 1995 'tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale' ; la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie' ; la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination', article 22 ; la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', article 27 ; la loi du 22 mai 2014 'tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination', article 2.

Par ailleurs, les limites de cette prohibition sont tracées, non pas uniquement sur la base du contenu des archives litigieuses, mais bien également sur la base de la finalité de leur conservation et de leur valorisation. Si pareille approche est justifiable<sup>23</sup> sur le plan abstrait, elle peut néanmoins susciter un problème de preuve sur le plan pratique. La démonstration de la finalité de la conservation et de la valorisation d'archives peut certes être rapportée *ex post* sans difficultés insurmontables à la lumière des discours de haine que cette conservation et cette valorisation auraient éventuellement soutenus *in concreto* dans le chef de la personne qui réalise ces dernières. Cette démonstration est par contre plus délicate, *ex ante*, en l'absence de pareils discours concrets de cette personne, et est par là-même source d'une insécurité juridique peu compatible avec le principe de la légalité matérielle des limitations à la liberté d'expression. La question se pose par ailleurs de savoir si, en l'absence complète de tels discours concrets dans le chef de cette personne, la limitation de l'activité archivistique répond à une « nécessité dans une société démocratique », au sens donné à cette notion par la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'Homme.

5. À la lumière des observations qui précèdent, le paragraphe 2 sera revu et son commentaire étoffé, aux fins de répondre à l'exigence de prévisibilité suffisante imposée aux mesures limitatives de liberté d'expression et d'éviter que les restrictions qu'il autorise puissent aller au-delà de ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

### Article 9

La sécurité juridique serait mieux garantie et le risque de contentieux serait plus réduit si le paragraphe 1<sup>er</sup>, habilitait expressément le Gouvernement à arrêter les règles selon lesquelles les centres d'archives privées reconnus sont classés dans l'une des trois catégories envisagées, ce en se fondant sur les critères énumérés au même paragraphe.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> sera complété en conséquence.

### Article 11

L'article 11 est rédigé comme suit :

« Les subventions structurelles aux centres d'archives à qui sont confiés des archives d'intérêt patrimonial appartenant à la Communauté française font l'objet d'une inscription nominative dans le budget des dépenses ».

---

<sup>23</sup> Voir *mutatis mutandis*, à propos de l'exhibition de symboles du nazisme, l'avis n° 69.167/AG donné le 9 juin 2021 sur une proposition de loi « visant à renforcer la démocratie contre tout acte effectué en lien avec le nazisme et ses idéologies apparentées » (déposée par MM. André Flahaut, Ahmed Laaouej et Philippe Goffin), *Doc. parl.*, Chambre, n° 1637/002, pp. 3-33.

Une telle disposition relève du budget et n'a pas sa place dans un décret organique tel le décret en projet.

Elle sera omise.

### Article 15

Il résulte de la combinaison des définitions que l'article 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>, donne des notions d'« opérateur culturel » et de « politiques culturelles » que ne relèvent pas du champ d'application les opérateurs du secteur des services de médias audiovisuels et sonores.

La question se pose dès lors de savoir quels opérateurs et quelles situations précises la disposition à l'examen envisage en ce qu'elle vise, en son paragraphe 2, le dépôt des archives d'un opérateur « auprès d'un centre d'archives privées reconnu, ou de l'opérateur désigné en vertu de l'article 6.3-2 du décret du 4 février 2021 relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos ».

Le commentaire de l'article est muet sur point.

La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière de cette observation.

### Article 22

1. Il ressort du 2<sup>o</sup>, qu'avant de prendre la décision concernée, le Gouvernement doit solliciter l'avis de ses propres services.

Le texte en projet est donc rédigé comme si le Gouvernement et ses services formaient deux corps distincts, alors que le premier exerce un pouvoir hiérarchique sur les seconds et que, dans une procédure administrative, il n'y a donc pas lieu de les distinguer. Il y a d'autant moins lieu d'opérer cette distinction qu'il est de la nature même de l'administration d'être au service du Gouvernement et de ses membres et de remplir, notamment, les missions d'avis que le texte rend obligatoire.

Dans la disposition à l'examen, il ne peut donc être prévu que le Gouvernement doit solliciter l'avis de ses services.

Il en va d'autant plus ainsi que, conformément à l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980, il n'appartient pas au législateur de s'immiscer dans les rapports entre le Gouvernement et son administration.

Le texte en projet sera revu en conséquence.

La même observation vaut pour les articles 23, 2<sup>o</sup>, 24, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, 25, 1<sup>o</sup>, 26, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 2<sup>o</sup>, 27, 2<sup>o</sup>, 28, alinéa 2, 2<sup>o</sup>, 30, 2<sup>o</sup>, 31, 2<sup>o</sup>, et 32, 2<sup>o</sup>.

2. Conformément à la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation des actes administratifs individuels', la décision ici concernée doit être motivée en la forme.

Il n'appartient pas au législateur de la Communauté française de rappeler cette exigence.

Au 4°, le mot « motivée » sera donc omis.

La même observation vaut pour les articles 23, 4°, 24, § 1<sup>er</sup>, 4°, 27, 4°, 30, 4°, 31, 4°, et 32, 4°.

### Article 23

Le 5° envisage l'hypothèse dans laquelle, à la suite d'une décision de renouvellement, le centre d'archives privées perdrait néanmoins au minimum 30 % du montant cumulé des subventions structurelles qui lui ont été accordées précédemment.

La disposition à l'examen sera complétée aux fins de préciser en application de quelle(s) autre(s) disposition(s) de l'avant-projet tel pourrait être le cas.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour les articles 24, § 1<sup>er</sup>, 5°, et 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 5°.

### Article 24

1. Compte tenu de son paragraphe 2, alinéa 2, la phrase introductive mentionnera également la modification de la reconnaissance.

Elle sera complétée en conséquence.

2. Au paragraphe 2, alinéa 2, la question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par la notion de « reprise » des subventions et s'il ne convient pas par ailleurs de viser aussi l'hypothèse de la « révision à la baisse » des subventions ?

3. La disposition à l'examen sera revue à la lumière de ces observations.

### Article 28

Avant l'alinéa 1<sup>er</sup>, il manque les termes « § 1<sup>er</sup> ». Ils seront insérés.

### Article 36

1. Au premier tiret, il est fait mention des articles 34 à 41. Il s'agit d'une erreur dès lors que l'avant-projet ne compte que 36 articles. Cette erreur sera corrigée.
2. Le second tiret, charge le Gouvernement de fixer la date d'entrée en vigueur des articles 8, 3° et 20, 2°, de l'avant-projet.

De manière générale, les prérogatives du législateur sont mieux respectées si une date limite est prévue, à laquelle le texte législatif concerné entre en vigueur sans que le Gouvernement ne doive intervenir.

Le second tiret sera donc complété à cet effet.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET