

Chapitre 4

Les exceptions à la publicité des documents administratifs

par

Pierre-Olivier DE BROUX

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Membre effectif de la Commission d'accès aux documents administratifs
de la Région wallonne

Delphine DE JONGHE

Juriste et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Renaud SIMAR

Avocat et assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Maxime VANDERSTRAETEN

Avocat et assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université libre de Bruxelles

Introduction

1. Organiser la publicité de l'administration implique aussi, à l'évidence, de pouvoir y mettre des limites. Ces limites sont autant de balises pour l'action administrative, qui devraient permettre aux autorités de savoir exactement dans quelles conditions de transparence elles sont appelées à travailler. Si les limites ont été prévues par le législateur, la tâche de l'administration lorsqu'elle est amenée à les appliquer n'en est pas moins extrêmement ardue. Trois étapes successives permettent d'introduire à la complexité de ces limites, que nous nous proposons d'examiner systématiquement dans le présent chapitre.
2. Une première étape consiste à identifier les exceptions à la publicité qui peuvent être invoquées par une autorité administrative. Comme l'énonce l'article 32 de la Constitution, déjà maintes fois cité, la publicité des documents administratifs n'est pas absolue, mais les exceptions doivent être prévues par la loi, le décret ou l'ordonnance.

Deux difficultés apparaissent d'emblée pour l'administration qui doit identifier les motifs légaux pouvant justifier un refus d'accès. Tout d'abord, ces motifs sont dispersés entre les législations « génériques » relatives à la publicité de l'administration et un nombre important de législations spécifiques, qui permettent ou impliquent de se soustraire à l'obligation de publicité. Le cumul de ces deux catégories de législation n'est pas toujours simple à organiser, nous y reviendrons largement (section 4).

Une seconde difficulté apparaît, par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'identifier, parmi les législations dites « génériques », les exceptions que chaque autorité administrative peut invoquer. Comme l'a clairement exposé Florence Gravar dans le présent ouvrage, tous les pouvoirs législatifs en Belgique peuvent en effet fixer des exceptions générales à la publicité, pour autant que ces exceptions relèvent de leur champ de compétence¹. C'est le sens de plusieurs textes, dont les exceptions peuvent s'appliquer à une autorité administrative « fédérale ou non fédérale » (loi du 11 avril 1994), « régionale ou non régionale » (décret wallon et ordonnance bruxelloise du 30 mars 1995)². En d'autres termes, la plupart des exceptions fédérales et fédérées sont susceptibles de s'appliquer cumulativement, pour autant que l'autorité administrative ou le document sollicités aient un lien, fût-ce territorial, avec chacun des niveaux de pouvoir concernés^{3,4}, ou même que la divulgation du document puisse simplement risquer de porter atteinte aux intérêts protégés par ce niveau de pouvoir⁵. Le problème est que l'application cumulative des textes, « sans préjudice » l'un de l'autre⁶, privilégie

¹ Voy. *supra*, Chapitre 1, nos 44 et s. ; ainsi que C. DE TERWANGNE, « Le droit à la transparence administrative », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 725-726 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS, L. GALLETZ, « Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs », in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 180 et s., et 201 et s. Nous étendrons autant que possible, pour ce motif, notre analyse à la législation flamande également.

² Voy. aussi l'art. 1^{er} du décret germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs (*M.B.*, 29 décembre 1995), l'art. 2 du décret COCOF du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration (*M.B.*, 27 août 1996), l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance COCOM du 26 juin 1997 relative à la publication de l'administration (*M.B.*, 20 septembre 1997) et l'art. 4, § 2, du décret flamand du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration (*M.B.*, 1^{er} juillet 2004). Seul le décret de la CF du 22 décembre 2004 ne prévoit pas que les exceptions qu'il contient puissent s'appliquer à d'autres autorités administratives que celles qui relèvent de la Communauté française.

³ Eu égard à la manière dont elle est mise en œuvre par les législateurs, il s'agit sans conteste d'une compétence dite « concurrente » (voy. à cet égard l'ouvrage à paraître du CIRC, *La sixième réforme de l'État ou l'art de ne pas choisir* – chapitre VI, section 4 –, Bruxelles, Larcier, à paraître dans la collection Les Dossiers du Journal des tribunaux).

⁴ On peut ainsi imaginer que pour refuser la communication d'un document détenu par une commune germanophone, celle-ci invoque des exceptions issues du décret germanophone, du décret wallon et de la loi fédérale.

⁵ Pas plus que d'autres auteurs (D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 182), nous ne restreignons donc l'invocabilité des exceptions à cette dernière condition des intérêts protégés par un niveau de pouvoir. Nous n'y voyons qu'une ultime manière d'étendre encore le champ des législations invocables. Si l'on reprend l'exemple évoqué à la note précédente, la commune germanophone pourrait encore refuser la demande d'accès sur la base de la législation flamande, parce que la divulgation du contenu du document serait susceptible de porter préjudice à l'un des intérêts protégés par le décret flamand (l'intérêt économique de la Région flamande, par exemple).

⁶ Voy. notamment l'art. 12 du décret flamand du 26 mars 2004.

théoriquement l'exception la plus large, ce qui serait contraire à l'esprit de l'article 32 de la Constitution. En pratique, cependant, les exceptions cumulables sont pour la plupart identiques ou très semblables, et n'ont jamais emporté jusqu'ici de conflits entre les normes concernées. Il n'en demeure pas moins qu'un tel conflit de normes, aussi hypothétique soit-il, ne connaît pas de solution en droit belge, ce qui n'est pas admissible, d'autant moins lorsqu'il s'agit de restrictions à l'exercice d'un droit fondamental.

3. Après avoir identifié les exceptions invocables, l'étape suivante est d'en préciser la portée. Une telle précision est d'autant plus importante que toutes les exceptions sont d'interprétation restrictive⁷, s'agissant de motifs de refus d'accès à un document administratif, et donc de limites légales imposées à un droit fondamental consacré par la Constitution. La portée des exceptions semble en réalité assez clairement indiquée dans les législations génériques. À la suite des travaux préparatoires de la loi fédérale, la doctrine a ainsi distingué des exceptions *obligatoires absolues* (section 1), des exceptions *obligatoires relatives* (section 2) et des exceptions *facultatives* (section 3).

Lorsque les exceptions revêtent un caractère obligatoire absolu, l'autorité « doit rejeter la demande d'accès dès qu'il est établi que la divulgation du document sollicité porterait atteinte à l'un des intérêts qu'elles protègent »⁸. L'*atteinte* à l'intérêt protégé est le critère déterminant pour le refus d'accès au document. Dès qu'il y a atteinte (*schade* en néerlandais), l'autorité est tenue de rejeter la demande.

Lorsque les exceptions revêtent un caractère obligatoire relatif, l'autorité administrative doit procéder à une balance entre l'intérêt protégé par l'exception et l'intérêt de la publicité. L'intérêt de la publicité doit être compris comme relevant de l'intérêt général, et ne se confond donc pas avec l'intérêt du demandeur du document. Si l'intérêt protégé l'emporte, l'autorité est à nouveau tenue de rejeter la demande.

Enfin, les exceptions facultatives permettent, mais n'imposent pas, à l'autorité de refuser l'accès à un document. S'agissant de restrictions à un droit fondamental, il faut donc justifier plus largement ce pouvoir d'appréciation laissé aux mains des administrations, et donc démontrer que l'intérêt protégé prime sur l'intérêt de la publicité⁹.

Cette classification est régulièrement remise en cause aujourd'hui, notamment par certaines CADA, qui estiment que ces distinctions sont artificielles. L'évaluation de cette classification sera dès lors un des fils rouges de la présente contribution.

4. La troisième étape exigée pour pouvoir refuser l'accès à un document administratif est relative à la motivation de ce refus. L'ensemble des CADA le répète à l'envi : il ne suffit pas de citer une des exceptions applicables pour pouvoir valablement refuser

⁷ Exposé des motifs de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1992-1993, n° 1112/1, p. 16.

⁸ D. RENDERS, *Droit administratif*, t. III, Le contrôle de l'administration, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 88.

⁹ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-37, p. 4 : « Om deze uitzonderingsgrond in te roepen is dan ook een ruimere motivering vereist aangezien artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 uitgaan van de principiële openbaarheid van alle bestuursdocumenten ».

l'accès à un document administratif. Il faut que cette motivation soit circonstanciée, concrète, pertinente.

Le recours au motif d'exception doit donc être motivé en droit mais aussi, et surtout, en fait. En d'autres termes, « les documents administratifs ne peuvent être soustraits à la publicité qu'en vertu d'un motif d'exception prévu par la loi et pour autant que le recours à ce motif d'exception soit motivé de façon concrète et pertinente »¹⁰. La décision de rejet d'une demande d'accès constitue un acte administratif individuel, au sens de la loi de 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Et même si l'application de cette loi peut être exclue, une « motivation minimale » est requise, « de sorte que l'on puisse au moins déterminer l'exception qui est invoquée à l'obligation de motivation formelle »¹¹.

Section 1

Les exceptions obligatoires absolues

5. L'examen systématique des exceptions à la publicité débute par celles qui entravent le plus fortement la publicité, à savoir les exceptions dites *obligatoires* et *absolues*. Elles ne laissent en principe pas de marge d'appréciation à l'administration, ni ne permettent de procéder à une mise en balance des intérêts.

C'est la catégorie dont la portée est la plus controversée. La CADA fédérale est pour le moins réservée quant à l'existence même des exceptions obligatoires absolues, qui, selon elle, vont à l'encontre de l'esprit de l'article 32 de la Constitution¹². Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 éclairent, dans certains passages, ce point de vue : « la demande ne peut être rejetée que *dans la mesure où* l'importance de la publicité n'équivaut pas, *dans le cas concret*, aux intérêts énumérés à l'article 6. En effet, l'autorité administrative doit pour chaque demande contrebalancer l'intérêt de la publicité et l'intérêt protégé par le motif d'exception. Autrement dit, les motifs d'exception ont un caractère relatif ». Quelques paragraphes plus loin, cependant, le législateur explique que « en ce qui concerne les motifs d'exception prévus au § 2, il faut remarquer qu'il n'y a pas lieu de procéder à cette balance des intérêts lorsqu'une loi spécifique instaure une obligation de secret. Dans ce cas, l'exception n'est donc pas relative, mais absolue. L'obligation de refuser la publicité lorsque celle-ci porte atteinte au secret des délibérations du Gouvernement fédéral ou d'autres autorités responsables fédérales, est relative dans ce sens qu'il devra toujours être apprécié si et

¹⁰ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-28, p. 3.

¹¹ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64, p. 12, et 1^{er} septembre 2014, n° 2014-72.

¹² CADA fédérale, 11 juin 2012, avis n° 2012-42, sur la proposition de loi modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, p. 31. Voy. également les références citées par D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, pp. 320-323.

dans quelle mesure une délibération a un caractère secret »¹³. La cohérence de l'ensemble du raisonnement relatif aux exceptions laisse incontestablement à désirer. À la suite de l'exposé des motifs, l'avis de la section de législation du Conseil d'État fait néanmoins clairement apparaître qu'il existe des exceptions dont l'application n'appelle pas de mise en balance des intérêts¹⁴. Le débat n'est pas clos, et va d'ailleurs trouver ci-après diverses occasions pour être ravivé.

6. Les exceptions obligatoires absolues sont le plus souvent, dans les législations génériques, au nombre de trois. Elles concernent la protection de la vie privée (§ 1), les obligations de secret instaurées par la loi (§ 2) et le secret des délibérations du Gouvernement ou des entités auxquelles il est associé (§ 3).

Tous les législateurs n'ont cependant pas toujours procédé de la même façon. Le législateur fédéral prévoit ainsi une quatrième exception absolue, liée aux intérêts visés par la loi du 11 décembre 1998 : elle sera étudiée avec cette loi dans la section 4, § 2, du présent chapitre. Les législations spécifiques applicables aux autorités locales sont par contre muettes en la matière, se bornant à renvoyer aux textes régionaux et/ou fédéral. Le décret flamand est le seul à prévoir des exceptions nouvelles, imposant notamment un refus d'accès absolu pour les documents « établis uniquement pour l'action publique ou l'action d'une sanction administrative »¹⁵, ou pour les documents « établis uniquement pour l'application éventuelle de mesures disciplinaires, tant que la possibilité de prendre une mesure disciplinaire existe »¹⁶. Ces dernières ne seront cependant pas davantage abordées dans ce chapitre¹⁷.

§ 1. La protection de la vie privée

7. L'exception à la publicité fondée sur le respect de la vie privée est consacrée par toutes les législations¹⁸. Là où la loi fédérale et l'ordonnance bruxelloise renvoient à l'atteinte à la vie privée, « sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie », les décrets wallon et de la Communauté française mentionnent l'atteinte à la vie privée, « sauf les exceptions prévues par la loi ».

¹³ Exposé des motifs de la loi du 11 avril 1994, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 15 et 16.

¹⁴ Avis C.E. du 18 février 1993, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1992-1993, n° 1112/1, p. 36.

¹⁵ Voy. les avis de la CADA flamande n° 2008/41 du 28 avril 2008, n° 2009/89 du 15 juillet 2009, n° 2010/254 du 1^{er} octobre 2010, n° 2010/278 du 29 novembre 2010 et n° 2011/27 du 7 mars 2011.

¹⁶ Voy. l'art. 13, 4° à 6°, du décret flamand du 26 mars 2004.

¹⁷ Pour une étude détaillée de la publicité de l'administration en matière disciplinaire, voy. le titre 2, chapitre 3.

¹⁸ Voy. notamment l'art. 6, § 2, 1°, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 3, 1°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 6, § 2, 1°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 2, 1°, de l'ordonnance du 30 mars 1995 ; ainsi que D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 269-278 et pp. 326-337.

A. Un caractère absolu... plutôt relatif

8. Dans tous les cas, il s'agit d'une exception obligatoire et absolue. Le caractère absolu de cette exception est cependant nuancé par l'obligation pour l'autorité de démontrer que la publicité des informations concernées porterait effectivement atteinte à la vie privée¹⁹. Un simple « lien » avec la vie privée ne suffit pas²⁰. En pratique, la distinction entre un simple lien et une véritable atteinte paraît cependant subtile, et l'autorité dispose à cet égard d'une ample marge d'appréciation qui relativise fortement le caractère absolu de cette exception²¹.

Par ailleurs, dans un arrêt du 15 mai 2014²², le Conseil d'État a considéré, nonobstant le caractère en principe absolu de cette exception, qu'elle peut être invoquée « als de openbaarheid nadelig is voor het beschermde belang of *indien de schade aan het beschermde belang niet opweegt tegen de openbaarmaking* » (nous soulignons). Cette formulation semble devoir être interprétée comme une obligation prétorienne, et *contra legem*, de mise en balance des intérêts, même si elle tente sans doute de répondre aux aspirations inscrites à l'article 32 de la Constitution²³.

L'insertion « par la bande » d'une mise en balance des intérêts se retrouve également dans certains avis des CADA. Ainsi, dans une affaire où le demandeur sollicitait de l'administration fiscale l'accès au dossier de son épouse dont il était séparé de fait, de manière à pouvoir contester les prétentions de l'administration fiscale à son encontre, la CADA fédérale a considéré que « het recht op respect voor persoonlijke levenssfeer van de feitelijk gescheiden echtgenoot ondergeschikt is aan het fundamentele recht van de belastingplichtige om inlichtingen te verkrijgen over de belastingtoestand van de andere echtgenoot om hem in staat te stellen de elementen waarop de fiscale administratie zich steunt, te betwisten ». Rappelant les enseignements d'un précédent avis, la Commission ajoute que « de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wel terecht kan worden ingeroepen tegen de ex-echtgenote als de informatie van haar ex-echtgenoot geen invloed meer uitoefent op haar eigen belastingtoestand »²⁴. En

¹⁹ C.E., 15 mai 2014, *Verbruikersunie Test-Aankoop*, n° 227.394 ; CADA fédérale, 11 avril 2011, avis n° 2011-187, 9 mai 2011, n° 2011-262 et 12 novembre 2012, n° 2012-93.

²⁰ CADA fédérale, 12 juillet 2010, avis n° 2010-39 et 9 août 2010, avis n° 2010-45.

²¹ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 216 et 336.

²² C.E., 15 mai 2014, *Verbruikersunie Test-Aankoop*, n° 227.394. *Comp.* C.E., 27 mars 2012, *Vrije universiteit Brussel*, arrêt n° 218.666.

²³ Une formulation tout aussi maladroite figurait déjà dans l'arrêt du Conseil d'État n° 205.405 du 17 juin 2010, qui conclut que « la partie adverse a dès lors pu valablement considérer que l'intérêt de la publicité ne l'emportait pas sur la protection de la vie privée et de l'ordre public ». Voy. encore en ce sens l'avis 32/2008 de la Commission de Protection de la vie privée du 24 septembre 2008, p. 14, selon lequel le décret flamand précité du 26 mars 2004 (qui prévoit pourtant une exception obligatoire et absolue) n'offre « qu'un cadre pour permettre la pondération entre les intérêts concurrents qui sont liés à la protection de la vie privée et à la publicité de l'administration ». L'exigence du Conseil d'État ne nous paraît en effet compréhensible que dans la mesure où elle concerne un conflit à résoudre entre droits fondamentaux, lequel conflit pourrait alors prévaloir sur les dispositions légales, et emporter une balance entre les intérêts protégés par les droits fondamentaux concernés.

²⁴ CADA fédérale, 16 mars 2009, avis n° 2009-13.

pratique à nouveau, ce raisonnement revient à mettre en balance l'intérêt de la publicité (pour le demandeur) avec celui de la protection de la vie privée.

9. Une autre nuance au caractère absolu de cette exception consiste en l'obligation²⁵, pour l'autorité, de solliciter l'accord de la personne concernée par les informations. Cet accord doit être donné librement, sans pression, au cas par cas et de manière expresse. La personne concernée n'est astreinte à aucun délai endéans lequel elle peut donner cet accord²⁶. La demande d'autorisation ne peut pas mentionner qu'en l'absence de réponse, la personne concernée sera présumée donner son accord : cette autorisation ne saurait être implicite²⁷.

10. Le caractère absolu de l'exception liée au respect de la vie privée connaît encore une autre exception, lorsqu'il est possible d'anonymiser ou d'autrement « caviarder » les parties d'un document administratif dont la divulgation porterait atteinte à la vie privée²⁸. Ce principe s'analyse comme une application de l'article 6, § 4, de la loi du 11 avril 1994 et des dispositions similaires des autres législations, qui consacrent l'obligation de communication partielle des parties de documents qui ne peuvent pas être soustraites à la publicité.

11. Enfin – cela va de soi –, l'exception tirée du respect de la vie privée ne vaut pas pour les éléments de la vie privée *du demandeur* lui-même²⁹.

On notera que l'exception tirée de la protection de la vie privée ne peut être confondue avec l'intérêt que doit démontrer le demandeur à l'obtention d'un document à caractère personnel³⁰. Cet intérêt est une condition de recevabilité de la demande d'accès ; le fait que le demandeur présente l'intérêt requis ne signifie pas pour autant qu'un motif d'exception ne pourra pas, le cas échéant, lui être opposé³¹. Par ailleurs, le motif d'exception lié à la vie privée vaut tant pour les documents à caractère personnel que pour les autres documents administratifs³².

B. La notion de « vie privée »

12. Dans son avis 2012-8 du 13 février 2012, la CADA fédérale a invité à interpréter la notion de vie privée au regard de l'article 8 de la CEDH et de l'article 22 de la

²⁵ CADA fédérale, 10 septembre 2012, avis n° 2012-69.

²⁶ CADA fédérale, 10 septembre 2012, avis n° 2012-69 et 5 mai 2014, avis n° 2014-34.

²⁷ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-27 et 10 septembre 2012, avis n° 2012-69.

²⁸ CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-50 ; CADA wallonne, 5 février 2009, avis n° 2009-21, 26 mars 2010, n° 2010-27, 1^{er} juin 2010, n° 2010-29. Dans son avis n° 2011-61 du 25 mai 2011, la CADA de la CF a estimé que l'anonymisation ne permettrait pas d'éviter l'atteinte à la vie privée relevée. Voy. aussi C.E., 27 mars 2012, *Vrije universiteit Brussel*, arrêt n° 218.666.

²⁹ CADA fédérale, 13 juillet 2009, avis n° 2009-45, 13 juillet 2009, avis n° 2009-48, 14 novembre 2011, n° 2011-322, 13 février 2012, n° 2012-9, 13 février 2012, n° 2012-10, 13 février 2012, n° 2012-11, 13 août 2012, n° 2012-66.

³⁰ Voy. la contribution de L. Maniscalco dans cet ouvrage.

³¹ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-27, 11 mai 2009, n° 2009-36.

³² CADA fédérale, 31 mai 2010, avis n° 2010-33.

Constitution, telles que ces dispositions sont appliquées par les cours et tribunaux, les juridictions administratives, la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme³³.

Or le concept de vie privée au sens des dispositions précitées est une notion « évasive »³⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a même renoncé à l'ambition de définir la vie privée³⁵, préférant délimiter cette notion au moyen d'une liste non exhaustive et constamment actualisée des aspects qui en font partie. La vie privée recouvre ainsi l'intégrité physique et morale de la personne et peut englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, comme le nom, des éléments se rapportant au droit à l'image, l'orientation sexuelle, etc. En bref, cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement³⁶.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il serait trop restrictif de limiter la notion de vie privée à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle³⁷. En particulier, il n'y a pas de raison d'exclure par principe les activités professionnelles du champ d'application de l'article 8 CEDH. Les restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8 « lorsqu'elles se répercutent sur la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables »³⁸.

13. La jurisprudence des CADA sur cette question peut être assez équivoque. Ainsi, la CADA fédérale a-t-elle considéré que les actes posés et les opinions exprimées dans un cadre professionnel ne relèvent pas de la vie privée des personnes concernées, certainement lorsque celles-ci exercent une fonction publique dans la police³⁹ : « Het is daarbij onbelangrijk dat de openbaarmaking van die informatie eventueel nadeel zou kunnen berokkenen aan deze personen. Het vervullen van een publieke functie brengt immers met zich dat elementen van het publieke optreden niet worden geacht onder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer te vallen. In die zin kan de uitzonderingsgrond dan ook niet zomaar worden ingeroepen ». La CADA wallonne,

³³ « Deze uitzonderingsgrond kan niet enkel een grondslag vormen voor de bescherming van de identiteit van een persoon, ambtenaar of derde, maar strekt zich uit tot alle informatie die betrekking heeft op de persoonlijke levenssfeer zoals verankerd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 22 van de Grondwet, zoals geïnterpreteerd door de hoven en rechtbanken, de administratieve rechtscolleges, het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ».

³⁴ K. LEMMENS, « Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., p. 905.

³⁵ La Cour rappelle ainsi régulièrement que la notion de vie privée est une « notion large, non susceptible d'une définition exhaustive » (entre autres, Cour eur. D.H., *Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, § 30).

³⁶ Parmi d'autres, voy. Cour eur. D.H., *Flinkkilä c. Finlande*, 6 avril 2010, § 75.

³⁷ Parmi d'autres, voy. Cour eur. D.H., *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, § 53.

³⁸ Cour eur. D.H., *Fernández Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, § 110.

³⁹ CADA fédérale, 6 janvier 2014, avis n° 2014-10.

quant à elle, a estimé que le respect de la vie privée « inclut les avis, opinions mêmes relatifs à un cadre professionnel »⁴⁰.

14. Pour le surplus, la vie privée est un motif d'exception dont les autorités administratives font abondamment usage. La jurisprudence des CADA révèle une appréciation au cas par cas, sans généralisation, des données relevant ou non de la vie privée.

Ainsi, font l'objet d'une protection :

- l'identité de patients⁴¹ ;
- l'âge et le sexe de ces patients, uniquement dans la mesure où ces données permettent l'identification de personnes physiques⁴² ;
- de manière plus générale, l'identité de personnes, uniquement dans la mesure où la divulgation de cette information porterait atteinte à leur vie privée⁴³ ;
- des informations relatives à la santé des personnes⁴⁴ ;
- les revenus et les impôts payés⁴⁵ ;
- les traits de personnalité de candidats à une promotion dans la fonction publique⁴⁶ ;
- les points obtenus à un examen⁴⁷ ;
- certaines informations figurant dans un *curriculum vitae* (situation familiale, hobbies, etc.)⁴⁸ ;
- l'identité d'un plaignant dans le cadre d'une enquête fiscale⁴⁹. Dans cette affaire la CADA fédérale a considéré que le risque d'atteinte à la vie privée du plaignant était avéré, dès lors que les informations sollicitées devaient permettre au demandeur d'entamer une procédure pénale à l'encontre du plaignant. Ce faisant, la CADA relativise le principe selon lequel « le but auquel le demandeur d'accès destine l'information obtenue par la publicité de l'administration est indifférent par rapport à l'intérêt protégé »⁵⁰.

15. En revanche, les informations suivantes n'ont pas été considérées comme relevant de la vie privée :

- les cotations par l'autorité des réponses à des questions de connaissance posées à des candidats à une promotion dans la fonction publique⁵¹ ;

⁴⁰ CADA wallonne, 2 juin 2014, avis n° 2014-70.

⁴¹ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-33.

⁴² CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-33. Dans le même sens : CADA wallonne, 26 mars 2010, avis n° 2010-27.

⁴³ CADA fédérale, 17 novembre 2010, avis n° 2010-65, 10 janvier 2011, n° 2011-3.

⁴⁴ CADA de la CF, 23 novembre 2012, avis n° 2012-63.

⁴⁵ CADA fédérale, 28 juillet 2014, avis n° 2014-61.

⁴⁶ CADA fédérale, 11 janvier 2010, avis n° 2010-5, 8 février 2010, n°s 2010-9, 10 et 11.

⁴⁷ CADA de la CF, 25 mai 2011, avis n° 2011-61.

⁴⁸ CADA bruxelloise, 4 octobre 2007, avis n° 2007-30.

⁴⁹ CADA fédérale, 10 octobre 2011, avis n° 2011-314.

⁵⁰ C.E., 18 octobre 2006, *Jansen Frères*, arrêt n° 163.733. Voy. *infra*, chapitre 5 du titre 1, section 2, § 3.

⁵¹ CADA fédérale, 8 février 2010, avis n°s 2010-9, 10 et 11.

- les opinions exprimées par des témoins ou des protagonistes dans le cadre de l'inspection d'une plainte pour harcèlement⁵².

16. En vue d'apprécier si la divulgation de données porterait atteinte à la vie privée d'une personne, il convient de tenir compte des informations déjà publiques⁵³. Ainsi, ce motif d'exception ne peut être invoqué à l'égard de données dont le demandeur a déjà eu connaissance d'une autre manière⁵⁴.

Dans le même ordre d'idées, la CADA fédérale note que la notion de « respect de la vie privée » est « liée à la personne concrète : plus une personne divulgue d'informations en public moins elle peut invoquer la protection du respect de la vie privée »⁵⁵. Pour cette raison, une personne exerçant une fonction publique – comme un ombudsman⁵⁶ – bénéficiera d'une protection moins étendue pour les éléments de sa vie personnelle qui se rapportent à cette fonction qu'une personne exerçant une fonction dans le secteur privé⁵⁷.

C. Les bénéficiaires de la protection

17. La protection de la vie privée bénéficie-t-elle uniquement aux personnes physiques, ou s'étend-elle aussi aux personnes morales ? Avec d'autres auteurs⁵⁸, l'on peut penser qu'à tout le moins certains aspects du droit au respect de la vie privée devraient pouvoir être invoqués par des personnes morales, comme l'inviolabilité du domicile⁵⁹ ou le secret de la correspondance. La Cour constitutionnelle et, à sa suite, la cour d'appel de Bruxelles ont jugé en ce sens que le droit au respect de la vie privée bénéficie « dans une certaine mesure » aux personnes morales et « englobe la protection de leurs secrets d'affaires »⁶⁰. Tout récemment, la Cour de cassation a jugé que l'article 8 de la CEDH « implique aussi la protection du secret des affaires et s'applique aussi aux personnes morales »⁶¹. Cette formulation laisse entendre que le

⁵² CADA de la CF, 2 juillet 2014, avis n° 2014-67. *Contra* : CADA wallonne, 2 juin 2014, avis n° 2014-70.

⁵³ Comme un numéro de téléphone rendu public (CADA fédérale, 5 mai 2014, avis n° 2014-34).

⁵⁴ CADA fédérale, 11 avril 2011, avis n° 2011-183.

⁵⁵ CADA fédérale, 9 août 2010, avis n° 2010-45.

⁵⁶ CADA fédérale, 8 août 2011, avis n° 2011-299, 16 avril 2012, n° 2012-27 et 9 juillet 2012, n° 2012-50.

⁵⁷ CADA fédérale, 11 mai 2009, avis n° 2009-34.

⁵⁸ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, coll. R.P.D.B., 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 655 ; F. BELLEFLAMME, P.-O. DE BROUX, M. EL BERHOUMI, « III. Les titulaires des droits. 2^o. Les personnes morales de droit privé et de droit public », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 58-72.

⁵⁹ En ce sens, Cour eur. D.H., *Société Colas Est c. France*, 16 avril 2002, § 41.

⁶⁰ C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, *J.T.*, 2008, p. 432 ; Bruxelles, 30 juin 2010, *J.D.S.C.*, 2012, pp. 8-12 et obs. M. COIPEL, « Le droit à la vie privée des personnes morales et sa confrontation avec le principe du contradictoire », pp. 12-17.

⁶¹ Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, pp. 174-180, note E. DE LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir ».

secret d'affaires n'est qu'une composante (certes importante) de la vie privée des personnes morales⁶².

La Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs reconnu que l'exigence de protéger la sphère d'activité privée de toute personne, même morale, constitue un principe général du droit de l'Union⁶³.

Dans ce contexte, il est surprenant que la CADA fédérale⁶⁴, au contraire de la CADA wallonne⁶⁵, ait considéré que l'exception au droit d'accès tirée du respect de la vie privée ne s'applique qu'aux personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales. Il est vrai néanmoins qu'en ce qui concerne la CADA wallonne, la reconnaissance du droit au respect de la vie privée des personnes morales répond d'abord à la nécessité d'assurer la protection de leurs secrets d'affaires, lesquels ne font pas l'objet d'une exception explicite dans le décret du 30 mars 1995 (*cf. infra*, section 2, § 6).

§ 2. Les obligations de secret instaurées par la loi

18. La seconde catégorie transversale d'exceptions obligatoires absolues est celle des obligations de secret instaurées par la loi, visées à l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994. L'ensemble des législations fédérées prévoient une exception identique⁶⁶, pour les obligations de secret qu'elles seraient susceptibles de créer.

Le texte articule d'emblée, pour cette exception, la loi générique avec les législations spécifiques, en donnant primauté à ces dernières. Dès qu'une règle de confidentialité ou de secret est menacée par la publicité d'un document administratif, c'est cette règle qui s'impose : l'administration doit refuser l'accès au document demandé.

19. L'inventaire des « obligations de secret instaurées par la loi » serait particulièrement fastidieux à faire, d'autant qu'il devrait être constamment renouvelé⁶⁷. À titre d'exemple seulement, et pour bien montrer la vivacité de la matière, on peut signaler le secret auquel sont soumises les communications des commissaires réviseurs auprès des sociétés immobilières réglementées publiques⁶⁸ ; le secret imposé aux membres

⁶² M. COIPEL, *op. cit.*, p. 14.

⁶³ C.J.U.E., 21 septembre 1989, aff. jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst c. Commission*.

⁶⁴ CADA fédérale, 11 avril 2011, avis n° 2011-181 et 13 août 2012, n° 2012-62.

⁶⁵ CADA wallonne, 5 mars 2009, avis n° 2009-22, 16 avril 2009, n° 2009-23, 3 décembre 2010, n° 2010-32, 30 janvier 2013, n° 2013-53 (où la CADA renvoyant à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007, n° 118/2007, voit dans la protection du secret des affaires des personnes morales un principe général de droit), et 6 janvier 2014, n° 2014-51.

⁶⁶ À l'exception des textes spécifiques applicables aux pouvoirs locaux. Voy. notamment l'art. 6, § 3, 2°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 6, § 2, 2°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 2, 2°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

⁶⁷ Voy., pour un premier aperçu, les obligations de secret énoncées par D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁸ Art. 60, § 1^{er}, *in fine*, de la loi du 12 mai 2014 relative aux sociétés immobilières réglementées, *M.B.*, 30 juin 2014.

des nouvelles commissions de nomination des huissiers de justice⁶⁹ ; ou la possibilité réservée au Roi de préciser l'étendue de l'obligation de secret professionnel pour toutes les personnes qui prennent connaissance de données contenues dans la nouvelle « Banque de données nationale générale »⁷⁰. Ces obligations de secret ont toutes été instaurées depuis le début de l'année 2014.

Dès qu'une obligation de confidentialité ou de secret est prévue par une loi particulière, et que cette obligation s'applique à un document administratif, il nous semble qu'elle doit tomber sous le champ d'application de l'article 6, § 2, 2°, précité (ou des dispositions fédérées équivalentes). Et ce même si aucune référence expresse n'a été faite à cette disposition lors de l'élaboration de la loi. Ni la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État, ni la jurisprudence des Hautes juridictions ou des CADA ne semblent connaître de difficultés avec cette association⁷¹. Pour l'application de la législation relative aux marchés publics, cependant, il est rare que l'article 6, § 2, 2°, soit invoqué, sans qu'il y ait à cet égard d'explication convaincante⁷². Éric Thibaut confirme en effet, dans le présent ouvrage, que le droit commun de la publicité s'applique en matière de marchés publics, et l'articulation des deux régimes répond sans aucun doute à la règle visée à l'article 6, § 2, 2°.

20. L'application de cette exception requiert deux conditions, cumulatives : la première est de type formel, la seconde est matérielle.

A. Une condition d'application formelle : un texte législatif

21. L'obligation de secret doit tout d'abord être « instaurée par la loi ». Il s'agit bien d'une exigence formelle : l'obligation de secret doit être inscrite dans une loi fédérale, un décret ou une ordonnance⁷³.

⁶⁹ Art. 515, § 6 nouveau, du Code judiciaire, tel qu'inséré par la loi du 7 janvier 2014, *M.B.*, 22 janvier 2014.

⁷⁰ Art. 44/11/12, § 2, d), de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, tel qu'inséré par la loi du 18 mars 2014, *M.B.*, 28 mars 2014.

⁷¹ Voy., de manière non exhaustive : C.E., 21 octobre 2013, *commune de Schaerbeek*, arrêt n° 225.162 ; CADA fédérale, 31 mars 2014, avis n° 2014-27, 30 septembre 2013, n° 2013-48, 29 juillet 2013, n° 2013-28, 12 décembre 2011, n° 2011-336 et 31 août 2009, n° 2009-58 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 207 ; C.E., 7 mars 2003, *Lejeune*, arrêt n° 116.752 ; et son commentaire par F. SCHRAM, « De verhouding tussen de toegang tot de registers en akten van de burgerlijke stand en het algemeen openbaarheidsregime : eindelijk duidelijkheid ? », *T. Gem.*, 2003, p. 184.

⁷² Voy. le recensement des avis des CADA en matière de marchés publics, réalisé dans la contribution d'Eric Thibaut à cet ouvrage, aux nos 16 à 19. La constatation s'étend parfois à d'autres cas, lorsque les CADA invoquent plutôt le principe selon lequel la loi particulière prime sur la loi générale (voy. par exemple CADA de la CF, 25 mai 2011, avis n° 2011-61). Ce détournement nous paraît cependant inutile et, surtout, moins propre à assurer la sécurité juridique (la portée du secret et de l'exception à la publicité qu'il constitue est en effet rarement développée dans les lois particulières).

⁷³ Voy. en dernier lieu CADA fédérale, 1^{er} septembre 2014, avis n° 2014-70, p. 10.

Une obligation de secret fixée dans un arrêté royal ne satisfait pas à cette exigence⁷⁴ ; et pas davantage si elle est prévue par un règlement d'ordre intérieur⁷⁵. De même, « les obligations de discrétion fixées par arrêté ou insérées dans un Code de déontologie, ne répondent pas à cette condition »⁷⁶.

Le principe de l'inviolabilité de la personne du Roi a également été invoqué, pour justifier le refus d'accès à un projet d'arrêté royal. Si le recours à ce principe était manifestement fantaisiste dans le cas d'espèce, et a été très logiquement rejeté par la CADA fédérale⁷⁷, il pose néanmoins la question de la combinaison du présent motif d'exception avec un principe général de droit ou une coutume qui prévoirait une obligation de secret⁷⁸. En l'absence de toute autre norme législative, et pour autant que le principe ou la coutume ait une valeur hiérarchique équivalente, nous n'y voyons pas d'obstacles.

B. Une condition d'application matérielle : un lien concret et pertinent avec le document demandé

22. En toute hypothèse, le recours à l'obligation de secret instaurée par la loi exige de démontrer de manière concrète et pertinente le lien de cette obligation avec le document qui fait l'objet de la demande d'accès⁷⁹. Il faut interroger le sens du secret imposé pour s'assurer qu'il vise la bonne situation, les bonnes personnes ou les bons documents (voire partie(s) de document) : il faut « tenir compte du but visé par une disposition relative à l'obligation de secret et du fait que la disposition relative à l'obligation de secret ne s'applique que dans la mesure où il est porté atteinte à la finalité pour laquelle cette disposition relative à l'obligation de secret a été créée »⁸⁰. Ou, autrement dit encore, « il s'agit de définir qui est lié par cette obligation et à qui elle peut être opposée »⁸¹, et à quel document elle doit s'appliquer.

Ainsi, après l'analyse de la législation imposant des mesures de confidentialité à la Commission pour la régulation de l'électricité et du gaz (CREG), la CADA fédérale a considéré que la loi en question ne permettait à la CREG de refuser l'accès à l'un de ses rapports que dans la seule mesure où celui-ci contenait des informations commerciales sensibles et confidentielles, ou des données personnelles confidentielles⁸². L'obligation de secret ne peut donc jamais être invoquée de manière abstraite, mais

⁷⁴ CADA fédérale, 8 juillet 2013, avis n° 2013-20, p. 4.

⁷⁵ CADA fédérale, 12 novembre 2012, avis n° 2012-92, p. 6.

⁷⁶ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64, p. 14.

⁷⁷ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-37.

⁷⁸ On pense par exemple à la règle selon laquelle « nul ne peut découvrir la couronne ». Voy. en ce sens D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 355 et s.

⁷⁹ CADA fédérale, 12 décembre 2011, avis n° 2011-336, 13 août 2012, n° 2012-55, p. 11, 13 août 2012, n° 2012-64, p. 14, 30 juin 2014, n° 2014-53 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 207-209.

⁸⁰ CADA fédérale, 1^{er} septembre 2014, avis n° 2014-70, p. 10.

⁸¹ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, p. 209.

⁸² CADA fédérale, 31 mars 2014, avis n° 2014-27.

doit chaque fois être soigneusement circonscrite et limitée aux intérêts ou aux objectifs poursuivis par son adoption.

De même, une jurisprudence abondante de la CADA fédérale, puis du Conseil d'État, a consisté à écarter le secret de l'information et/ou de l'instruction judiciaire, comme motif de refus d'accès, lorsque ce secret était invoqué par l'administration fiscale. Dès lors que les fonctionnaires de l'Inspection spéciale des impôts ne participent pas à cette information ou à cette instruction, ils ne sont pas tenus par le secret de celles-ci⁸³.

23. L'analyse circonstanciée qui est exigée conduit régulièrement à écarter les obligations de secret imposées aux *membres d'une autorité administrative* ou relatives aux documents produits par cette autorité. Le secret professionnel des membres d'une autorité administrative est en effet régulièrement organisé par la loi. Mais pour pouvoir l'invoquer comme exception à la publicité, il faut savoir pourquoi il a été instauré.

En matière fiscale⁸⁴, une jurisprudence constante considère que le secret professionnel vise à protéger les intérêts du contribuable. Le Conseil d'État comme les CADA en déduisent assez justement que ce secret n'est par conséquent pas invocable à l'encontre du contribuable qui entend prendre connaissance de son propre dossier, voire même du contenu d'autres dossiers susceptibles d'avoir une influence sur sa situation fiscale⁸⁵.

Une autre difficulté émerge lorsque, au sein d'une autorité administrative, tous les membres de celle-ci sont soumis à une obligation de secret professionnel. Selon la CADA fédérale, un tel secret pourrait être sans effet sur l'obligation de publicité qui pèse sur l'administration : « une obligation de secret individuelle ne peut pas être invoquée pour refuser la publicité lorsqu'une organisation est tenue d'accepter la publicité en vertu de l'article 32 de la Constitution et de la loi du 11 avril 1994. La Commission estime par conséquent que, par le biais de l'article 6, § 2, 2°, l'obligation de secret imposée aux membres de la Sûreté de l'État ne peut pas être invoquée comme motif de refus de la publicité »⁸⁶. De même, dans un arrêt récent, le Conseil d'État a écarté le secret professionnel des agents du SPF Finances invoqué à l'encontre d'une commune, au motif que « l'autorité compétente n'a pas examiné si,

⁸³ Voy. l'écrasante majorité des 336 avis rendus par la CADA fédérale durant l'année 2011, ainsi que les arrêts C.E., 13 septembre 2011, n°s 215.115 à 215.120 ; 20 septembre 2011, n° 215.251 ; 27 septembre 2011, n° 215.355 ; 30 septembre 2011, n° 215.475 ; 4 octobre 2011, n°s 215.544 à 215.546 ; 5 octobre 2011, n°s 215.560 à 215.562. En sens contraire, à première vue, voy. CADA fédérale, 2 juin 2014, avis n° 2014-47.

⁸⁴ Voy. sur cette question la contribution de Françoise Baltus dans le présent ouvrage, titre 2, chapitre 4.

⁸⁵ CADA fédérale, 16 mars 2009, avis n° 2009-13, 10 août 2009, n° 2009-52, 31 août 2009, n° 2009-58, 19 mars 2012, n° 2012-20 et 10 septembre 2012, n° 2012-69, p. 6, 10 septembre 2012, n° 2012-80, 6 janvier 2014, n° 2014-9, 2 juin 2014, n°s 2014-44, 50 et 51, 28 juillet 2014, n° 2014-61 ; CADA flamande, décision n° 2011/60 du 19 avril 2011 ; C.E., 20 mars 2006, *BVBA S.L.A. Trading Company*, arrêt n° 156.628.

⁸⁶ CADA fédérale, avis n° 2012-28 du 16 avril 2012, p. 5. Voy. aussi CADA fédérale, avis n° 2014-70 du 1^{er} septembre 2014, p. 10 ; et *comp.* D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, p. 208.

indépendamment des obligations de chacun de ses agents, la loi imposait un tel secret à l'administration elle-même à l'égard de toute personne, fût-elle directement intéressée à la dette d'impôt, comme l'est, en l'espèce, la commune créancière de centimes additionnels à l'impôt en cause »⁸⁷.

Cette position n'est cependant pas constante : nombre d'autres situations comparables ont conduit la CADA fédérale à admettre le secret professionnel des membres d'une institution comme motif d'exception, en combinaison avec l'article 6, § 2, 2°, de la loi fédérale⁸⁸. Pour s'assurer de l'invocabilité de cette exception, il faut donc analyser, au cas par cas, l'étendue et la portée plus ou moins générale de l'obligation de secret par rapport à l'institution (pour la Sûreté de l'État, il s'agit de plusieurs centaines de membres, tenus à une obligation de secret extrêmement générale), le lien entre le secret imposé et les activités de l'institution, voire la mesure dans laquelle la publicité porte atteinte à cette obligation de secret⁸⁹.

24. Lorsque l'obligation de secret est imposée à des *tiers extérieurs à l'administration* ou lorsqu'elle concerne des documents émanant de ces tiers, l'exigence d'un examen circonstancié ne disparaît certes pas, mais elle prête moins à discussions. En effet, le document demandé est généralement en lien direct avec l'obligation de secret. L'autorité administrative dispose de l'information, mais elle n'en est pas l'auteur.

En réalité, ce sont deux autres difficultés qui apparaissent alors. Tout d'abord, la protection spéciale instaurée par la loi est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres exceptions génériques. Le secret des affaires (voy. *infra*, section 2, § 6) en constitue un bon exemple, puisqu'il est spécialement protégé par la législation relative aux marchés publics⁹⁰. En tant qu'il est prévu par cette législation, il constitue une exception obligatoire absolue ; alors que, dans les législations génériques, il n'est qu'une exception obligatoire relative. La différence n'est pas anodine, et l'article 6, § 2, 2°, de la loi fédérale fait primer l'exception absolue, la plus préjudiciable à la publicité. La différence de traitement selon que les secrets d'affaires sont détenus par l'administration dans le cadre d'un marché public ou dans un autre cadre est manifeste, et il n'est pas certain qu'elle puisse résister à un contrôle de constitutionnalité. L'administration qui recourt à ce type d'exceptions ambivalentes devrait donc, pour parer à toute éventualité, réaliser la balance des intérêts prévue pour les exceptions relatives.

⁸⁷ C.E., 21 octobre 2013, *commune de Schaerbeek*, arrêt n° 225.162. *Comp.* aussi avec CADA flamande, décision n° 2009/137-138 du 18 novembre 2009.

⁸⁸ Pour la Commission des jeux de hasard, par exemple : CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-55, p. 11 ; pour l'Institut des réviseurs d'entreprise : CADA fédérale, 12 novembre 2012, avis n° 2012-92 ; pour l'Autorité pour les services et marchés financiers (FSMA) : CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-48 ; pour le Service de contrôle des mutualités : CADA fédérale, 31 mars 2014, avis n° 2014-29.

⁸⁹ Dans son avis précité n° 2012-92 du 12 novembre 2012, la CADA fédérale dispose que : « niet de geheimhoudingsbepaling op zich wordt beschermd, maar enkel informatie in de mate de openbaarmaking ervan schade toebrengt aan die geheimhoudingsbepaling. Het invoeren ervan moet in concreto en op pertinente wijze worden gemotiveerd ». Voy. aussi CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-48.

⁹⁰ Voy. notamment l'art. 11 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007.

Une seconde difficulté est liée au secret professionnel d'un certain nombre de professions dites libérales, en particulier celui des avocats. Dans ses rapport annuels, la CADA fédérale a déjà soulevé à plusieurs reprises la question : « le hasard qu'une administration ait ou non un service juridique propre ou qu'elle fasse appel à un avocat externe, ne peut pas avoir pour conséquence que le droit d'accès aux documents administratifs, qui a un statut constitutionnel, en dépende si le sujet porte sur un conseil stratégique ou une explication juridique, pour autant qu'elle ne soit pas relative à une procédure en cours »⁹¹. Or, le Conseil d'État a statué en sens contraire⁹², ce qui a poussé déjà certains parlementaires à demander de restreindre la portée de cette exception à l'égard du secret professionnel des avocats⁹³. La CADA fédérale, manifestement opposée à l'interprétation retenue par le Conseil d'État, estime que la question met en réalité en balance les droits fondamentaux protégés par la règle du secret professionnel avec le droit à la publicité, qui n'en est pas moins fondamental. L'équilibre à rechercher entre les droits fondamentaux impose en effet, à juste titre selon nous, que les obligations de secret ne puissent servir aux potentielles dérives dénoncées par la CADA fédérale.

§ 3. Le secret des délibérations du Gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée

25. La troisième exception qui présente un caractère absolu est celle relative au secret des délibérations du Gouvernement ainsi que des autorités qui en dépendent ou auxquelles il est associé⁹⁴. Cette exception est prévue par toutes les législations générales, à l'exception de celles relatives aux pouvoirs locaux⁹⁵.

26. L'objectif poursuivi par le législateur en prévoyant cette exception est « d'éviter que la discussion politique ne soit paralysée »⁹⁶ par la crainte de divulgation des opinions et prises de position des parties impliquées dans le processus de décision.

Toutefois, il appartient à l'autorité administrative de vérifier, de manière concrète, dans quelle mesure une délibération présente un caractère secret. Dans cette perspective, selon l'exposé des motifs, « on ne peut supposer secrète une délibération qui a

⁹¹ Rapport d'activités 2013 de la CADA fédérale, p. 12. Voy. également le rapport d'activités 2012 de la CADA fédérale, pp. 15-16.

⁹² C.E., 15 avril 2010, *commune de Lochristi*, arrêt n° 202.966.

⁹³ Proposition de loi modifiant, en ce qui concerne le secret professionnel, la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *Doc. parl.*, Chambre, session 2012-2013, n° 53-2764/1.

⁹⁴ C.E., 8 janvier 2004, *Barbé*, arrêt n° 126.943 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 362-366 et p. 397.

⁹⁵ Voy. notamment l'art. 6, § 2, 3°, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 2, 3°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 6, § 3, 3°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 10, § 2, 3°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

⁹⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 18.

fait l'objet d'une publicité (communication aux chambres, conférence de presse, etc.). Il est aussi possible qu'un document déterminé ne puisse pas être rendu public à un moment déterminé, parce que cela porterait atteinte au caractère secret d'une délibération, tandis que ceci n'est plus le cas à un moment ultérieur, ce qui implique que l'objection à la publicité tombe. Il est donc nécessaire de procéder à une appréciation concrète »⁹⁷. Une telle appréciation tempère le caractère absolu de cette exception, et laisse même entendre que les délibérations gouvernementales ne peuvent être secrètes par nature.

En ce sens également, des documents qui n'ont pas été communiqués à l'organe délibératif, ou des documents qui ont été rendus publics ou sont régulièrement communiqués, ne peuvent pas être protégés par le caractère secret des délibérations⁹⁸.

27. Le secret des délibérations doit porter sur une *discussion confidentielle*, un *point de vue personnel*⁹⁹.

Ainsi, cette exception vise les points de vue, avis et argumentations tenus ou exprimés à titre personnel, par chacune des parties prenantes à la décision¹⁰⁰. Dès lors, elle ne pourrait être invoquée pour refuser l'accès au résultat d'un processus de décision, ni aux documents préparatoires rédigés à l'appui de ce dernier¹⁰¹.

En ce sens, « le mot « délibérations » doit être compris dans un sens immatériel. En d'autres termes, un document ou une partie d'un document est soustrait à la publicité s'il apparaît, après la mise en balance, que sa lecture rend reconnaissable le contenu de la discussion tenue lors d'une délibération, alors qu'il s'agissait d'une discussion confidentielle »¹⁰². À noter que la *mise en balance* ici évoquée participe au flou entretenu dans les travaux préparatoires, mais qu'elle n'est pas exigée par la lettre des législations génériques ni mise en œuvre par les autorités administratives ou par les CADA¹⁰³.

28. Comme pour toutes les exceptions, on l'a dit, il revient à l'autorité administrative de motiver la non-divulgateion de ce document de manière concrète et pertinente. Ce motif de refus d'accès ne doit par ailleurs être invoqué que si le secret des délibérations est réellement susceptible d'être compromis. Cet examen doit se faire au cas par cas¹⁰⁴.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁹⁸ C.E., 14 juillet 2014, *Raeymaekers*, arrêt n° 228.066.

⁹⁹ CADA fédérale, 9 juillet 2012, avis n° 2012-52.

¹⁰⁰ CADA fédérale, 10 septembre 2012, avis n° 2012-72.

¹⁰¹ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-33. Voy. également CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n°s 2013-37, 2013-38 et 2013-39 ; CADA bruxelloise, 22 avril 2010, avis n° 2010-41.

¹⁰² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 18-19.

¹⁰³ Voy. par exemple CADA bruxelloise, 22 avril 2010, avis n° 2010-41, qui estime que « cette exception ne nécessite pas de *mise en balance* entre l'intérêt de la publicité et le principe du secret des délibérations du Gouvernement ».

¹⁰⁴ C.E., 14 juillet 2014, *Raeymaekers*, arrêt n° 228.066 ; CADA fédérale, 3 juin 2013, avis n° 2013-13 et 14 février 2011, avis n° 2011-7.

Ainsi, il a été estimé que :

- « Une information n'entrant pas dans la définition d'un motif d'exception doit être divulguée. Les procès-verbaux de réunions relèvent de cette catégorie. Il y a toutefois lieu de signaler que dans la mesure où les procès-verbaux contiennent des points de vue personnels, ceux-ci ne peuvent pas être divulgués sur la base de l'article 6, § 2, 3^o de la loi »¹⁰⁵.
- Il n'est pas démontré concrètement en quoi la communication de l'assurance crédit accordée par l'Office du Ducroire à une entreprise, qui en a fait la demande pour des opérations industrielles à mener en Russie, contiendrait des opinions ou avis individuels au sens de l'article 6, § 2, 3^o, de la loi du 11 avril 1994¹⁰⁶.
- Les procès-verbaux du groupe de travail du Comité de Concertation tombent sous cette exception si le secret des délibérations l'emporte sur le droit d'accès, mais pas les conclusions prises par ce même Comité de Concertation¹⁰⁷. Il en va de même des procès-verbaux d'une réunion inter-cabinet, ou de la note au Gouvernement déposée par la ministre compétente¹⁰⁸.
- Les points de vue personnels adoptés par les membres du Comité de direction de l'ONSS pendant la réunion et établissant le classement ne peuvent être divulgués¹⁰⁹.
- Certaines informations doivent être retirées des notes du secrétaire en tant qu'elles constituent le procès-verbal des travaux de la commission de sélection du SELOR, lorsque celles-ci concernent les différents points de vue adoptés par les membres de la commission de sélection¹¹⁰.
- « Les communications internes et les messages échangés entre le cabinet du ministre et l'administration sont des documents qui sont couverts par le secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif régional et qui figurent au nombre des documents que l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration permet de soustraire à la publicité »¹¹¹.

29. Pour finir, il faut encore signaler qu'une des rares difficultés en la matière consiste à distinguer cette exception obligatoire absolue avec une autre exception, facultative celle-là, relative aux documents inachevés et incomplets. C'est l'état et l'objet du document qui nous semble devoir être le critère déterminant sur ce point. Dès lors qu'un document est à l'état de projet, qu'il est encore susceptible de modifications, notamment lors d'une délibération, il pourrait relever de l'exception facultative

¹⁰⁵ CADA fédérale, 9 août 2010, avis n° 2010-45.

¹⁰⁶ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-33.

¹⁰⁷ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-71.

¹⁰⁸ CADA bruxelloise, 22 avril 2010, avis n° 2010-41.

¹⁰⁹ CADA fédérale, 11 avril 2011, avis n° 2011-187.

¹¹⁰ CADA fédérale, 3 juin 2013, avis n° 2013-13.

¹¹¹ C.E., 24 avril 2013, *Commune d'Auderghem*, arrêt n° 223.260.

examinée ci-après (*infra*, section 3, § 1)¹¹². Dès qu'il rend compte des discussions et des opinions exprimées lors de la délibération, il relève de la présente exception. À notre estime, les deux exceptions ne se recourent donc pas.

Section 2

Les exceptions obligatoires relatives

30. Sont visées ici les exceptions dites *obligatoires et relatives*, dont toutes les législations ont prévu que le rejet de la demande d'accès à un document administratif s'imposait dès que l'intérêt de la publicité ne l'emportait pas sur l'un des intérêts énoncés ci-après. Il s'agit donc, pour ces exceptions, et en principe, de procéder à chaque fois à une balance entre les intérêts protégés. Cet exercice implique, en pratique, une obligation de motivation renforcée pour les autorités administratives.

31. Les exceptions obligatoires relatives à la publicité sont le plus souvent au nombre de huit : la sécurité de la population (§ 1), la protection des droits fondamentaux (§ 2), les relations internationales (§ 3), l'ordre public, la sûreté et la défense nationale (§ 4), la recherche ou la poursuite de faits punissables (§ 5), un intérêt économique ou financier (§ 6), les secrets d'affaires (§ 7) et l'anonymat d'un dénonciateur (§ 8).

Pour ces exceptions également, il y a cependant lieu de signaler d'emblée certaines nuances dans les textes fédérés. De manière générale, en effet, toutes ces exceptions ont une portée facultative dans le décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 : après la mise en balance des intérêts, si l'intérêt protégé l'emporte sur la publicité, l'autorité « *peut* refuser d'accéder à une demande » (nous soulignons). Dans la plupart des textes fédérés, par ailleurs, l'une ou l'autre de ces exceptions n'est pas reprise (notamment pour des motifs tenant à la répartition des compétences). Cette absence, que nous signalerons, ne doit cependant pas poser problème, dès lors que les exceptions fédérales sont toutes invocables par les autorités administratives « non fédérales ». Comme pour les exceptions absolues enfin, le décret flamand est le seul à avoir prévu de nouveaux motifs d'exceptions relatives, à savoir « la procédure d'un procès civil ou administratif et la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement »¹¹³ et « le caractère confidentiel de l'action d'une instance dans la mesure où ce caractère confidentiel est nécessaire à

¹¹² C'est en ce sens en tout cas que nous interprétons l'avis plutôt obscur rendu par la CADA wallonne (28 octobre 2011, avis n° 2011-36), selon lequel « il convient de ne pas confondre documents inachevés et documents préparatoires à la décision, lesquels ne sont pas couverts par l'exception tirée de l'article 6, § 2, 3°, du décret du 30 mars 1995 précité dès lors qu'ils n'appellent plus de modifications ».

¹¹³ Voy. *infra*, section 4, § 5 ; ainsi que, à titre d'exemple, CADA flamande, 12 avril 2011, avis n° 2011/45.

l'exercice du maintien administratif, la réalisation d'un audit interne ou la prise de décision politique »¹¹⁴.

§ 1. La sécurité de la population

32. « La sécurité de la population » forme le premier motif d'exception visé tant dans la législation fédérale que dans les législations fédérées¹¹⁵. La formulation y est scrupuleusement identique. La plupart de ces textes (à l'exception de la Communauté française, on l'a dit) envisage la sécurité de la population comme une exception *obligatoire relative*.

À l'instar de celle visant « l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales » (voy. *infra*, § 4), l'exception relative à la sécurité de la population a trait à la préservation de la sécurité au sens large.

L'exception relative à la sécurité de la population n'est que rarement invoquée par les autorités publiques pour justifier un refus d'accès à des documents administratifs. Force est de constater, du reste, que, lorsqu'elle l'est – et ça n'a été le cas qu'une seule fois depuis 2009, devant la CADA fédérale –, c'est en appui à l'exception relative à « l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales »¹¹⁶.

La CADA fédérale adopte, face à ces exceptions, le raisonnement qui veut que la décision de refus soit motivée *in concreto* et fasse l'objet d'une balance des intérêts (*cf. infra*, § 4).

§ 2. Les libertés et les droits fondamentaux des administrés

33. L'accès aux documents administratifs est, on le sait, un droit fondamental garanti par l'article 32 de la Constitution¹¹⁷. Ce droit est cependant susceptible d'entrer en conflit avec d'autres libertés. L'exception au droit d'accès tirée des « libertés et aux droits fondamentaux des administrés » est ainsi consacrée, dans les mêmes termes, par toutes les législations¹¹⁸. Il s'agit d'une exception *obligatoire et relative*.

¹¹⁴ Voy. par exemple CADA flamande, 11 avril 2011, avis n° 2011/54 (exception admise) et 4 avril 2011, n° 2011/47 (exception rejetée).

¹¹⁵ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 1^o, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 1^o, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 1^{er}, 1^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

¹¹⁶ CADA fédérale, 12 septembre 2011, avis n° 2011-305, à propos de la publicité à donner à un avis fourni dans le cadre d'une décision négative relative à des permissions de sortie de prison.

¹¹⁷ C.E., 10 janvier 2013, *Verbruikersunie Test-Aankoop*, arrêt n° 221.961 ; C.E., 15 mai 2014, *Verbruikersunie Test-Aankoop*, arrêt n° 227.394 ; C.E., 17 juin 2010, *SPRL Cubalidge*, arrêt n° 205.403.

¹¹⁸ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 2^o, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 6, § 1^{er}, 2^o, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 10, § 1^{er}, 2^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

Le caractère relatif de cette exception la distingue notamment de l'exception tirée de la protection de la vie privée, avec laquelle elle est souvent combinée en pratique¹¹⁹. Outre cette portée différente des deux exceptions, la CADA fédérale a relevé de manière générale que « la protection de la vie privée a fait l'objet d'un examen distinct par rapport à la protection des autres droits et libertés. Par conséquent, l'article 6, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 11 avril 1994 [protection des droits fondamentaux] ne peut être invoqué pour refuser la publication d'informations dans un document administratif dont la publication porte atteinte à la protection de la vie privée »¹²⁰. La CADA wallonne ne semble cependant pas partager cette conception exclusive des deux exceptions¹²¹.

34. L'exception tirée du respect des droits fondamentaux des administrés est peu appliquée en pratique, vraisemblablement parce que d'autres exceptions, plus précises et mieux maîtrisées, peuvent souvent lui être préférées. Elle semble en réalité avoir une portée subsidiaire par rapport aux autres exceptions protégeant spécifiquement certains droits fondamentaux (la vie privée ou, en matière de droit d'auteur, la propriété privée)¹²².

Cette exception est cependant quelquefois citée en rapport avec les droits de la défense¹²³, dans le contexte de demandes d'accès liées à des procédures pendantes ou à tenter (voy. *infra*, section 4, § 5).

Il n'est en effet pas rare qu'un administré sollicite l'accès à des documents administratifs en vue d'apprécier l'opportunité d'entamer une démarche contentieuse. Dans ce cadre, l'administration peut être amenée à refuser l'accès à des documents comprenant, par exemple, des secrets d'affaires. En revanche, la raison pour laquelle une personne souhaite avoir accès aux documents administratifs et ce qu'elle entend en faire une fois ceux-ci obtenus (par exemple, tenter une procédure contentieuse à l'encontre de l'autorité concernée) ne peut en principe pas influencer la réponse apportée à sa demande d'accès¹²⁴. En outre, on ne saurait déduire de la circonstance qu'un document porte sur un litige qui est pendant devant une juridiction que les lois sur la transparence administrative ne seraient pas applicables¹²⁵. La communication de tels documents n'empêche pas de violation des droits de la défense des parties à ce litige¹²⁶, ni de violation de leur droit d'accès à un juge¹²⁷.

¹¹⁹ CADA fédérale, 9 janvier 2012, avis n° 2012-1, 13 août 2012, n° 2012-64, 10 septembre 2012, n° 2012-69 ; CADA wallonne, 2 juin 2014, avis n° 2014-70.

¹²⁰ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64.

¹²¹ CADA wallonne, 2 juin 2014, avis n° 2014-70. Dans cet avis, la Commission a appliqué de manière cumulative les deux exceptions. Voy. égal. D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 219, qui notaient à l'époque que « la jurisprudence ne témoigne pas, à notre connaissance, de décisions qui impliqueraient une hiérarchie dans la mise en œuvre des exceptions ».

¹²² D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 352.

¹²³ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, pp. 278-284.

¹²⁴ CADA fédérale, 9 novembre 2009, avis n° 2009-85 ; C.E., 18 octobre 2006, *Jansen Frères*, arrêt n° 163.733.

¹²⁵ CADA fédérale, 9 novembre 2009, avis n° 2009-85.

¹²⁶ CADA fédérale, 13 juillet 2009, avis n° 2009-42.

¹²⁷ CADA fédérale, 10 septembre 2012, avis n° 2012-69.

Une fois entamée la phase contentieuse, le justiciable concerné par celle-ci doit en principe avoir accès au dossier de l'administration. Ceci se justifie moins par le principe de publicité de l'administration que par le respect des droits de la défense (du demandeur) et, plus précisément, du contradictoire¹²⁸. C'est généralement la juridiction concernée qui devra juger si, dans le cadre de la solution du litige, le document administratif concerné est nécessaire pour se prononcer et, le cas échéant, ordonner son dépôt¹²⁹. Les documents administratifs qui doivent être communiqués à ce stade contentieux ne se confondent pas nécessairement avec ceux auxquels l'administré peut avoir accès en vertu des législations sur la publicité passive : il est possible que la phase contentieuse aboutisse à la production de documents qui ne pourraient pas être obtenus au nom de la transparence administrative¹³⁰.

35. L'exception au droit d'accès relative aux droits fondamentaux protège les intérêts privés des administrés, de sorte que l'autorité qui souhaite s'en prévaloir doit démontrer une atteinte directe aux droits de ces administrés, par exemple à leur droit à la santé¹³¹. Le SPF Santé publique a tenté à plusieurs reprises, en vain, de se prévaloir du droit à la santé en vue de refuser l'accès à certains documents¹³².

Dans un avis n° 2014/70 du 2 juin 2014, la CADA wallonne a fait application de cette exception, en combinaison avec celle relative au respect de la vie privée, en vue de protéger la liberté d'expression et d'opinion de personnes auditionnées dans le cadre d'une enquête de l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH). La Commission a considéré que la confidentialité des procès-verbaux des auditions « relève des droits fondamentaux des personnes auditionnées, en particulier de la liberté d'expression et de la liberté d'opinion (qui incluent le droit de communiquer son opinion à titre confidentiel), ainsi que du respect de la vie privée (qui inclut les avis, opinions mêmes relatifs à un cadre professionnel) ». La Commission a enfin estimé que l'intérêt de la publicité ne l'emportait pas sur les droits fondamentaux protégés.

§ 3. Les relations internationales et diplomatiques

36. La loi du 11 avril 1994 prévoit qu'une demande de consultation ou de copie d'un document administratif doit être rejetée lorsque l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection des relations internationales de la Belgique¹³³. L'exposé des motifs de la loi précise, à propos de cette exception, que « la protection des relations internationales fédérales par exemple peut exiger de ne pas donner suite à une

¹²⁸ P. DE BANDT et M. VANDERHELST, *L'intervention publique dans la sphère économique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 130.

¹²⁹ CADA fédérale, 9 novembre 2009, avis n° 2009-85.

¹³⁰ P. DE BANDT et M. VANDERHELST, *op. cit.*, p. 135.

¹³¹ C.E., 10 janvier 2014, *Verbruikersunie Test-Aankoop*, arrêt n° 221.961.

¹³² CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-27, 9 juillet 2012, n° 2012-50.

¹³³ Art. 6, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 11 avril 1994.

demande de consulter certaines instructions adressées par le Ministre des affaires étrangères à un ambassadeur »¹³⁴.

Cette exception est reprise à l'identique dans les législations adoptées par les entités fédérées¹³⁵.

L'article 14, 2°, du décret flamand du 26 mars 2004 étend toutefois la portée de cette exception *diplomatique* aux relations de la Région ou de la Communauté flamande avec les autorités fédérales et avec les autres Communautés et Régions¹³⁶.

37. Il appartient à l'autorité de motiver concrètement en quoi la communication peut influencer les relations internationales de la Belgique. À titre illustratif, en ce qui concerne une demande de communication de rapports du conseil d'administration de l'Office du Ducroire, la circonstance que la publicité qui serait donnée à l'appréciation, faite par le Ducroire, de la situation de tel État n'emporte pas *ipso facto* que les relations entretenues pas la Belgique avec cet État seraient mises en danger¹³⁷.

Elle doit également préciser la raison pour laquelle l'intérêt qui est servi par la publicité ne l'emporte pas sur l'intérêt protégé¹³⁸.

§ 4. L'ordre public, la sûreté ou la défense nationales

38. L'exception liée à « l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales », invoquée dans la législation fédérale, se retrouve dans celle relative à « l'ordre public » tout court dans les normes régionales et dans celle visant « l'ordre public et les missions de sûreté à (*sic*) la Communauté, notamment l'aide à la jeunesse, l'aide sociale aux justiciables et les milieux d'accueil » en Communauté française¹³⁹. À l'exception de cette dernière, elle revêt partout une portée *obligatoire relative*.

S'il l'on comprend facilement les raisons qui réservent la « défense nationale » à la loi fédérale, les législateurs fédérés se sont davantage interrogés face à la notion de « sûreté nationale », plusieurs textes ayant prévu la protection d'une sorte de « sûreté » régionale.

39. L'exception touchant à « l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales » relève, comme celle portant sur « la sécurité de la population » (*supra*), des exceptions

¹³⁴ Exposé des motifs du projet de loi relative à la publicité de l'administration, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 17.

¹³⁵ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 5°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 6, § 1^{er}, 3°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 10, § 1^{er}, 3°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

¹³⁶ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-71, à propos d'une demande d'accès des notes de travail du Comité de concertation.

¹³⁷ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-33.

¹³⁸ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-44 et 5 mai 2014, n° 2014-38.

¹³⁹ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 4°, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 4°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 3°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 1^{er}, 4°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

justifiées par un motif de sécurité en général (sécurité, ordre public, défense nationale), conçue comme un « intérêt supérieur »¹⁴⁰.

Les travaux préparatoires de la loi de 1994 évoquent, au titre d'illustration, « des documents décrivant le système de sécurité de bâtiments officiels ou contenant le programme de protection d'une centrale nucléaire contre d'éventuels attentats terroristes. Certaines données industrielles, par exemple des processus de fabrication, la présence de substances chimiques, ..., peuvent également tomber sous ces motifs d'exception, lorsque leur publicité peut, dans un cas concret, constituer une menace effective pour l'ordre public (...) »¹⁴¹.

Il faut néanmoins déplorer que ces mêmes travaux préparatoires ne brillent pas par leur clarté ni leur logique. On peut notamment lire, dans l'exposé des motifs du projet de loi de 1994, que « l'application d'un motif d'exception doit (...) toujours être fondée sur une mise en balance des intérêts. Concrètement : le seul fait qu'un document administratif ait trait à la sécurité de l'État par exemple ne suffit pas pour le soustraire à la publicité. Il faut encore que la consultation ou la communication constitue, à ce moment même, un risque essentiel pour la sécurité de l'État »¹⁴². Au final, se demande la doctrine, faut-il procéder à une réelle balance des intérêts en présence, autrement dit un « véritable examen contradictoire des intérêts opposés », ou vérifier uniquement la présence effective d'un « risque essentiel » pour la sécurité¹⁴³ ?

La question est délicate. S'il est constant que le risque invoqué par l'autorité ne peut pas être qu'hypothétique et doit être essentiel, on peut soutenir, d'un côté, qu'il est nécessaire de procéder à une balance des intérêts à l'égard de tout motif visé par le § 1^{er} de l'article 6, mais on peut arguer, de l'autre côté, de ce que la sécurité publique serait mieux préservée si l'on n'imposait justement pas à l'autorité d'effectuer *in concreto* une telle pondération des intérêts. Si cette dernière solution a les faveurs de la doctrine pour les cas où « la solution à apporter au conflit d'intérêts est manifeste »¹⁴⁴, il découle de ce qui suit que la CADA fédérale et le Conseil d'État maintiennent la théorie classique de l'évaluation *in concreto* des intérêts en présence, même s'ils en tolèrent parfois une version édulcorée.

Cette solution peut cependant laisser perplexe et mener à interroger le législateur : pourquoi faire d'une valeur aussi primordiale que la sécurité publique et l'ordre public, « motif impérieux d'intérêt général »¹⁴⁵ par excellence, une exception qui ne soit que relative ?

40. Sans adopter une position sévère à l'égard de cette exception (elle n'exclut bien sûr pas qu'il puisse exister un fondement à l'invocation de cette exception), la CADA fédérale – la seule à avoir eu à connaître de cette exception depuis 2009 – n'a eu de

¹⁴⁰ D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 96.

¹⁴¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 17.

¹⁴² *Ibidem*, p. 15.

¹⁴³ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 374.

¹⁴⁴ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, pp. 374-375.

¹⁴⁵ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 378.

cesse de répéter, à l'occasion de ses avis, que le motif lié à l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales est une exception dont on ne peut valablement user qu'à deux conditions :

- si elle est motivée *in concreto* et de manière pertinente : l'autorité doit y expliquer, autrement que par des formules de style, en quoi l'information contenue dans les documents en question met en péril l'ordre public, la sûreté nationale ou la défense nationale ;
- et si elle a fait l'objet d'une balance des intérêts favorable à la confidentialité : l'acte doit expliquer pourquoi l'intérêt public qui consiste en la publicité des documents doit céder devant un intérêt en l'espèce supérieur, celui de l'ordre public, la sûreté nationale ou la défense nationale¹⁴⁶.

Le Conseil d'État rappelle également cette double exigence à chaque occasion¹⁴⁷ et ne trouve rien à redire à l'encontre d'une décision attaquée dont la motivation permet de comprendre pourquoi l'autorité administrative a « pu valablement considérer que l'intérêt de la publicité ne l'emportait pas sur la protection de la vie privée et de l'ordre public, ce dernier risquant d'être compromis par des représailles à l'égard des personnes concernées » et permet de constater, en conséquence, qu'il a « été procédé à une mise en balance concrète des intérêts » et que l'autorité n'a pas « excédé les limites de la liberté d'appréciation qui est la sienne »¹⁴⁸.

Dans le contexte d'un risque éventuel pour l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales, l'exigence de motivation, au sens de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, est toutefois spécifique. Si l'autorité doit justifier *in concreto* les raisons pour lesquelles elle considère que la diffusion de tel document pourrait porter atteinte à l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales, il ne peut lui être imposé de devoir développer une motivation à ce point précise qu'elle mette elle-même en danger l'ordre public ; les motifs ne doivent donc pas nécessairement porter sur la nature de l'information sensible¹⁴⁹.

41. On est toutefois fondé à voir *a priori* dans cette position une contradiction avec l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991, selon lequel « l'obligation de motiver (...) ne s'impose pas lorsque l'indication des motifs de l'acte peut : 1° compromettre la sécurité extérieure de l'État ; 2° porter atteinte à l'ordre public ; (...) ». Au final, doit-on

¹⁴⁶ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-73, 12 septembre 2011, n° 2011-305, 16 avril 2012, n° 2012-26, 14 mai 2012, n° 2012-31.

¹⁴⁷ C.E., 11 décembre 2000, *Dewinter*, arrêts n° 91.531, point 3.2.2.3. et 7 juin 2004, *Lybaert*, n° 132.072, point 2.3.4. Ce dernier arrêt a fait couler beaucoup d'encre, notamment parce qu'il exige une appréciation *in concreto* tant dans le cas d'une exception visée par le § 2 de l'article 6 – en l'espèce en son point 2° (*cf. infra*) – que dans le cas d'une exception visée par le § 1^{er} du même article, ce qui remet en question la différence entre les exceptions relatives et les exceptions absolues (*cf. not. W. VAN LAETHEM*, « Het recht op raadpleging van dossiers van inlichtingendiensten », note sous C.E., 7 juin 2004, *Lybaert*, n° 132.072, C.D.P.K., 2005, pp. 395 à 405).

¹⁴⁸ C.E., 17 juin 2010, *s.p.r.l. Biljef*, arrêts n° 205.402, p. 12 ; 17 juin 2010, *s.p.r.l. Cubalidge*, n° 205.403, p. 12 ; 17 juin 2010, *s.p.r.l. Piout and Co*, n° 205.404, p. 12 ; 17 juin 2010, *s.p.r.l. Gringo*, n° 205.405, p. 12.

¹⁴⁹ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-26.

motiver « un peu » (art. 6, § 1^{er}, de la loi de 1994) ou ne doit-on pas motiver « du tout » (art. 4 de la loi de 1991) ? Une position constante et concordante du Conseil d'État et de la CADA fédérale permet fort opportunément de réconcilier les deux branches de l'alternative : la décision doit faire apparaître clairement quel fondement tiré de la loi du 29 juillet 1991 l'autorité met en application¹⁵⁰. Autrement dit, celle-ci est tenue de « communiquer un minimum d'informations démontrant que l'exception à l'obligation de motivation formelle peut en l'occurrence être invoquée »¹⁵¹.

§ 5. La recherche ou la poursuite de faits punissables

42. « La recherche ou la poursuite de faits punissables » est un motif d'exception qui apparaît mot pour mot dans toutes les législations analysées¹⁵². Sauf en Communauté française, il y figure au titre d'exception *obligatoire relative*.

Comme d'autres exceptions déjà développées, celle-ci se justifie par le souci de préserver un « intérêt supérieur », à savoir la bonne marche de la justice, et plus particulièrement l'efficacité du traitement des infractions et de la politique répressive¹⁵³. À ce titre, ce motif d'exception peut être rapproché de celui visant la préservation de l'anonymat d'un dénonciateur (voy. *infra*, § 8)¹⁵⁴.

43. Dans la pratique, l'analyse de ce motif d'exception s'est souvent confondue avec la question de la qualification des pièces contenues dans le dossier répressif : s'agit-il d'un « document administratif » au sens des lois relatives à la publicité de l'administration ? Le dispositif légal a été conçu largement par le législateur ; sont donc à considérer comme tel les pièces issues d'un dossier répressif et détenues en copie par l'administration¹⁵⁵, les procès-verbaux dressés par des fonctionnaires de police ou d'autres agents publics, les pièces émanant de procédures propres aux sanctions administratives, etc.¹⁵⁶ Et une fois la question résolue positivement, se posait dans la foulée celle de l'évaluation *in specie* du risque de leur divulgation eu égard à la recherche ou la poursuite de faits punissables. Les arrêts du Conseil d'État témoignent d'une certaine confusion sur ce point. Il peut toutefois être noté que la circonstance qu'une inculpation ou qu'une enquête judiciaire est en cours à l'égard d'un individu

¹⁵⁰ CADA fédérale, 14 mai 2012, avis n° 2012-31.

¹⁵¹ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-73, p. 3.

¹⁵² Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 5^e, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 5^e, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 6, § 1^{er}, 4^e, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 1^{er}, 5^e, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

¹⁵³ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 383 ; D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁴ Ces deux motifs d'exception sont d'ailleurs traités ensemble par les deux doctrines citées dans la note précédente.

¹⁵⁵ C.E., 28 mars 2001, *Swartenbroeckx et Vercuyse*, arrêt n° 94.419. Peu importe que ces pièces « aient été utilisées ou non par la susdite administration pour prendre les décisions fiscales » (p. 10).

¹⁵⁶ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 224 et p. 383 et les arrêts du Conseil d'État cités.

n'a pas été considéré comme suffisant pour justifier le rejet de sa demande par l'autorité sur la base de la présente exception¹⁵⁷.

À la lecture des nombreux avis rendus par les différentes CADA – mais majoritairement par la CADA fédérale, quasi-exclusivement en néerlandais – sur le sujet, force est de constater que cette cause d'exclusion de publicité est principalement invoquée dans des affaires fiscales, dans lesquelles des individus se voient refuser l'accès à leur propre dossier fiscal ou celui de leur(s) société(s).

Dans la droite ligne de sa « jurisprudence » classique, sans exclure que ce motif puisse, et même doive, mener à un refus de publicité, la CADA fédérale est d'avis que les autorités publiques concernées sont tenues, d'une part, de motiver leur décision de refus de manière suffisante, c'est-à-dire à partir d'éléments concrets et de manière pertinente, et, d'autre part, de procéder à une balance des intérêts dont il doit ressortir que l'intérêt de la publicité pèse en l'espèce moins lourd que l'intérêt protégé par l'exception¹⁵⁸.

Dans certains cas seulement, la CADA fédérale livre son propre avis sur l'existence, dans l'espèce qui lui est soumise, d'un risque pour la recherche ou la poursuite de faits punissables, qui aurait plus de poids que l'intérêt général spécifique constitué par la publicité ; elle aboutit toutefois rarement à une conclusion favorable à l'intérêt protégé par ce motif d'exception¹⁵⁹. Si la CADA ne procède que sporadiquement elle-même à une balance des intérêts c'est notamment parce qu'elle n'est pratiquement jamais mise en possession par les autorités concernées des documents du dossier pénal qui font l'objet du litige¹⁶⁰.

¹⁵⁷ C.E., 27 juin 2001, *Tassin*, arrêts n° 97.056 et 27 juin 2001, *s.c.r.l. AS*, n° 97.057. Avec D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ (*op. cit.*, p. 384), on peut, dès lors, s'étonner de la position tranchée, véhiculée dans son arrêt n° 21/2000 du 23 février 2000, par la Cour constitutionnelle : « l'article 32 de la Constitution exclut expressément du principe de la transparence administrative les procès-verbaux et les pièces issus d'informations ou d'instructions judiciaires » (B.8.3).

¹⁵⁸ CADA fédérale, 16 mars 2009, avis n° 2009-14 (il semble toutefois que la CADA fédérale ait dit le contraire de ce qu'elle voulait dire lorsqu'elle énonce (p. 2) que « Bovendien moet nog worden aangehouden dat *in casu* het belang van de openbaarmaking zwaarder doorweegt dan het beschermde belang », 20 avril 2009, n° 2009-28, 10 août 2009, n° 2009-51, 19 octobre 2009, n° 2009-68, 19 octobre 2009, n° 2009-76, 8 février 2010, n° 2010-17, 14 mars 2011, n° 2011-13 et la centaine d'avis prononcés cette même année sur le même problème fiscal, 9 janvier 2012, n° 2012-1, 13 février 2012, n° 2012-8, 9 juillet 2012, n° 2012-44, 13 août 2012, n° 2012-60, 13 août 2012, n° 2012-64, 12 novembre 2012, n° 2012-93, 29 juillet 2013, n° 2013-25, 29 juillet 2013, n° 2013-27, 30 septembre 2013, n° 2013-46, 30 septembre 2013, n° 2013-47, 30 septembre 2013, n° 2013-50, 6 janvier 2014, n° 2014-9, 5 mai 2014, n° 2014-34, 2 juin 2014, n° 2014-41, 2 juin 2014, n° 2014-44, 2 juin 2014, n° 2014-45, 2 juin 2014, n° 2014-47, 2 juin 2014, n° 2014-50, 2 juin 2014, n° 2014-51, 2 juin 2014, n° 2014-52.

¹⁵⁹ Voy. notamment CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-60.

¹⁶⁰ Voy. notamment CADA fédérale, 29 juillet 2013, avis n° 2013-25. Autant le demandeur de l'avis est tenu de mettre la CADA en possession de tous les documents nécessaires, sous peine d'abandon du traitement de sa demande (FR. SCHRAM, « De bijdrage van de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten in de interpretatie en de uitwerking van de openbaarheidswetgeving », *Liber amicorum Robert ANDERSEN*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 726), autant la transmission des documents que détient de l'administration est plus aléatoire...

Le seul avis relatif au motif lié à la recherche ou la poursuite de faits punissables rendu par une commission « fédérée » sur les cinq dernières années, émane de la CADA wallonne. Il se réfère à l'article 6, § 1^{er}, 5^o de la loi fédérale de 1994 et énonce qu'« il ne ressort pas des documents transmis par la commune qu'il y ait une information pénale en cours ; que les documents sollicités font partie d'une enquête administrative »¹⁶¹.

44. À l'occasion d'un récent avis, la CADA fédérale déclare, par ailleurs, que ce motif d'exception « ne peut être invoqué sans limite dans le temps », mais doit, au contraire, « être exercé dans un délai raisonnable »¹⁶². Ce délai raisonnable peut être aligné sur le délai prévu dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*cf.* son art. 3, § 7¹⁶³), à savoir un an.

Enfin, les exceptions devant s'interpréter de manière restrictive, la CADA fédérale rappelle également que seule l'information qui pourrait porter atteinte à la recherche et la poursuite de faits punissables tombe sous le coup de l'exception, de sorte que tous les autres éléments du document concerné doivent être rendus publics¹⁶⁴, conformément à l'article 8, § 4, de la loi du 11 avril 1994¹⁶⁵.

§ 6. Un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public

45. Parmi les exceptions obligatoires *relatives*, la loi du 11 avril 1994 prévoit le rejet de la demande de communication ou de copie, lorsque l'intérêt de celle-ci ne prévaut pas sur l'intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public¹⁶⁶. Cette exception s'inscrit dans le cadre de l'efficacité de l'action administrative¹⁶⁷. Comme cela ressort de l'exposé des motifs de la loi, elle poursuit un double objectif, de protection de l'efficacité des interventions publiques dans l'économie au sens large, d'une part, et de la capacité de perception et de recouvrement des dettes fiscales, d'autre part. Dans cette double perspective, il est fait référence à la pratique néerlandaise, selon laquelle, « il ne convient pas que les estimations par les pouvoirs publics des frais entraînés par la construction de bâtiments destinés au service public soient rendues

¹⁶¹ CADA wallonne, 28 avril 2014, avis n° 2014-66, p. 3. Pour être complet, on signalera qu'il est également fait allusion à ce motif d'exception dans un avis de la CADA de la Communauté française, ce motif découlant cette fois de l'article 6, § 1^{er}, 5^o du décret du 22 décembre 1994 (23 novembre 2012, avis n° 64).

¹⁶² CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-47, p. 3.

¹⁶³ Tel que remplacé par la loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement durable, *M.B.*, 28 juin 2013.

¹⁶⁴ CADA fédérale, 16 mars 2009, avis n° 2009-14, 20 avril 2009, n° 2009-28, 19 octobre 2009, n° 2009-76, 8 février 2010, n° 2010-17.

¹⁶⁵ CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-47.

¹⁶⁶ Art. 6, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 11 avril 1994.

¹⁶⁷ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 395 ; voy. aussi pp. 222-224.

publiques lors de la procédure d'adjudication. Ceci vaut également pour certaines données dont disposent les comités d'achats de l'État. La divulgation de la manière et de la date de recouvrement de dettes fiscales pourrait amener certains contribuables à tenter de faire en sorte que les dettes fiscales ne soient pas acquittées, ne soient acquittées que tardivement ou partiellement ou bien que ces dettes soient acquittées uniquement après la prise de recouvrement. La publicité de certaines directives du Ministre des finances aux administrations fiscales doit être mise en balance avec la protection des intérêts financiers publics »¹⁶⁸.

Sous réserve d'aménagements inhérents à la répartition des compétences (notamment en ce qui concerne la monnaie ou le crédit public), les législations respectives des entités fédérées intègrent également cette exception¹⁶⁹. La formulation très variée de cette exception pourrait cependant laisser subsister une incertitude quant à la protection des intérêts financiers de toutes les autorités administratives qui dépendent du niveau de pouvoir concerné. Les niveaux fédéral, wallon et bruxellois semblent, à cet égard, les plus restrictifs, puisqu'ils ne visent que l'intérêt *fédéral* ou *régional*. À l'instar du niveau flamand ou des intercommunales wallonnes, il nous semble qu'il faut interpréter ces termes comme visant aussi l'intérêt économique ou financier de toutes les autorités administratives qui en dépendent.

46. L'autorité doit exposer en quoi, dans chaque cas d'espèce, la communication nuirait à son intérêt économique ou financier¹⁷⁰. Elle doit donc éviter les formulations trop générales¹⁷¹ telles que faire état du « caractère stratégique et [relevant] du secret des affaires [des informations demandées], sans autre précision »¹⁷², les formules de style¹⁷³ ou la référence aux travaux préparatoires de la loi du 11 avril 1994 même si l'autorité y est expressément visée¹⁷⁴.

Cette exception doit, en outre, être interprétée restrictivement, dès lors qu'elle « ne peut viser toute activité susceptible d'avoir une répercussion sur les finances de l'État »¹⁷⁵.

47. L'intérêt fiscal constitue le domaine d'action privilégié de cette exception. Il est, en effet, reconnu comme partie intégrante de l'intérêt économique ou financier fédéral.

¹⁶⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, pp. 17-18.

¹⁶⁹ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 6°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 (« un intérêt économique ou financier ») ; l'art. 6, § 1^{er}, 6°, du décret wallon du 30 mars 1995 (« un intérêt économique ou financier de la Région ») ; l'art. 10, § 1^{er}, 6°, de l'ordonnance du 30 mars 1995 (« un intérêt économique ou financier de la Région de Bruxelles-Capitale, y compris s'il relève des aspects régionaux de la politique du crédit ») ; l'art. 1651-6, al. 2, du CDLD (« Le conseil d'administration de l'intercommunale peut rejeter une demande de publicité s'il constate que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'intérêt financier ou commercial de l'intercommunale ») ; ou encore l'art. 14, 1°, du décret flamand du 26 mars 2004 (« un intérêt économique, financier ou commercial d'une instance visée à l'article 4, § 1^{er} »).

¹⁷⁰ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-76 et 13 février 2012, n° 2012-8.

¹⁷¹ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-33.

¹⁷² CADA de la CF, 9 novembre 2011, avis n° 2011-62.

¹⁷³ CADA de la CF, 30 septembre 2013, avis n° 2013-48.

¹⁷⁴ CADA fédérale, 3 février 2014, avis n° 2014-14.

¹⁷⁵ C.E., 18 juin 1997, *Matagne*, arrêt n° 66.860, *J.T.*, 1998, p. 258 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 396 ; voy. aussi D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 102.

Dès lors, si la publicité porte préjudice à cet intérêt et où l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas, l'autorité peut, moyennant une motivation concrète et pertinente, refuser la divulgation de ces informations¹⁷⁶. Tel est particulièrement le cas lorsque la divulgation de certaines informations est de nature à favoriser l'évasion fiscale¹⁷⁷.

Il ressort des avis de la CADA fédérale sur la période étudiée que l'administration fiscale ne motive pas *in concreto* le refus d'accès au dossier fiscal des demandeurs, de sorte qu'elle constate régulièrement que les documents demandés doivent être rendus publics¹⁷⁸.

48. Parmi les décisions publiées des différentes CADA, il ne s'en trouve aucune qui conclut que l'exception tirée d'un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public, justifiait le refus de publicité du document administratif.

Il a ainsi été décidé que :

- la divulgation des informations relatives à la position concurrentielle des entreprises publiques peut être refusée sur la base de cette exception, pour autant que, en l'espèce, La Poste démontre concrètement en quoi sa position concurrentielle serait affectée¹⁷⁹ ;
- il en est de même de la bonne fin des projets d'implantation d'acteurs économiques importants sur le territoire des communes membres de l'intercommunale qui peut constituer un intérêt financier de l'intercommunale justifiant, par exception à la règle de la publicité inscrite dans la Constitution, de refuser la communication de documents administratifs si elle est de nature à lui nuire¹⁸⁰ ;
- l'intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public ne l'emporte pas sur le droit d'accès en présence de coûts supplémentaires qui pourraient découler de la rédaction de nouvelles questions pour les examens à venir résultant de l'obtention d'une copie d'une épreuve certifiée organisée au sein de la fonction publique fédérale à laquelle les demandeurs avaient eux-mêmes participé¹⁸¹.

§ 7. Les secrets d'affaires

49. Au fédéral, en Communauté française et en Région de Bruxelles-Capitale, la protection des secrets d'affaires fait l'objet d'une exception explicite à la publicité¹⁸². Cette exception *obligatoire* et *relative* renvoie au « caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ».

¹⁷⁶ Voy. notamment CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-76 et 14 mars 2011, avis n° 2011-23.

¹⁷⁷ CADA fédérale, 2 juin 2014, avis n°s 2014-44, 2014-50 à 2014-52 ; encore faut-il que l'autorité démontre concrètement que la communication de l'information demandée favorise l'évasion fiscale.

¹⁷⁸ CADA fédérale, 31 mai 2010, avis n° 2010-34 et 14 mars 2011, n° 2011-13.

¹⁷⁹ CADA fédérale, 13 septembre 2010, avis n° 2010-53.

¹⁸⁰ C.A.D.A.R.W., 24 octobre 2012, n° 48/2012.

¹⁸¹ C.A.R.D.A.F., 16 mars 2009, n° 17/2009.

¹⁸² Art. 6, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 11 avril 1994 ; art. 6, § 1^{er}, 7^o, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; art. 10, § 1^{er}, 7^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

50. La Région wallonne ne connaît pas de consécration expresse d'une exception liée aux secrets d'affaires. Dans un avis n° 2009/22 du 5 mars 2009, la CADA wallonne a cependant consacré l'existence d'une exception similaire en droit wallon, sur la base du raisonnement suivant :

« Considérant que l'article 6, § 2, 1°, du décret du 30 mars 1995 précité connaît l'exception relative à la vie privée, laquelle est susceptible de s'appliquer tant aux personnes physiques que, dans une certaine mesure, aux personnes morales ;

Considérant qu'à l'égard de ces dernières, les secrets d'affaires ou de fabrique constituent notamment des éléments de la vie privée ;

Considérant, en outre, qu'à l'instar de ce que prévoit explicitement l'article 6, § 1^{er}, 7°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, il convient de retenir 'le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise communiquées à l'autorité' parmi les causes d'exception ayant trait à la vie privée ».

La CADA wallonne a reproduit ce raisonnement dans des avis ultérieurs¹⁸³.

À leur lecture, le fondement exact de l'existence, en droit wallon, d'une exception au droit d'accès tirée du respect du secret des affaires n'est pas évident : s'agit-il d'une application « par analogie » de la disposition expresse de la loi du 11 avril 1994 en matière de secrets d'affaires, ou d'une variante dérivée de l'exception relative au respect de la vie privée comprise à l'article 6, § 2, 1°, du décret du 30 mars 1995 ? Nous penchons pour la seconde explication, dès lors que la Commission n'a pas mentionné l'éventualité d'une mise en balance, ce qui est cohérent avec le caractère absolu de l'exception tirée du respect de la vie privée. Il en résulte en théorie une protection plus étendue du secret des affaires en Région wallonne en comparaison des entités fédérale et fédérées qui connaissent une exception expresse en la matière¹⁸⁴.

Si l'opportunité d'une telle exception en droit wallon n'est pas douteuse, on constatera avec E. Gonthier et M. Vastmans¹⁸⁵ que le fait d'englober le secret des affaires

¹⁸³ 16 avril 2009, avis n° 2009/23, 3 décembre 2010, n° 2010/32 et 6 janvier 2014, n° 2014/61. Dans son avis n° 2013/53 du 30 janvier 2013, la Commission a tenu un raisonnement quelque peu différent, justifié notamment par l'applicabilité du régime de publicité passive spécifique aux autorités provinciales et communales (articles L3231-1 à L3231-3 du Code du 22 avril 2004 de la démocratie locale et de la décentralisation – ci-après le CDLD) : « Considérant que l'article L3231-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation renvoie notamment aux exceptions établies par la loi pour des motifs relevant de l'exercice des compétences de l'autorité fédérale et que, parmi celles-ci, figure l'exception relative à la vie privée ; considérant que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires ; que ce principe général de droit a été reconnu par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007 (...) ».

¹⁸⁴ Faut-il voir une confirmation de cette théorie dans l'art. 1561-6, al. 3, 3°, du CDLD, applicable aux seules intercommunales wallonnes ? Il s'agit du seul texte wallon qui consacre la protection des secrets d'affaires, mais au titre d'une exception obligatoire absolue. Il faut certainement regretter, à cet égard, l'incohérence de ce texte par rapport au décret wallon et à la loi fédérale, mais également par rapport aux dispositions du même Code applicables aux communes.

¹⁸⁵ E. GONTHIER et M. VASTMANS, « Le secret d'affaires : un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe du contradictoire ? », *A.P.T.*, 2010, p. 348.

dans la protection de la vie privée n'est pas parfaitement cohérent avec l'objectif poursuivi par l'article 8 de la CEDH, lequel tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics¹⁸⁶.

51. Il faut également noter que les informations protégées sont celles qui ont été communiquées directement ou indirectement à l'autorité publique. L'exception au droit d'accès ne peut donc pas être invoquée à l'égard des informations que l'autorité a recueillies ou établies par elle-même¹⁸⁷.

52. Rappelons enfin qu'en matière de marchés publics, diverses dispositions spécifiques tendent également à assurer la protection des secrets d'affaires. Il s'agit notamment de l'article 11 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et de l'article 10, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours, commentés par E. Thibaut dans le présent ouvrage¹⁸⁸.

A. La notion de « secrets d'affaires »

53. Face aux nombreux refus d'accès fondés sur cette exception, les CADA rappellent invariablement que le caractère confidentiel des informations protégées doit être certain et démontré *in concreto*¹⁸⁹. L'autorité qui entend se prévaloir de cette exception ne peut se contenter de formules de style¹⁹⁰.

Il n'existe néanmoins pas de définition univoque des informations « par nature confidentielles » qui justifient l'application de cette exception.

Notons tout d'abord que l'exception des « informations d'entreprise ou de fabrication par nature confidentielles », constitue une application du droit au respect des « secrets d'affaires », qui est considéré comme un principe général de droit européen et de droit belge¹⁹¹.

54. Cette notion de « secret d'affaires » fait elle-même l'objet de controverses doctrinales, qui n'ont pas été tranchées par la jurisprudence¹⁹².

Dans son avis n° 2011-62 du 9 novembre 2011, la CADA de la Communauté française s'est appropriée la définition des « informations par nature confidentielles » suggérée par D. Déom, Th. Bombois et L. Gallez, à savoir « soit des secrets de fabrique, soit des données techniques qui contribuent à la confection d'un produit déterminé et qui concèdent au fabricant une avance concurrentielle, de telle sorte que la

¹⁸⁶ Cour eur. D.H., *Kroon c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 31.

¹⁸⁷ CADA fédérale, 10 août 2009, avis n° 2009-55 et 13 septembre 2010, n° 2010-52.

¹⁸⁸ Voy. le chapitre 2 du titre 2. Dans le même sens, à propos de la loi du 8 décembre 1992, voy. D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁹ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-33.

¹⁹⁰ CADA fédérale, 12 juillet 2010, avis n° 2010-42 et 13 septembre 2010, n° 2010-53.

¹⁹¹ P.-O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.C.*, 2007, pp. 553-556.

¹⁹² J. MOSSELMANS, « De motivering van de gunningsbelissing en het zakengeheim : un mariage parfait ? », *C.D.P.K.*, 2014, pp. 51-52.

non-communication de celles-ci constitue, pour lui, un avantage économique. Les secrets d'affaires portent, quant à eux, sur des informations qui ne sont pas de nature technique mais qui représentent une valeur commerciale, comme les données comptables de l'entreprise, la liste des clients et des fournisseurs ou les plans stratégiques de développement »¹⁹³.

Plus récemment, la CADA bruxelloise¹⁹⁴ s'est fait l'écho de la catégorisation suggérée par E. Gonthier et M. Vastmans, lesquelles distinguent trois types de secrets d'affaires : le « secret de fabrique », le « savoir-faire » et le « secret commercial »¹⁹⁵.

55. Toujours à ce propos, il est encore intéressant de renvoyer à une récente proposition de directive européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites¹⁹⁶. L'article 2 du texte récemment adopté par le Conseil de l'Union européenne¹⁹⁷ comprend la définition suivante du secret d'affaires :

« (...) des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;
- c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »

56. Quelle que soit la définition retenue, les secrets d'affaires semblent donc à tout le moins recouvrir les caractéristiques suivantes¹⁹⁸ :

- les informations sont considérées comme confidentielles par l'entreprise concernée, et celle-ci a pris des mesures en vue d'assurer cette confidentialité ;
- ces informations sont de nature à conférer un avantage concurrentiel à l'entreprise qui les détient ;
- la divulgation de ces informations serait dommageable pour l'entreprise concernée.

En réalité, les deuxième et troisième caractéristiques ci-dessus sont intimement liées : c'est parce que les informations confidentielles offrent un avantage concurrentiel à une entreprise que leur divulgation lui occasionnerait un dommage. La nature confidentielle des informations doit donc s'apprécier en fonction de l'effet qu'aurait la

¹⁹³ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁹⁴ CADA bruxelloise, 19 décembre 2012, avis n° 2012-67.

¹⁹⁵ E. GONTHIER et M. VASTMANS, *op. cit.*, pp. 321-323.

¹⁹⁶ COM/2013/0813 final, 28 novembre 2013.

¹⁹⁷ Réunion du Conseil du 26 mai 2014, <http://register.consilium.europa.eu/doc/ srv?l=FR&f=ST%209870%202014%20INIT> (consulté le 5 septembre 2014).

¹⁹⁸ J. MOSSELMANS, *op. cit.*, p. 52 ; E. GONTHIER et M. VASTMANS, *op. cit.*, p. 324.

publicité : il faut que la divulgation des informations concernées soit de nature à causer un dommage économique et commercial à leur titulaire¹⁹⁹.

B. Applications

57. Sur la base des principes qui précèdent, les CADA ont par exemple estimé que ne constituent en principe *pas* des secrets d'affaires :

- des informations qui présentent un caractère trop général : pour être considérée comme confidentielle, l'information doit être suffisamment détaillée²⁰⁰ ;
- les données financières d'un CPAS : les intérêts protégés par la confidentialité sont des intérêts privés, commerciaux, et non des intérêts publics²⁰¹ ;
- des informations brevetées : au contraire, l'obtention d'un brevet suppose précisément de rendre publiques certaines informations²⁰². *A fortiori*, des informations relatives à des médicaments génériques ont en principe une portée confidentielle limitée, même si toute confidentialité n'est pas exclue²⁰³ ;
- une convention collective de travail²⁰⁴ ;
- les honoraires payés par une autorité publique à différents prestataires de services²⁰⁵ ;
- des données relatives aux quantités de vente, lorsque ces données sont anciennes²⁰⁶.

En revanche, pour la CADA de la Communauté française, les chiffres d'audience d'émissions de la RTBF ainsi que les autres informations demandées qui sont intimement liées à la confection et à la gestion d'émissions de télévision sont, au moins dans une certaine mesure, des données confidentielles²⁰⁷.

La CADA fédérale a considéré que les conditions imposées par l'Office national du Dueroire à une entreprise en vue de bénéficier d'une assurance à l'exportation pouvaient dans certains cas être confidentielles. Cependant, la CADA a insisté sur le fait que la publicité organisée par la loi du 11 avril 1994 ne pouvait pas être « systématiquement » évitée par la conclusion d'accords de confidentialité avec les (potentiels) assurés²⁰⁸.

¹⁹⁹ CADA fédérale, 10 août 2009, avis n° 2009-55.

²⁰⁰ CADA fédérale, 17 novembre 2010, avis n° 2010-65 et 10 janvier 2011, n° 2011-03.

²⁰¹ CADA fédérale, 2 juin 2014, avis n° 2014-41, qui estime que les données financières d'un CPAS ne peuvent pas être considérées comme des secrets d'affaires.

²⁰² CADA fédérale, 17 novembre 2010, avis n° 2010-65, 10 janvier 2011, n° 2011-03.

²⁰³ CADA fédérale, 10 août 2009, avis n° 2009-55, 17 novembre 2010, n° 2010-65.

²⁰⁴ CADA fédérale, 8 avril 2010, avis n° 2010-15.

²⁰⁵ CADA de la CF, 8 octobre 2013, avis n° 2013-65.

²⁰⁶ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-33.

²⁰⁷ CADA de la CF, 9 novembre 2011, avis n° 2011-62.

²⁰⁸ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-33.

En ce qui concerne la confidentialité des prix et des autres informations communiquées à une autorité publique dans le cadre de la passation ou de l'exécution d'un marché public, il est renvoyé au chapitre 2 du titre 2 du présent ouvrage²⁰⁹.

58. Les CADA procèdent rarement elles-mêmes à la balance des intérêts en présence, mais se contentent de rappeler que la balance des intérêts doit être effectuée au moment de la demande d'accès, et non au moment où l'autorité est entrée en possession de l'information. Le résultat de cette mise en balance peut donc varier avec l'écoulement du temps²¹⁰.

La santé publique (par exemple la sécurité des médicaments) figure parmi les intérêts qui pourraient primer l'intérêt de la protection des secrets d'affaires²¹¹. L'intérêt général pourrait également justifier l'accès à des données confidentielles comprises dans des licences d'exportations d'armes²¹².

§ 8. Le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel

59. Dernière exception obligatoire relative, l'accès au document administratif peut être refusé lorsqu'il porte atteinte à l'anonymat de la personne qui a communiqué un document ou une information à l'autorité administrative, en vue de dénoncer un fait punissable²¹³. À l'exception du décret du 30 mars 1995 de la Région wallonne, chacune des entités fédérées prévoit un motif de refus de communication identique²¹⁴.

La protection de l'identité du dénonciateur n'est donc pas absolue. Comme le rappelle la CADA fédérale, ceci procède de l'obligation imposée à l'autorité administrative de vérifier que le souci de protection de l'identité du dénonciateur l'emporte sur l'intérêt de la publicité²¹⁵.

Une balance des intérêts est donc indispensable. Il convient, en effet, d'apprécier concrètement la vraisemblance des craintes de représailles alléguées par le

²⁰⁹ Voy. égal. CADA fédérale, 31 mai 2010, avis n° 2010-32, 12 juillet 2010, n° 2010-42, 9 juillet 2012, n° 2012-49 ; CADA bruxelloise, 21 octobre 2010, avis n° 2010-44, 17 mars 2011, n° 2011-50, 1^{er} septembre 2011, n° 2011-53, 1^{er} septembre 2011, n° 2011-54, 26 octobre 2011, n° 2011-57, 19 décembre 2012, n° 2012-67, 7 novembre 2013, n° 2013-73, 6 janvier 2014, n° 2014-61, 26 février 2014, n° 2014-75 ; C.E., 15 février 2012, *GHR Partners Belgium*, arrêt n° 217.990 ; C.E., 8 mars 2012, *Fun Belgium*, arrêt n° 218.355.

²¹⁰ CADA fédérale, 10 août 2009, avis n° 2009-55, 2 septembre 2013, n° 2013-44.

²¹¹ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-33, 10 août 2009, n° 2009-55, 17 novembre 2010, n° 2010-65.

²¹² CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-65. Voy. aussi D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 225-226.

²¹³ Article 6, § 1^{er}, 8^o, de la loi du 11 avril 1994.

²¹⁴ Voy. notamment l'art. 6, § 1^{er}, 8^o, du décret de la CF du 22 décembre 1994 et l'art. 10, § 1^{er}, 8^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

²¹⁵ CADA fédérale, 13 février 2012, avis n° 2012-8.

dénonciateur²¹⁶. L'objectif poursuivi est « d'éviter que des personnes renoncent à communiquer aux autorités ou à des institutions publiques, comme l'ISI, des faits punissables dont elles sont au courant, parce que la publicité de la correspondance permettrait de connaître leur identité »²¹⁷.

60. L'étendue de cette exception ne se limite pas à la seule protection du nom de la personne à l'origine de la dénonciation. Elle se rapporte non seulement au nom, mais aussi à « tous les éléments pouvant donner lieu à l'identification du plaignant, pour autant que ce dernier ait exprimé qu'il tenait à maintenir le caractère confidentiel de son identité »²¹⁸.

Il est néanmoins requis que :

- les informations aient été communiquées à titre confidentiel et qu'elles concernent la dénonciation d'un fait punissable ou supposé tel²¹⁹ ;
- le plaignant ou le dénonciateur ait exprimé le souhait que soit préservé la confidentialité de son identité²²⁰.

Cela étant, il n'est pas nécessaire, pour l'application de cette exception que « la publication porte atteinte à la vie privée de l'intéressé »²²¹, ni que la plainte se rapporte à un fait punissable²²².

En toutes hypothèses, un éventuel refus de communication ne pourrait porter que sur l'identité de la personne à l'origine de la plainte ou de la dénonciation, et pas sur le contenu de celle-ci²²³.

61. Comme on l'a déjà souvent exposé, il appartient à l'autorité d'invoquer concrètement ce motif de refus et de le motiver de manière pertinente, ainsi que de démontrer que l'intérêt qui est servi par la publicité ne l'emporte pas sur l'intérêt protégé²²⁴.

Ainsi, l'identité de la personne qui a fait la dénonciation à l'encontre des demandeurs auprès de l'Administration générale de la Fiscalité, Impôts et Recouvrement ne peut pas être relevée. Saisie d'une demande d'avis de l'administration fiscale, la CADA fédérale n'y a vu aucune raison pour laquelle l'intérêt de la publicité l'emporterait sur la protection du secret de l'identité de l'auteur de la dénonciation²²⁵, même lorsque le demandeur entend obtenir la confirmation qu'il s'agit d'une personne avec laquelle il est en litige, et qui a obtenu les documents ayant servi à la dénonciation de manière irrégulière²²⁶.

²¹⁶ C.E., 18 octobre 2006, *scrl Jansen Frères*, arrêt n° 163.733 ; voy. aussi D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, p. 225.

²¹⁷ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 18.

²¹⁸ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64.

²¹⁹ CADA fédérale, 11 mai 2009, avis n° 2009-36 et 12 novembre 2012, n° 2012-93.

²²⁰ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64.

²²¹ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64.

²²² CADA fédérale, 12 novembre 2012, avis n° 2012-93.

²²³ CADA fédérale, 9 mai 2011, avis n° 2011-262.

²²⁴ CADA fédérale, 11 mai 2009, avis n° 2009-36 et 15 juin 2009, n° 2009-37.

²²⁵ CADA fédérale, 17 novembre 2010, avis n° 2010-69 ; voy. aussi l'avis n° 2011-314 du 10 octobre 2011.

²²⁶ CADA fédérale, 12 décembre 2011, avis n° 2011-332.

Section 3

Les exceptions facultatives

62. Les exceptions facultatives terminent enfin les catégories d'exceptions prévues par les législations génériques. Elles sont le plus souvent au nombre de quatre : les documents inachevés ou incomplets (§ 1), l'opinion communiquée librement et à titre confidentiel (§ 2), la demande manifestement abusive (§ 3) et la demande manifestement trop vague (§ 4).

À la différence des deux précédentes catégories d'exceptions, les exceptions facultatives prévues par la loi du 11 avril 1994 ne s'appliquent qu'aux autorités fédérales – ce qui explique sans doute la reproduction particulièrement fidèle de ces exceptions dans presque tous les autres textes génériques. Ces exceptions sont rangées, par la doctrine, parmi les exceptions justifiées par la fluidité de l'action administrative²²⁷.

Seules deux législations diffèrent de la formulation retenue par la loi fédérale. Il s'agit d'une part de la législation flamande, qui range notamment l'opinion confidentielle dans les exceptions obligatoires relatives²²⁸. Et il s'agit d'autre part des dispositions du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation qui concernent la publicité des intercommunales, qui, outre la demande abusive, prévoient aussi le rejet des demandes « répétées » (art. 1561-6, al. 1, 4°).

§ 1. Le document dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet

63. La possibilité de refuser l'accès aux documents dont la divulgation peut être source de méprise, ceux-ci étant inachevés ou incomplets, constitue la première des exceptions facultatives prévues par la loi du 11 avril 1994²²⁹. En vertu de ce caractère facultatif, les autorités administratives ne sont pas tenues de l'invoquer²³⁰. L'objectif de cette exception est d'éviter les malentendus au sujet de la portée d'un document²³¹.

Afin de pouvoir être soustrait à la publicité, le document doit répondre à deux conditions cumulatives : être inachevé ou incomplet, d'une part, et être source de méprise

²²⁷ D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 108 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLETZ, *op. cit.*, p. 401.

²²⁸ Voy. les art. 11 et 13, 6°, du décret flamand du 26 mars 2004.

²²⁹ Art. 6, § 3, 1°.

²³⁰ CADA fédérale, 8 août 2011, avis n° 2011-304.

²³¹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 19.

ou malentendu, d'autre part²³². À cet égard, la charge de la preuve repose évidemment sur l'autorité administrative²³³.

Les législations génériques respectives de chaque entité fédérée intègrent cette exception facultative, tout en la déclinant parfois quelque peu²³⁴. Ainsi, le décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 insiste d'avantage sur la condition liée à la méprise potentielle qu'impliquerait la diffusion du document²³⁵. À l'inverse, le décret flamand du 26 mars 2004 privilégie la protection de l'action administrative en prévenant toute divulgation prématurée du document en préparation, sans que la condition d'une potentielle source de méprise ne soit imposée²³⁶.

Dans le même ordre d'idées, l'on relèvera que le décret wallon du 30 mars 1995 permet au Gouvernement régional de refuser la communication des études qu'il a commandées afin de conforter ou orienter sa politique. Il lui appartient alors de motiver une telle décision de refus²³⁷.

64. À l'instar des autres exceptions, la motivation doit être réalisée *in concreto*²³⁸. Dès lors, il a été décidé que :

- pour pouvoir être qualifié d'inachevé ou d'incomplet, il est exigé que le document administratif soit encore uniquement en circulation au sein de l'administration. La mention de « projet » implique qu'il n'est pas définitif et peut encore être adapté²³⁹ ;
- la seule circonstance qu'un document peut éventuellement encore être modifié ne le rend pas *ipso facto* inachevé ou incomplet²⁴⁰ ;
- il y a lieu de distinguer le procès-verbal du secrétaire d'autres documents, à savoir la décision prise quant au candidat retenu. Le procès-verbal du secrétaire, ainsi que ses notes, en tant qu'elles constituent ce procès-verbal doivent, en effet, être considérés comme un document achevé²⁴¹ ;
- les rapports annuels émanant de services de médiation des hôpitaux bruxellois doivent être considérés comme des documents achevés²⁴² ;

²³² CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-20, 10 août 2009, n° 2009-54, 30 septembre 2013, n° 2013-50, 3 juin 2013, n° 2013-13 ; et CADA wallonne, 26 mars 2010, avis n° 2010-27.

²³³ Voy. notamment M.-A. DELVAUX, « La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes », *Rev. dr. comm.*, 1999, p. 36.

²³⁴ Voy. notamment l'art. 6, § 3, 1°, du décret wallon du 30 mars 1995 et l'art. 10, § 3, 1°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

²³⁵ Art. 6, § 2, 1°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 : « (...) concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise *notamment* parce que le document est inachevé ou incomplet » (nous soulignons).

²³⁶ Art. 11 du décret flamand du 26 mars 2004.

²³⁷ Art. 1, 3°, du décret wallon du 30 mars 1995.

²³⁸ CADA fédérale, 8 août 2011, avis n° 2011-304.

²³⁹ CADA fédérale, 2 septembre 2013, avis n° 2013-37.

²⁴⁰ CADA fédérale, 8 août 2011, avis n° 2011-304.

²⁴¹ CADA fédérale, 3 juin 2013, avis n° 2013-13.

²⁴² CADA fédérale, 10 août 2009, avis n° 2009-54.

- le passage d'un document administratif du niveau communal, à la tutelle régionale, ainsi que son approbation par le conseil communal rend impossible sa qualification en tant que document inachevé²⁴³ ;
- dès lors que la demande porte sur des notes approuvées, il ne peut plus s'agir de documents inachevés ou incomplets, même si ces notes portent sur des situations et actions non définitives²⁴⁴ ;
- n'est pas considéré comme inachevé le document qui a atteint le statut de définitif et est revêtu de la signature de la personne compétente, et ce même si ce document sera encore susceptible de modification dans le cadre du processus de décision de l'administration²⁴⁵ ;
- une étude non publiée est achevée et peut donc être communiquée²⁴⁶.

§ 2. L'avis ou l'opinion communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité

65. L'objectif de cette exception facultative, instaurée par l'article 6, § 3, 2°, de la loi du 11 avril 1994²⁴⁷, est « d'éviter la création d'un circuit « secret » parallèle d'avis informels, communiqués de manière confidentielle, (qui sont souvent utiles), parce que celui qui les donne ne veut pas que son identité ou son opinion devienne publique ». « La protection ne vaut qu'à l'égard d'opinions personnelles, et pas à l'égard de données de faits, reprises dans les avis ou opinions »²⁴⁸. À certains égards, cette exception facultative s'apparente plus à la protection de la vie privée et au secret de la correspondance, qu'à la nécessaire fluidité de l'action administrative²⁴⁹.

66. Les conditions d'application de cette exception ont été précisées par la CADA fédérale, qui en retient quatre. Il s'agit de conditions cumulatives :

- seuls des avis ou opinions peuvent être pris en considération, à l'exception de simples faits ou constats ;
- l'avis ou l'opinion doit avoir été communiqué spontanément, librement à l'autorité administrative, en l'absence de toute obligation légale ;

²⁴³ CADA fédérale, 14 janvier 2013, avis n° 2013-3.

²⁴⁴ CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-46.

²⁴⁵ C.E., 28 juin 2011, arrêt n° 214.236 ; voy. aussi les travaux préparatoires du décret flamand du 26 mars 2004 (*Stukken*, VI. Parl., session 2002-03, n° 1732/1, p. 23) ; voy. également CADA bruxelloise, 16 mai 2013, avis n° 2013-71, relatif à « un projet que le collège des bourgmestre et échevins a établi en vue de le communiquer au comité d'accompagnement », à qui il appartient « d'arrêter définitivement le cahier des charges, après modifications éventuelles ».

²⁴⁶ C.E., 10 octobre 2013, arrêt n° 225.066 ; voy. aussi CADA bruxelloise, 11 juillet 2012, avis n° 2012-61.

²⁴⁷ Voy. également l'art. 6, § 3, 2°, du décret wallon du 30 mars 1995 (qui propose une variante sans doute involontaire de « l'avis ou l'opinion communiquée... ») ; l'art. 6, § 2, 2°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 10, § 3, 2°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

²⁴⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 19.

²⁴⁹ D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 92 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 329.

- l'avis ou l'opinion est communiqué, de manière expresse, sous le sceau de la confidentialité, à l'autorité administrative ; la mention de ce caractère confidentiel doit être concomitante à la communication de l'avis ou de l'opinion²⁵⁰ ;
- l'avis ou l'opinion émane de tiers, à l'exclusion donc des fonctionnaires ou préposés de l'autorité administrative²⁵¹.

67. Ici encore, l'appréciation des conditions d'application de cette exception facultative se réalise concrètement.

- Des documents émanant de ou concernant d'autres candidats qui participent à une épreuve de sélection, ne peuvent être soustraits à la divulgation que dans la mesure où ils sont fournis sur base volontaire et à titre confidentiel à l'autorité. Il ne peut, en outre, s'agir de données de fait, ni de données communiquées sur la base d'un fondement juridique²⁵².
- Des auditions enregistrées, dans le cadre d'une inspection dans un établissement d'enseignement, de témoins entendus, alors que ceux-ci ont été informés que l'audition « est strictement confidentielle » et qu'ils ont répondu volontairement à l'invitation puis aux questions des inspecteurs et vérificateurs, répondent aux conditions de l'exception à la publicité de l'administration portée par l'article 6, § 3, 2^o du décret du 22 décembre 1994²⁵³.
- Il ne peut être question d'avis ou d'opinion communiqué librement pour des témoignages recueillis par des services d'inspection de CPAS, dès lors que ces services interviennent en vertu d'une base juridique spécifique²⁵⁴.
- Des rapports d'audit interne ne constituent pas des documents émanant de tiers et communiqués librement à l'autorité administrative²⁵⁵.
- La communication volontaire et confidentielle d'une opinion personnelle à l'autorité administrative ressort à suffisance des termes utilisés par la lettre adressée personnellement au Bourgmestre : (« (...) ayant confiance en vous, je crois que vous pouvez m'aider. », « vous pouvez me contacter (...) si vous le souhaitez. ») ; le souhait de son auteur de ne pas révéler publiquement les propos exposés et de ne pas davantage dévoiler son identité à d'autres personnes est, en effet, explicite²⁵⁶.
- Des témoignages sollicités suite à une plainte pour harcèlement ne sont pas des opinions communiqués librement et à titre confidentiel et à l'autorité²⁵⁷.

²⁵⁰ CADA fédérale, 6 juin 2011, avis n° 2011-283 et 8 août 2011, n° 2011-299.

²⁵¹ CADA fédérale, 13 février 2012, avis n° 2012-8. Voy. aussi les avis n° 2012-27 du 16 avril 2012, n° 2012-1 du 9 janvier 2012, n° 2011-332 du 12 décembre 2011, n° 2009-97 du 14 décembre 2009, n° 2009-54 du 10 août 2009, n° 2009-46 du 13 juillet 2009. Ces arrêts font parfois référence à seulement deux et souvent référence à trois conditions cumulatives.

²⁵² CADA fédérale, 3 juin 2013, avis n° 2013-13.

²⁵³ CADA de la CF, 23 novembre 2012, avis n° 2012-64.

²⁵⁴ CADA fédérale, 2 juin 2014, avis n° 2014-41.

²⁵⁵ CADA fédérale, 9 janvier 2012, avis n° 2012-1.

²⁵⁶ CADA wallonne, 20 août 2012, avis n° 2012-43.

²⁵⁷ CADA de la CF, 2 juillet 2014, avis n° 2014-67.

§ 3. La demande manifestement abusive

68. Toutes les législations génériques prévoient que les autorités administratives peuvent écarter une demande qui « est manifestement abusive »²⁵⁸. L'objectif de cette exception est d'éviter que la publicité devienne inopérante²⁵⁹. Ces législations permettent dès lors aux autorités administratives d'écarter les demandes qui porteraient sur « d'innombrables documents qui nécessitent des recherches considérables et peuvent avoir pour effet de perturber le service »²⁶⁰, voire de manière plus large à toute demande qui aurait pour but d'entraver la bonne marche de l'administration²⁶¹.

Cette exception doit en outre être liée à l'esprit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui régit l'exercice abusif des droits fondamentaux. Bien qu'énoncée au titre des exceptions facultatives, elle en aurait en réalité, sur la base de cet article 17, une portée obligatoire pour l'autorité. En toute hypothèse, comme l'a souligné Thomas Bombois, qui a longuement théorisé ce lien entre les deux dispositions, « on conçoit mal qu'une autorité accède à une demande qu'elle juge manifestement abusive »²⁶².

69. Le caractère abusif de la demande doit être *manifeste* ; une évaluation *in abstracto* s'avère insuffisante. Dans cette perspective, il y a lieu, pour l'autorité administrative de distinguer le simple surcroît de travail engendré par la demande, d'une mise en péril du bon fonctionnement de son organisation. Seul le second motif est de nature à pouvoir être qualifié de demande abusive²⁶³. Au demeurant, ce caractère manifestement abusif ne peut « trouver son origine dans les manquements de l'administration elle-même, comme le manque d'effectifs ou l'absence d'un système d'archivage efficace des documents administratifs »²⁶⁴.

Dès lors, la charge de la preuve qui s'impose à l'autorité administrative pour pouvoir invoquer cette exception facultative est relativement lourde²⁶⁵. La motivation doit, bien entendu, être exposée de manière concrète, notamment en indiquant le nombre de pages à traiter, le temps nécessaire pour satisfaire à la demande, etc.²⁶⁶

²⁵⁸ Voy. notamment l'art. 6, § 3, 3^o, de la loi du 11 avril 1994 ; l'art. 6, § 2, 3^o, du décret de la CF du 22 décembre 2004 ; l'art. 6, § 3, 3^o, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 10, § 3, 3^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995. À noter que le décret flamand du 26 mars 2004 utilise plutôt l'expression « manifestement déraisonnable » (art. 11, 1^o).

²⁵⁹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n^o 1112/1, p. 19.

²⁶⁰ CADA de la CF, 9 novembre 2011, avis n^o 2011-62.

²⁶¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n^o 2511/001, pp. 42-43.

²⁶² D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 236-246.

²⁶³ CADA fédérale, 10 septembre 2012, avis n^o 2012-69, et 8 juillet 2013, n^o 2013-19.

²⁶⁴ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n^o 2009-33.

²⁶⁵ CADA fédérale, 13 février 2012, avis n^o 2012-6.

²⁶⁶ CADA fédérale, 12 novembre 2012, avis n^o 2012-96.

Ont été considérées comme abusives, sur cette base²⁶⁷ :

- la demande qui porte sur des documents déposés au Conseil d'État dans le cadre d'un contentieux auquel la demanderesse est partie, dès lors qu'elle a donc accès à ces documents²⁶⁸ ;
- la demande qui entraîne la recherche, le *screening* et la copie d'un nombre considérable de documents²⁶⁹ ;
- la demande formée auprès de la RTBF, portant sur la communication d'archives « remontant parfois, selon l'émission concernée, jusqu'à 22 ou 24 années. La recherche et la compilation de toutes ces données implique sans nul doute un travail conséquent de recherche dans les archives de la RTBF »²⁷⁰ ;
- la demande qui se rapporte à une procédure encore en cours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le déroulement normal et correct de la procédure s'oppose en effet à la communication des remarques faites par la Belgique, et ce jusqu'à la clôture de la procédure²⁷¹ ;
- la demande qui ne précise ni la période visée, ni les décisions concernées, « alors même que celles-ci peuvent être identifiées par le demandeur moyennant une recherche au Mémorial administratif »²⁷².

Ne peut, au contraire, pas être qualifiée d'abusive :

- la demande qui, bien que portant sur un nombre très important de documents (l'ensemble des actes des assemblées générales du Bureau Fédéral d'Orientation), vise des documents qui existent tous sous format digital²⁷³ ;
- la demande d'accès aux résultats et à la copie d'un examen passé devant le SELOR deux ans et demi auparavant²⁷⁴ ;
- la demande qui porte sur un nombre certes considérable de documents, mais dont l'autorité administrative ne démontre pas le caractère manifestement excessif ou abusif²⁷⁵.

70. Par ailleurs, cette exception ne peut être formulée en même temps que l'exception relative à une demande trop vague. En effet, selon la CADA fédérale, la formulation d'une demande trop vague ne permet pas d'en déterminer le caractère abusif²⁷⁶.

²⁶⁷ Voy. aussi les décisions citées par D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, p. 110.

²⁶⁸ CADA wallonne, 6 janvier 2014, avis n° 2014-61.

²⁶⁹ CADA fédérale, 14 février 2011, avis n° 2011-10.

²⁷⁰ CADA de la CF, 9 novembre 2011, avis n° 2011-62.

²⁷¹ CADA fédérale, 21 mars 2011, avis n° 2011-104. Voy. aussi *infra*, section 4, § 5.

²⁷² CADA wallonne, 5 février 2009, avis n° 2009-21.

²⁷³ CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-46.

²⁷⁴ CADA fédérale, 30 juin 2014, avis n°s 2014-57 et 2014-58.

²⁷⁵ CADA wallonne, 28 août 2013, avis n° 2013-57 et CADA bruxelloise, 28 septembre 2011, avis n° 2011-56.

²⁷⁶ CADA fédérale, 12 novembre 2012, avis n° 2012-96.

§ 4. La demande formulée de façon manifestement trop vague

71. L'objectif poursuivi par cette dernière exception facultative²⁷⁷ est également d'éviter que la publicité ne devienne inopérante, en contraignant l'autorité administrative à de multiples et vaines recherches de l'objet véritable de la demande de communication qui lui est faite. En ce sens, est considéré comme vague, « ce qui est confus, imprécis, incertain, indécis, indéfini, indéterminé »²⁷⁸.

Ce motif d'exception n'empêche nullement l'autorité d'inviter le demandeur à préciser sa demande²⁷⁹. Dans cette même perspective, le décret flamand du 26 mars 2004²⁸⁰ impose à l'autorité administrative de solliciter du demandeur, une reformulation de sa demande, avant d'écarter celle-ci.

72. Il a ainsi été décidé que :

- est manifestement vague, la demande qu'un fonctionnaire, familier de la matière sur laquelle porte cette demande, ne parvient pas à identifier ; ainsi, la demande de communication d'une liste de tous les rapports d'audit effectués par l'autorité administrative ne peut être considérée comme vague²⁸¹ ;
- la demande de communication de tous les actes des assemblées générales du Bureau fédéral d'Orientation ne peut être qualifiée de vague, dès lors que les documents à propos desquels l'accès est demandé sont décrits avec précision²⁸² ; il en va de même lorsque les termes de la demande permettent à l'autorité administrative d'identifier *sans équivoque* l'objet de la communication²⁸³.

Section 4

Les exceptions à la publicité prévues par des législations spécifiques

73. À l'issue de l'analyse de cet ensemble d'exceptions communes aux lois relatives à la publicité de l'administration, et qui forment en quelque sorte le droit commun de celui-ci, il convient de revenir sur les difficultés suscitées par le concours de ces législations génériques avec un nombre important, et toujours croissant, de législations

²⁷⁷ Art. 6, § 3, 4°, de la loi du 11 avril 1994. Voy. aussi l'art. 6, § 3, 4°, du décret wallon du 30 mars 1995 ; l'art. 6, § 2, 4°, du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 10, § 3, 4°, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

²⁷⁸ C.E., 12 décembre 2003, *Vanderzande*, n° 126.340.

²⁷⁹ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 1112/1, p. 19.

²⁸⁰ Art. 11, 1°.

²⁸¹ CADA fédérale, 9 janvier 2012, avis n° 2012-1 et 14 janvier 2013, n° 2013-4.

²⁸² CADA fédérale, 30 septembre 2013, avis n° 2013-46.

²⁸³ CADA wallonne, 15 avril 2011, avis n° 2011-34.

spécifiques qui entendent limiter d'une manière ou d'une autre l'accès aux documents administratifs²⁸⁴.

Plusieurs de ces textes présentent des liens si étroits avec les législations génériques qu'ils méritent quelques développements propres. Tel est le cas de la loi sur la protection de la vie privée (§ 1), de la loi relative à la classification de documents (§ 2), de la loi relative aux droits d'auteur (§ 3) ou des législations sur les archives (§ 4). Il est également utile de discuter spécifiquement de l'influence des règles du Code judiciaire en matière d'accès au dossier sur la publicité de l'administration (§ 5). Pour le surplus, la coexistence des exceptions génériques avec les législations spécifiques est étudiée de manière transversale (§ 6).

§ 1. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée

74. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁸⁵ intéresse la publicité de l'administration à un double titre.

Elle régit tout d'abord le traitement de données à caractère personnel par l'administration. Elle s'applique donc à une catégorie précise, et limitée, de « document administratif », au sens des législations relatives à la publicité de l'administration. Elle est par conséquent susceptible d'entrer en conflit avec les législations génériques relatives à la publicité²⁸⁶. D'une part, en effet, elle prévoit un accès très large pour les personnes physiques à l'égard de leurs données personnelles²⁸⁷. D'autre part, elle empêche ou limite fortement l'accès à ces données par des tiers, au nom de la protection de la vie privée. Il s'agit également, mais dans une très faible mesure, d'un accès plus large que celui prévu par le « droit commun » de la publicité. En droit commun, on l'a vu, la vie privée est en effet une exception obligatoire absolue, qui empêche l'accès au document demandé. En revanche, dans le respect des conditions très strictes prévues par la loi du 8 décembre 1992 et son arrêté d'exécution²⁸⁸, un tiers pourrait avoir accès à ce type d'information. Encore un ultime motif de relativiser le

²⁸⁴ Nous n'abordons ici que la législation belge. Certains textes internationaux sont néanmoins susceptibles d'imposer des exceptions spécifiques en la matière. Voy. par exemple le règlement (CE) 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, et son commentaire dans D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 367 et s. ; et L. LEVI, « L'accès aux documents administratifs en droit européen », in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs, op. cit.*, pp. 747-770.

²⁸⁵ *M.B.*, 18 mars 1993.

²⁸⁶ Cette question a déjà été fort bien approfondie : C. DE TERWANGNE, « Loi relative à la publicité de l'administration et loi relative à la protection des données personnelles : regards croisés sur deux voies d'accès à l'information », in *Transparence et droit à l'information*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 85-129 ; P. DE HERT, « De grondrechten en wetten m.b.t. openbaarheid van bestuursdocumenten en bescherming van de persoonlijke levensfeer. Analyse van de onderlinge relatie en commentaar bij het arrest Dewinter van de Raad van State », *C.D.P.K.*, 2001, pp. 374-425.

²⁸⁷ Art. 10, 12 et 13 de la loi du 8 décembre 1992.

²⁸⁸ Voy. notamment l'art. 25 de l'arrêté royal d'exécution du 13 février 2001, *M.B.*, 13 mars 2001.

caractère absolu de cette exception (voy. *supra*, section 1, § 1, A). Pour le surplus, les restrictions d'accès imposées par la loi du 8 juin 1992 rejoignent largement l'exception générique relative à la vie privée²⁸⁹. La CADA wallonne a, par exemple, déjà renvoyé simultanément à l'exception générique et à la loi de 1992, utilisant manifestement cette loi pour interpréter l'exception. Il s'agissait en l'espèce de confirmer que le dossier personnel d'un agent de l'administration, et en particulier les reproches qui lui ont été adressés et les sanctions disciplinaires qu'il a encourues, relèvent de la vie privée et doivent être spécialement protégés²⁹⁰.

75. Cette utilisation de la loi du 8 décembre 1992 à des fins d'interprétation, aussi discutable soit-elle, introduit parfaitement le second apport de cette loi au régime de la publicité de l'administration. L'article 23 de la loi du 8 juin 1992 institue en effet une Commission de Protection de la vie privée (CPVP), compétente pour émettre des avis et des recommandations, prendre certaines décisions, ou encore pour connaître de plaintes relatives à la protection de la vie privée, et ce sans compter les autres publications et études qu'elle contribue à éditer²⁹¹. Cette activité donne lieu à une masse importante d'informations, au sein de laquelle l'analyse du régime de publicité de l'administration n'est pas inexistante. Or, à notre connaissance, il n'y a pas encore eu d'étude systématique des publications de la CPVP qui traite de la publicité de l'administration ; les CADA ne se sont pas davantage référées aux travaux de cette Commission, notamment ceux relatifs à la notion de vie privée.

À titre apéritif, pour le chercheur ou le praticien qui prendra le temps d'une analyse plus complète, plusieurs avis de la CPVP se sont par exemple déjà prononcés sur l'articulation entre la protection de la vie privée et la publicité de l'administration : « le conflit entre deux droits fondamentaux tels le droit au respect de la vie privée et le droit du public à l'information se résout au cas par cas par la méthode de pondération d'intérêts concurrents ; les décisions individuelles d'autorisation ou de refus devant idéalement être assumée par une instance indépendante. Ce n'est que si la communication de données à caractère personnel à un tiers l'emporte sur les droits et intérêts de la personne concernée que celle-ci peut se faire. De plus, au vu des risques liés au développement des technologies de l'information et de la communication, cette pondération d'intérêts concurrents doit s'effectuer avec une grande finesse »²⁹². Un avis considère que l'octroi d'une prime individuelle à un agent de l'administration constitue un document à caractère personnel au sens du décret flamand sur la publicité de l'administration²⁹³ ; un autre se prononce sur l'articulation entre publicité de

²⁸⁹ Voy. cependant, encore, la suggestion assez audacieuse de Thomas Bombois, qui fonde sur cette loi seule la possibilité de refuser une demande d'accès à cause d'un risque de préjudice grave à la santé du demandeur fondé sur « l'état psychologique préexistant de celui-ci » (D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, p. 260). Voy. également le caractère relatif de la protection liée à la loi du 8 décembre 1992, tel qu'exposé par C. DE TERWANGNE, « Le droit à la transparence administrative », *op. cit.*, p. 716.

²⁹⁰ CADA wallonne, 19 juin 2013, avis n° 2013-56.

²⁹¹ Voy. www.privacycommission.be.

²⁹² CPVP, 24 septembre 2008, avis n° 32/2008, point 54 ; et 27 septembre 2006, n° 40/2006, point 11.

²⁹³ CPVP, 23 mai 2007, avis n° 21/2007, point 35.

l'administration et législation sur les archives²⁹⁴ (voy. *infra*, § 3). Une recommandation évoque très brièvement le rôle que devrait jouer la législation relative à la publicité de l'administration pour les données personnelles collectées dans le cadre de la loi relative aux sanctions administratives communales²⁹⁵. Il y a donc là, indubitablement, un matériau à mieux mettre en valeur, et des relations à nouer entre les CADA et la CPVP.

§ 2. La loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité

76. Les relations entre la loi du 11 avril 1994 et la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité²⁹⁶, sont particulièrement étroites. D'une part, l'article 6, § 2, 4^o, de la première prévoit que l'accès est refusé lorsque la publicité porte atteinte aux « intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 »²⁹⁷; et d'autre part, l'article 26, § 1^{er}, de la seconde prévoit que « la loi du 11 avril 1994 (...) ne s'applique pas aux informations, documents ou données, au matériel, aux matériaux ou matières, sous quelque forme que ce soit, qui sont classifiés en application des dispositions de la présente loi ».

Il y a donc lieu de faire une distinction entre le sort d'un élément classifié au sens de la loi de 1998 (A) et celui d'un document administratif susceptible d'être classifié (B)²⁹⁸.

A. Les documents classifiés

77. La loi du 11 décembre 1998 organise la classification (très secret, secret ou confidentiel) d'informations, de documents, de données, de matériel, de matériaux ou de matière. Dès qu'une classification est attribuée, les éléments concernés sont donc soustraits, conformément à l'article 26, § 1^{er}, de la même loi, à l'application des législations génériques en matière de publicité²⁹⁹.

Selon l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998, cette classification est possible lorsque l'utilisation inappropriée d'un des éléments précités « peut porter atteinte à l'un des intérêts suivants :

²⁹⁴ CPVP, 3 février 2010, avis n° 06/2010, point 9.

²⁹⁵ CPVP, 19 mai 2010, recommandation n° 04/2010, point 52.

²⁹⁶ *M.B.*, 7 mai 1999.

²⁹⁷ Seule la législation fédérale comporte une telle exception, ce qui semble logique eu égard aux compétences de l'État fédéral en la matière.

²⁹⁸ C.E., 7 juin 2004, *Lybaert*, arrêt n° 132.072.

²⁹⁹ La Cour constitutionnelle a validé les restrictions similaires applicables dans ce domaine à l'accès à certaines pièces du dossier administratif devant l'organe de recours en matière d'habilitations de sécurité (arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006, points B.16 à B.22).

- a) la défense de l'intégrité du territoire national et des plans de défense militaire ;
- b) l'accomplissement des missions des forces armées ;
- c) la sûreté intérieure de l'État, y compris dans le domaine de l'énergie nucléaire, et la pérennité de l'ordre démocratique et constitutionnel ;
- d) la sûreté extérieure de l'État et les relations internationales de la Belgique ;
- e) le potentiel scientifique et économique du pays ;
- f) tout autre intérêt fondamental de l'État ;
- g) la sécurité des ressortissants belges à l'étranger ;
- h) le fonctionnement des organes décisionnels de l'État ;
- i) la sécurité des personnes auxquelles en vertu de l'article 104, § 2, du Code d'instruction criminelle, des mesures de protection spéciales sont octroyées ».

78. Dès lors que la législation sur la publicité de l'administration ne s'applique pas, la classification attribuée sur la base de la loi de 1998 ne devrait pas être combinée avec l'exception générique prévue à l'article 6, § 2, 2^o, de la loi de 1994 (l'obligation de secret instaurée par la loi – *cf. supra*, section 1, § 2) pour constituer un motif de refus de publicité de documents classés³⁰⁰.

La CADA fédérale est toutefois très pointilleuse face à ce motif de refus. Elle considère, en effet, que « la classification en elle-même ne peut (...) pas constituer une raison pour refuser la publicité. En effet, il faut également montrer clairement que la classification s'est déroulée conformément aux dispositions de la loi susmentionnée et qu'il existe une raison pour maintenir cette classification ou, si ce n'est pas le cas, pour le déclasser ». Elle ajoute, par ailleurs, que l'exclusion ne vaut que pour les informations ou documents classé(s), et donc pas pour les informations ou documents non couvert(s) par le classement³⁰¹.

B. Les documents non classifiés

79. Lorsqu'un document administratif n'a pas (encore) été classifié, le refus d'accès à celui-ci peut néanmoins se fonder sur la loi de 1998. En effet, une nouvelle hypothèse d'exception, dite obligatoire absolue, a été insérée en 2010 dans la loi fédérale relative à la publicité de l'administration, à l'article 6, § 2, 4^o, précité³⁰². Ce nouveau motif d'exception est d'application depuis le 1^{er} septembre 2010.

80. Deux observations importantes transparaissent, à la lecture de cette nouvelle disposition. Premièrement, il faut rappeler que le motif d'exception « fait référence aux intérêts sur la base desquels les informations et les documents *peuvent être classés* et non à la classification elle-même en vertu de la loi du 11 décembre 1998 »³⁰³.

³⁰⁰ *Comp.* CADA fédérale, 13 février 2012, avis n° 2012-12, p. 3, qui laisse entendre le contraire.

³⁰¹ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-28, pp. 3-4.

³⁰² Art. 29 de la loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité, *M.B.*, 10 mars 2010. Voy. la proposition de loi déposée par H. Vandenberghe et csrts, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2008-2009, n° 4-1053/1.

³⁰³ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-28, p. 4. Nous soulignons.

Deuxièmement, ce qui frappe d'emblée à la lecture des intérêts visés à l'article 3 de la loi de 1998, et donc des motifs pour lesquels des documents administratifs *peuvent être classés*, c'est la similitude de certains de ces intérêts avec ceux déjà protégés par l'article 6, § 1^{er}, de la loi de 1994. La CADA fédérale ne cesse d'ailleurs de répéter que, à ses yeux, l'article 6, § 2, 4^o, est porteur d'une incohérence « en ce sens que les intérêts qui y sont protégés le sont déjà d'une autre manière à l'article 6, § 1^{er}, 3^o ("les relations internationales fédérales de la Belgique ") et 4^o ("l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales ") »³⁰⁴. Or, les exceptions visées à l'article 6, § 1^{er}, de la loi de 1994 sont des exceptions dites « obligatoires relatives », alors que les « intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 » relèvent, par l'intermédiaire de l'article 6, § 2, 4^o, de la loi de 1994, des exceptions dites « obligatoires absolues ». On voit donc rapidement la difficulté qui se présente pour les autorités administratives et pour les CADA, dont le pouvoir d'appréciation est limité de manière en principe distincte pour des motifs pourtant très similaires. La CADA fédérale a d'ailleurs évoqué ce problème dans l'avis que, sur la base de l'article 8, § 4, de la loi du 11 avril 1994, elle a pris l'initiative de remettre suite au dépôt à la Chambre, en mars 2012, d'une proposition de loi visant à modifier la loi sur la publicité de l'administration³⁰⁵. Elle y a épinglé, *primo*, le fait que les « intérêts » dont il est question à l'article 6, § 2, 4^o, n'ont pas été mis en relation avec la classification des documents et, *secundo*, le fait que certains de ces intérêts sont déjà protégés par l'article 6, § 1^{er}; ce second écueil les soumet à une double protection, qui n'est toutefois pas homogène, puisqu'on a affaire tantôt à une exception relative et tantôt à une exception absolue, ce qui mène immanquablement à des problèmes d'interprétation non négligeables³⁰⁶. Et quant au premier écueil, il n'est pas mince, à la lecture des intérêts parfois très vagues protégés par cette loi. La protection de « tout autre intérêt fondamental de l'État », par exemple, se prête mal à une interprétation restrictive.

En toute hypothèse, le fait qu'il s'agisse d'une exception obligatoire absolue ne dispense pas l'autorité concernée de motiver, de manière concrète et pertinente, sa décision de refus. La CADA fédérale comme le Conseil d'État considèrent que « la citation de formules de style générales » ne répond pas à cette exigence³⁰⁷. La motivation ne doit cependant pas aller jusqu'à risquer de porter atteinte à la sécurité intérieure de l'État ni à faire une entorse aux dispositions sur l'obligation de secret³⁰⁸.

³⁰⁴ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-28, p. 5.

³⁰⁵ Proposition de loi modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *Doc. parl.*, Chambre, session 2011-2012, n° 53-2096/1, à travers laquelle plusieurs députés CD&V cherchaient à accroître la transparence de l'action des pouvoirs publics. Cette proposition est devenue caduque à l'issue de la législature 2010-2014.

³⁰⁶ CADA fédérale, 11 juin 2012, avis n° 2012-42, p. 31. La CADA fédérale ne manque d'ailleurs pas l'occasion d'y dire tout le mal qu'elle pense de l'existence-même des exceptions obligatoires absolues.

³⁰⁷ CADA fédérale, 16 avril 2012, avis n° 2012-28, p. 5, ainsi que l'avis n° 2012-12 du 13 février 2012.

³⁰⁸ CADA fédérale, 31 mai 2010, avis n° 2010-32.

§ 3. La loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins³⁰⁹

81. La loi du 11 avril 1994 prévoit également l'articulation entre la publicité de l'administration et la protection des droits d'auteur. L'article 9 indique en effet que l'autorité administrative ne doit pas obtenir l'autorisation de l'auteur pour la consultation de l'œuvre protégée ou pour donner des explications à son sujet, mais bien pour la communiquer sous forme de copie. Selon l'alinéa 3, « dans tous les cas, l'autorité spécifie que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur ». La plupart des législations fédérées reproduisent la même disposition³¹⁰. Telle est la solution apportée par les législateurs au conflit entre le droit fondamental à la publicité et le droit fondamental à la propriété, dont relèvent les droits d'auteur³¹¹. En l'espèce, l'exception relève donc des lois génériques, et non de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins³¹². Cette loi ne contient pas en elle-même d'exception à la publicité de l'administration.

Le régime spécifique aux droits d'auteur est fréquemment invoqué pour refuser la communication sous forme de copie, à défaut d'avoir obtenu l'autorisation nécessaire de la part du détenteur des droits.

82. Pour vérifier que l'exception est utilisée à bon escient, il faut d'abord vérifier que le document demandé est effectivement protégé par un droit d'auteur.

L'étendue des œuvres qui sont protégées par un droit d'auteur est précisée par la loi précitée du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur. Il n'entre pas dans l'objet de cette contribution de l'analyser. On peut cependant rappeler que, selon cette loi, « les actes officiels de l'autorité ne donnent pas lieu au droit d'auteur »³¹³.

³⁰⁹ Voy. A. STROWEL et N. VAN DER MAREN, « Publicité de l'administration et exception en faveur du droit d'auteur : état de la question et revue de jurisprudence », in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, op. cit., pp. 771-791 ; D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, op. cit., pp. 345-351 ; ainsi que le chapitre 5 du titre 2 du présent ouvrage, C. DE TERWANGNE, « La publicité de l'administration et le respect de la propriété intellectuelle », section 2.

³¹⁰ Voy. notamment l'art. 9 du décret de la CF du 22 décembre 1994 ; l'art. 9 du décret wallon du 30 mars 1995 ou l'art. 13 de l'ordonnance du 30 mars 1995. À noter que le décret flamand du 26 mars 2004 ne contient plus aucune référence aux documents protégés par un droit d'auteur, le législateur flamand ayant estimé que ce régime relevait exclusivement de la compétence fédérale (Memorie van toelichting, *Stukken*, VI. Parl., session 2002-2003, n° 1732/1, pp. 29 et 39).

³¹¹ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, op. cit., pp. 288-293. On peut constater l'importance du régime propre au droit d'auteur en parcourant l'avis n° 2010-42 de la CADA bruxelloise du 25 août 2010, qui impose ce régime « par analogie » à une demande en matière d'information environnementale, alors que l'ordonnance spécifique ne prévoyait pas une telle exception.

³¹² M.B., 27 juillet 1994.

³¹³ Pour autant qu'il ne s'agisse pas d'œuvres littéraires, au sens de l'article 8, § 1^{er}, de la même loi du 30 juin 1994 (voy. en ce sens C.E., 23 juin 2011, *Pype*, arrêt n° 214.101). Ainsi, pour ce motif, les arrêts et jugements de l'ordre judiciaire ne peuvent être protégés par le droit d'auteur (CADA fédérale, 13 juillet 2009, avis n° 2009-42).

La nécessité d'une autorisation ne s'impose cependant que lorsque le droit d'auteur « n'appartient pas à l'autorité administrative mais à un tiers. Lorsque l'administration est elle-même détentrice du droit d'auteur, elle ne peut refuser de délivrer une copie du document »³¹⁴.

83. L'autorité administrative doit-elle faire diligence pour demander, si pas obtenir, l'autorisation du détenteur du droit d'auteur ? Selon un arrêt récent du Conseil d'État, se prononçant sur la base du décret flamand, la réponse est non. Il n'existe pas d'obligation « om op eigen initiatief (...) de auteur of de aanvrager van een vergunning te contacteren met het oog op het verkrijgen van een 'gratis en onbeperkt reproductie-recht'. Niets belet trouwens de verzoeker zelf de toelating tot reproductie aan de auteur in kwestie te vragen »³¹⁵. Cette conclusion devrait pouvoir être étendue aux autres niveaux de pouvoir, dont les textes ne prévoient pas non plus d'obligations dans le chef de l'autorité administrative. Avant cet arrêt, la CADA fédérale considérait néanmoins que « c'est un principe de bonne administration que la commune demande cette autorisation à l'architecte après qu'elle a temporairement refusé l'accès aux plans de construction sur la forme d'une copie »³¹⁶.

Par ailleurs, la CADA fédérale a lourdement insisté sur le fait qu'une autorité qui utilise des documents protégés par un droit d'auteur pour réaliser ses missions d'intérêt général, doit tout mettre en œuvre pour acquérir ces droits d'auteur, notamment afin de satisfaire au prescrit constitutionnel relatif à la publicité de l'administration³¹⁷.

84. Enfin, il faut souligner que l'exception à la communication d'une copie d'un document protégé par un droit d'auteur n'est pas absolue.

La CADA fédérale a ainsi rappelé que les exceptions prévues par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur³¹⁸ sont applicables à la demande de communication d'une copie, et doivent donc permettre, le cas échéant, d'empêcher l'application de l'exception prévue à l'article 9 de la loi du 11 avril 1994³¹⁹.

Selon certains auteurs, il faut en outre effectuer une pondération entre l'intérêt de la publicité et l'intérêt de l'auteur d'interdire la copie du document protégé. « Lorsque l'on constatera une disproportion manifeste entre l'utilité pour le titulaire du droit d'auteur d'interdire la reproduction du document et l'inconvénient pour l'autre

³¹⁴ A. STROWEL et N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 785. Voy. CADA fédérale, 16 mars 2009, avis n° 2009-17, 20 avril 2009, n° 2009-19, 8 mars 2010, n° 2010-24, 6 janvier 2003, n° 2014-3 (et les références citées).

³¹⁵ C.E., 14 mars 2012, *Pype*, arrêt n° 218.464, p. 10.

³¹⁶ CADA fédérale, 19 octobre 2009, avis n° 2009-74.

³¹⁷ CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-19 : « De Commissie wenst er SELOR op te wijzen dat voor zover zij gebruik maakt van documenten die een auteursrechtelijk beschermd werk bevatten en deze documenten worden aangewend om haar publiekrechtelijke taak uit te voeren, zij er alles aan dient te doen om de vermogensrechten over dit auteursrechtelijk werk te verwerven zodat zij volledig tegemoet kan komen aan het grondrecht dat door artikel 32 van de Grondwet wordt gegarandeerd ».

³¹⁸ Art. 21 à 23bis de la loi précitée du 30 juin 1994.

³¹⁹ Voy. par exemple CADA fédérale, 20 avril 2009, avis n° 2009-19.

partie de ne pouvoir recevoir une communication du document, sous forme de copie, il y aura abus de droit »³²⁰, et donc la possibilité, voire l'obligation de ne pas tenir compte du refus d'autorisation opposé par l'auteur du document protégé.

§ 4. La loi du 24 juin 1955 relative aux archives et les décrets et ordonnances fédérés équivalents

85. La loi du 11 avril 1994 organise encore, mais dans une moindre mesure que pour le droit d'auteur, l'articulation entre la publicité de l'administration et les législations relatives aux archives. L'article 11 de la loi prévoit trois règles à cet égard :

- la soumission de toutes archives fédérales au « droit commun » de la publicité ;
- l'impossibilité d'invoquer les exceptions de droit commun à l'expiration du délai fixé pour le secret des archives concernées (en principe 30 ans) ;
- le régime spécifique des archives de l'État, qui sont exclues du champ d'application de la loi du 11 avril 1994 parce qu'elles sont régies par leur propre texte, la loi du 24 juin 1995 relative aux archives³²¹.

Cette articulation est également prévue par l'article 12 de la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes. Pour le surplus, la plupart des législations fédérées (sauf à Bruxelles et en Communauté germanophone) se bornent à prévoir la demande d'accès ou l'application de la législation même lorsque le document demandé a déjà été déposé aux archives³²².

86. Le principe est donc l'application sans réserve du « droit commun » de la publicité de l'administration aux documents administratifs archivés. Lorsqu'un document a été archivé, il demeure sous la responsabilité du producteur de l'archive (l'autorité administrative qui la détenait), lequel doit donc se prononcer sur la demande d'accès³²³, du moins jusqu'à ce que le délai général fixé pour le secret des archives concernées ait expiré.

Il n'est donc pas envisageable de refuser l'accès à un document administratif, au motif que celui-ci a été déposé aux archives. L'article 17, § 2, du décret flamand du 26 mars 2004 détaille dans ce cas la procédure à suivre (indication du dépôt d'archives et des modalités d'accès de celui-ci ; renvoi par le dépôt d'archives de la demande à l'autorité administrative compétente, si la demande lui a été adressée...), et il nous paraît indiqué de l'étendre (tant dans la pratique que, le moment venu, dans les textes

³²⁰ A. STROWEL et N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, pp. 787 et s., et les références citées. Il est également fait allusion à cette possibilité dans CADA fédérale, 9 janvier 2012, avis n° 2012-1, p. 8.

³²¹ M.B., 12 août 1955.

³²² Art. L1561-11 et L3231-8 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. 8, § 2 et 17, § 3, du décret flamand du 26 mars 2004, art. 6, al. 1^{er}, du décret wallon du 30 mars 1995, art. 11, al. 1^{er}, de l'ordonnance COCOM du 26 juin 1997, art. 4, al. 2, du décret de la CF du 22 décembre 1994 et art. 6, al. 1^{er}, du décret COCOF du 11 juillet 1996.

³²³ CADA fédérale, 11 juin 2012, avis n° 2012-42, pp. 28-29.

légaux) aux autres niveaux de pouvoir. Après l'expiration du délai fixé pour le secret des archives concernées, il n'y a même plus lieu de demander un accès : selon l'article 11 de la loi du 11 avril 1994, il suffit de respecter les conditions générales d'accès aux archives, définitivement tombées dans la sphère publique.

La seule exception à ce principe est relative au dépôt aux Archives générales du Royaume, ou aux archives de l'État dans les provinces, lequel « ne permet plus, en principe, d'invoquer des motifs d'exception pour empêcher leur publication »³²⁴, ou plus exactement leur publicité. En effet, selon l'article 3 de la loi du 24 juin 1955, les documents datant de plus de 30 ans qui y sont versés, sont publics. La CADA fédérale n'a cependant pas manqué de signaler que, pour les documents versés depuis moins de 30 ans, de manière volontaire ou non, cette exception posait à tout le moins question. Aucune exception n'est plus invocable à l'égard de ce type d'archives, alors même que la publicité n'en est pas organisée de manière générale. La CADA en appelait dès lors à une modification législative sur ce point, profitant de la fenêtre d'opportunité ouverte par une modification annoncée de la loi du 11 avril 1994. Elle n'a cependant pas été suivie sur ce point. La CADA soulignait aussi la nécessité d'exclure les Archives générales du Royaume (AGR), en tant qu'autorité administrative détentrice de documents administratifs émanant d'autres administrations, du champ d'application de la loi. Le contournement de la loi via la sollicitation directe des AGR, en sa qualité d'autorité administrative, poserait de réelles difficultés de gestion, outre qu'elle pourrait faire naître la crainte d'une publicité non désirée dans le chef des autorités déposantes, vidant une partie de la législation sur les archives de sa substance³²⁵.

87. Les législations fédérées relatives aux archives ne devraient pas connaître d'articulation différente. Nous n'entrons pas ici dans le débat compliqué de la répartition des compétences en matière d'archives³²⁶. Il convenait néanmoins de signaler l'existence des diverses législations régionales en la matière³²⁷.

Consultée sur la compatibilité du projet de décret flamand relatif aux archives avec le respect de la vie privée, la Commission pour la Protection de la vie privée a souligné à cette occasion l'importance de prévoir, dans les législations relatives à la publicité de l'administration, la péremption des exceptions prévues par ces textes – et donc de ne pas se limiter à renvoyer aux législations sur les archives ou, pire, à les ignorer –. La CPVP rappelle en effet l'importance de la prévisibilité de la norme, en cas d'ingérence dans le droit fondamental qu'est la vie privée³²⁸.

³²⁴ CADA fédérale, 13 août 2012, avis n° 2012-64, pp. 11-12.

³²⁵ Voy., sur les deux questions, CADA fédérale, 11 juin 2012, avis n° 2012-42, pp. 29-30.

³²⁶ Voy., sur cette question, R. DEPOORTERE, « La gestion et la conservation des archives des pouvoirs publics : la difficile répartition de compétence entre l'État fédéral, la Région et la Communauté flamandes », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 486-498.

³²⁷ Voy. notamment le décret wallon du 6 décembre 2001 relatif aux archives publiques, *M.B.*, 20 décembre 2001 ; l'ordonnance bruxelloise du 19 mars 2009 relative aux archives de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 26 mars 2009 ; le décret flamand du 9 juillet 2010 relatif à l'organisation des archives administratives et de gestion, *M.B.*, 5 août 2010.

³²⁸ CPVP, 3 février 2010, avis n° 06/2010, point 9.

§ 5. Le Code judiciaire et le principe de la séparation des pouvoirs

88. Le Code judiciaire prévoit une série de règles relatives à la production de documents au cours d'une procédure³²⁹. Une controverse persiste, sur ce point, lorsque l'accès est demandé pour des documents qui sont, directement ou indirectement, relatifs à une procédure en cours, voire à une procédure future. Le principe de la séparation des pouvoirs est alors régulièrement invoqué par certaines autorités administratives pour en refuser l'accès, au motif que cette communication risquerait de faire entrave au bon fonctionnement de la justice, et en particulier aux règles judiciaires en matière d'accès au dossier (*comp. supra*, section 2, § 2).

Le Conseil d'État a systématiquement admis cette exception, estimant à juste titre que la loi du 11 avril 1994 ne s'applique pas aux demandes d'accès qui « tendent à faire déposer devant une juridiction des documents dont cette juridiction peut ordonner la production »³³⁰. Mais la haute juridiction administrative va plus loin. Dans une affaire récente en matière d'expropriation, le Conseil d'État a soutenu que « le rapport dont la production est demandée est en relation avec la demande d'expropriation pendante devant les juridictions judiciaires et que, selon la requérante, il s'agit d'une pièce nécessaire pour déterminer la juste indemnité qui lui revient ; (...) que (...) le juge peut, en vertu des articles 877 et suivants du Code judiciaire, lui ordonner la production de cette pièce ; qu'en statuant sur le présent recours, le Conseil d'État s'immiscerait dès lors dans le déroulement d'une procédure judiciaire en cours ; que l'exception doit être accueillie et que le Conseil d'État est incompétent pour connaître du recours »³³¹, confirmant par là plusieurs arrêts antérieurs similaires³³².

Le fondement de cette exception n'est cependant pas clair, le Conseil d'État se bornant à écarter l'application de la loi du 11 avril 1994 ou à se déclarer incompétent. Ou, du moins sous cette forme, il faut considérer qu'il ne s'agit pas d'une exception : la publicité de l'administration ne concerne pas les procédures en justice, mais seulement les autorités administratives et les documents administratifs.

Toute autre doit donc être la question de la réaction de l'autorité administrative face à une demande d'accès portant sur un document administratif qui fait, par ailleurs, l'objet d'un litige en justice. Seul l'article 14, 4^o, du décret flamand du 26 mars 2004 prévoit une exception dite « relative » à cet égard, en imposant de mettre l'intérêt de la publicité en balance avec « la procédure d'un procès civil ou administratif et la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement »³³³. Pour les autres niveaux de pouvoir, l'exception n'est pas organisée, et « on aperçoit donc mal en quoi

³²⁹ Voy. notamment les articles 877 et suivants du Code judiciaire.

³³⁰ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLET, *op. cit.*, pp. 381-382, et les références citées ; C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 723.

³³¹ C.E., 15 octobre 2013, *s.a. Services & Assets Management*, arrêt n° 225.098.

³³² Voy. M. LEROY, « La publicité de l'administration dans les provinces et les communes », *Rev. dr. comm.*, 1999, p. 104, et les références citées.

³³³ Voy. notamment CADA flamande, 12 avril 2011, avis n° 2011/45, 26 janvier 2011, n° 2011/1 ou 24 novembre 2010, n° 2010/277.

la loi du 11 avril 1994 ne trouverait pas à s'appliquer aux documents sollicités auprès d'une administration au seul motif qu'ils le sont par une partie à un procès »³³⁴. À notre estime, la séparation des pouvoirs doit, en effet, agir dans les deux sens : l'existence d'un litige judiciaire ne peut donc pas interférer, voire priver un citoyen de l'exercice d'un de ses droits fondamentaux. Les CADA semblent se rallier à ce point de vue. La CADA fédérale a ainsi précisé que « la raison pour laquelle une personne souhaite avoir accès aux documents administratifs et ce qu'elle entend en faire une fois obtenus, ne peut en principe pas influencer la réponse apportée à sa demande d'accès ». Elle en conclut que « une administration peut faire application de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration lorsqu'il lui est demandé de publier un document administratif, indépendamment du fait qu'une juridiction ait été saisie et de la question de savoir si le document porte sur ce litige »³³⁵.

§ 6. Les autres législations spécifiques

89. Nombreux sont les autres textes qui régissent l'accès à des documents administratifs spécifiques, soit en élargissant la publicité (A), soit en restreignant celle-ci (B) par rapport aux normes génériques examinées ci-dessus.

A. Les dispositions légales qui garantissent une publicité plus étendue : l'information environnementale

90. Les législations génériques organisent de manière claire la coexistence avec d'autres normes plus favorables à la transparence administrative : l'article 13 de la loi du 11 avril 1994 prévoit en effet que la loi « ne préjudicie pas aux dispositions législatives qui prévoient une publicité plus étendue de l'administration »³³⁶. Cependant, la seule matière dans laquelle tous les législateurs belges ont élargi la publicité est celle de l'environnement, sous la contrainte pressante de directives européennes³³⁷. Cela excepté, il y a fort peu de volonté d'élargir, dans des cas spécifiques, les conditions d'accès aux documents administratifs.

91. Si, d'un point de vue théorique, l'application séparée des exceptions prévues en matière environnementale et des exceptions génériques ne pose pas de difficultés, « la distinction entre informations en matière d'environnement et informations non

³³⁴ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 382. Comp. I. LEYSEN, « Droit d'accès à l'information et production de pièces en justice », *Amén. envir.*, 2000, p. 42.

³³⁵ CADA fédérale, 8 juillet 2013, avis n° 2013-19. Voy. dans le même sens, CADA wallonne, 28 août 2013, avis n° 2013-57 ; CADA de la CF, 8 octobre 2013, avis n° 65. *Contra*, mais à tort, selon nous : CADA bruxelloise, 11 juin 2014, avis n° 78.

³³⁶ Une disposition comparable est reprise dans toutes les législations génériques (voy. notamment l'art. 12 du décret de la Communauté française, l'art. 2, 2^e phrase du décret wallon, l'art. 22 de l'ordonnance bruxelloise, l'art. 9 du décret germanophone ou l'art. 5 du décret flamand).

³³⁷ Voy. à ce sujet, dans le présent ouvrage, le chapitre 1 du titre 2.

environnementales (...) semble très complexe dans la pratique. Par ailleurs, de nombreux documents administratifs présentent un caractère mixte parce qu'ils reprennent des informations tant environnementales que non environnementales »³³⁸.

De plus, tous les niveaux de pouvoir n'ont pas organisé leurs instances de recours de la même manière. Si aux niveaux flamand ou bruxellois, par exemple, c'est la même instance qui se prononce sur l'application des exceptions générales ou environnementales³³⁹, au niveau fédéral ou wallon, par contre, deux instances de recours distinctes ont été créées, et leurs compétences sont en principe exclusives l'une de l'autre³⁴⁰. Il s'en suit que l'application des exceptions est le plus souvent traitée d'abord sous l'angle de la recevabilité du recours devant chacune des deux instances. Or, sans doute dans le but de garantir au mieux le droit fondamental du citoyen, les deux instances peuvent avoir tendance à interpréter leur champ de compétence de manière assez large. C'est notamment le cas de la CADA wallonne qui a récemment, à quelques reprises, admis des recours concernant des documents dont la portée environnementale est à tout le moins discutable, emportant en conséquence l'application d'exceptions génériques, plus restrictives de la publicité³⁴¹. Cette CADA considère en effet que les mesures qui n'affectent ou ne protègent pas directement l'environnement peuvent relever de la législation générique³⁴². Le risque de deux avis contraires émis par les deux instances de recours n'est, dans ce cas, pas inexistant. Mais le risque que les deux instances se déclarent incompétentes n'est pas mince non plus, et serait bien plus inadmissible. Il démontre l'intérêt, et l'importance, qu'il y aurait à toujours organiser des mécanismes de concertation entre les instances compétentes³⁴³, si pas à réunir toutes les compétences en matière de publicité au sein d'une même instance, à l'instar des modèles flamand et bruxellois.

³³⁸ Rapport d'activités 2011 de la CADA fédérale, p. 24.

³³⁹ Mais avec deux « casquettes » différentes, bien entendu. Voy. le cas des « décisions-avis » évoqués (notamment dans les conclusions) par M. LEROY et E. WILLEMART, « L'accès aux documents administratifs en Région de Bruxelles-Capitale », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT (dir.), *Le droit bruxellois (1989-2014). Un bilan après 25 ans d'application*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

³⁴⁰ La CADA wallonne (17 juillet 2012, avis n° 41) a cependant considéré « qu'une éventuelle reconnaissance de compétence de la Commission d'accès aux documents administratifs ne préjudicie pas au recours prévu pour les informations environnementales devant la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement ».

³⁴¹ Voy. notamment CADA wallonne, 1^{er} octobre 2012, avis n° 45 (concernant une convention relative à la réaffectation de terrains de football par la Ville de Dinant).

³⁴² CADA wallonne, 17 juillet 2012, avis n° 41 : « le fait que des mesures ou activités découlant de l'exécution de [mesures prises en vue d'attribuer des marchés publics ou définir les budgets y relatifs] ou des études établies suite à ces mesures peuvent soit avoir une incidence sur des éléments de l'environnement ou sur des facteurs susceptibles d'avoir eux-mêmes une incidence sur ces éléments, soit être destinées à protéger ces éléments ne suffit pas à permettre de considérer que les délibérations communales [relatives à ces marchés publics ou à ces budgets] sont des informations environnementales » au sens du Code wallon de l'environnement. Voy. également le rapport annuel 2012 de la CADA wallonne, pp. 12 et 19.

³⁴³ Ce que prévoit, en pratique, l'État fédéral, par la nomination d'un secrétaire identique pour les deux instances de recours.

B. Les dispositions légales qui prévoient une publicité plus restreinte³⁴⁴

92. Le législateur peut également, en exécution de l'article 32 de la Constitution, prévoir des limites plus contraignantes à l'obligation de publicité, limites qui seraient dérogoires au « droit commun » que constitueraient les normes génériques. Trois manières de déroger à ce droit commun peuvent être distinguées.

Le législateur pourrait tout d'abord tenter de procéder de manière implicite. Une loi organise la publicité de certains actes seulement ; dès lors, la publicité des autres actes n'étant pas organisée, c'est qu'elle ne doit pas être assurée. Cette tentative malhabile de contourner l'article 32 de la Constitution est cependant très logiquement rejetée par la doctrine et les CADA³⁴⁵.

Le législateur pourrait ensuite imposer la confidentialité d'un document administratif, prévoir une obligation de secret, au sens de l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 ou des dispositions fédérées équivalentes (mais sans nécessairement se référer explicitement à cette exception). C'est la situation la plus courante, qui a déjà été examinée *supra* (section 1, § 2).

93. Le législateur fédéral ou régional peut enfin écarter l'application des normes génériques, à l'instar de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification, examinée ci-dessus.

Le procédé a été utilisé, au niveau fédéral, en matière nucléaire. Selon l'article 2*bis* de la loi du 15 avril 1994, « la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration n'est pas applicable aux matières nucléaires ni aux documents nucléaires »³⁴⁶. La Cour constitutionnelle a jugé justifiée la décision de s'écarter du « droit commun en matière de publicité de l'administration », parce qu'un tel régime justifié était non seulement suffisamment limité, mais surtout « nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par le législateur, à savoir assurer la sécurité de l'État et lutter contre la prolifération et le trafic illicite des armes nucléaires »³⁴⁷.

Le procédé semble comparable pour certaines des législations qui ont transposé la directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté

³⁴⁴ N'est pas envisagée sous ce titre la législation relative à la réutilisation des informations du secteur public, qui ne relève selon nous pas d'une logique de publicité, et ne devrait donc pas interférer avec la possibilité d'avoir accès à des documents administratifs sur la base des législations génériques. Voy. néanmoins sur cette question le chapitre 6, du titre 2 du présent ouvrage, ainsi que D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 212-214.

³⁴⁵ D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 206 ; CADA fédérale, 8 juillet 2013, avis n° 2013-20, p. 4 ; CADA bruxelloise, 2 avril 2014, décision n° 76/2014.

³⁴⁶ Art. 2*bis* de la loi du 15 avril 1994 relative à la protection de la population et de l'environnement contre les dangers résultant des rayonnements ionisants et relative à l'Agence fédérale de Contrôle nucléaire, *M.B.*, 29 juillet 1994, tel qu'inséré par la loi du 2 avril 2003, *M.B.*, 2 mai 2003, et modifié par la loi du 30 mars 2011, *M.B.*, 18 avril 2011.

³⁴⁷ C.C., 15 septembre 2004, arrêt n° 150/2004, points B.7.2. et B.8. Et étant entendu que la législation relative à l'accès aux informations environnementales peut néanmoins s'appliquer en l'espèce.

européenne (INSPIRE)³⁴⁸. Toutes les législations belges prévoient en effet, conformément à la directive, un régime spécifique de restrictions de l'accès public aux données contenues dans l'*infrastructure d'information géographique*. Au niveau fédéral et bruxellois, ce régime semble remplacer purement et simplement le régime de la publicité de l'administration (la loi spécifique déroge à la loi générale). Les lois générales « publicité » pourraient seulement compléter, lorsqu'elles sont plus restrictives, les dispositions relatives à l'*infrastructure d'information géographique*³⁴⁹. Au niveau wallon, le texte est beaucoup moins clair, dès lors que la possibilité d'exercer un recours à la CADA et à la Commission wallonne de recours pour l'accès à l'information environnementale est expressément prévue par l'article 13, § 2, du décret du 22 décembre 2010. S'il faut en déduire que les trois régimes de publicité doivent s'appliquer en parallèle, rien n'indique lequel doit prévaloir. Celui sur l'information environnementale, d'abord, très probablement. Mais entre les deux suivants, c'est la bouteille à encre. Seul le décret flamand du 20 février 2009 semble un peu plus clair, puisque, sauf quelques cas, il renvoie à la législation relative à la publicité de l'administration, à celle relative à l'accès à l'information environnementale et à celle relative à la protection de la vie privée.

Le législateur wallon, enfin, a aussi tenté d'exclure l'application du décret relatif à la publicité de l'administration en matière de licence d'exportation d'armes. Un décret du 21 juin 2012 prévoit que les certificats et licences accordés en la matière, de même que les avis rendus par la Commission d'avis sur les licences d'exportations d'armes, « ne constituent pas des actes administratifs au sens et pour l'application du décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration »³⁵⁰. À nouveau interrogée, la Cour constitutionnelle a, cette fois, considéré que l'auteur du décret « reste en défaut de démontrer que les exceptions et la procédure instaurées par le décret wallon du 30 mars 1995 seraient insuffisantes pour garantir la confidentialité de pareilles informations », et a par conséquent annulé ce régime trop restrictif³⁵¹. La Cour a notamment été sensible au fait que la confidentialité de ces documents était prévue de manière générale, sans la moindre appréciation concrète au cas par cas, et au fait que

³⁴⁸ J.O.U.E., L.108, 25 avril 2007. La transposition de cette directive a été réalisée par la loi du 15 décembre 2011, *M.B.*, 9 janvier 2012 ; par l'accord de coopération du 2 avril 2010, *M.B.*, 12 avril 2011 ; par le décret flamand du 20 février 2009, *M.B.*, 28 avril 2009 ; par le décret wallon du 22 décembre 2010, *M.B.*, 3 février 2011 ; et par l'ordonnance bruxelloise du 28 octobre 2010, *M.B.*, 18 novembre 2010. Voy. notamment C. DE TERWANGNE et J.-Ph. MOINY, « À la croisée de la publicité de l'administration, de la réutilisation des informations du secteur public et de la protection des données : l'exemple de la directive INSPIRE », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 121-141.

³⁴⁹ Voy. par exemple l'art. 9, § 1^{er}, al. 2, a), de la loi précitée du 15 décembre 2011, et l'art. 14, § 3, 1^o, de l'ordonnance précitée du 28 octobre 2010, selon lesquels l'accès à l'information peut être refusé lorsqu'il porte atteinte à « la confidentialité des travaux des autorités publiques relevant de l'autorité fédérale, lorsque cette confidentialité est prévue par la loi », le décret ou l'ordonnance.

³⁵⁰ Art. 21 du décret wallon du 21 juin 2012 relatif à l'importation, à l'exportation, au transit et au transfert d'armes civiles et de produits liés à la défense, *M.B.*, 5 juillet 2012 ; décret lui-même adopté après une longue saga judiciaire devant le Conseil d'État (voy. l'exposé des motifs, *Doc.*, Parl. wallon, session 2011-2012, n^o 614/1).

³⁵¹ C.C., 19 décembre 2013, arrêt n^o 169/2013. Voy. le bref commentaire de cet arrêt par la CADA wallonne dans son rapport annuel 2013, pp. 22-24.

les motifs invoqués pour justifier ce régime dérogatoire étaient très proches de motifs d'exception déjà prévus par le droit commun de la publicité. Cette affaire montre surtout que la Cour constitutionnelle est désormais prête à examiner attentivement les motifs qui pourraient (ou ont pu) conduire à déroger aux législations génériques, et ce sur la base des principes bien connus d'égalité et de proportionnalité. On peut même se demander si ce contrôle de la Cour ne risque pas de s'étendre à toutes les législations qui comportent une obligation de secret, lesquelles devraient désormais justifier de leur existence par rapport au « droit commun » des exceptions à la publicité.

Conclusions

94. À l'issue de cette longue analyse des différentes exceptions prévues pour refuser l'accès aux documents administratifs, le bilan demeure à l'évidence mitigé. La principale question que nous avons soulevée portait sur la pertinence de la distinction entre les trois grandes catégories d'exceptions, telle qu'elle reste organisée par toutes les législations.

Or, à l'évidence, ces catégories sont particulièrement poreuses.

Tout d'abord, parce qu'elles présentent de nombreux points communs, ne fût-ce que par le traitement que leur réserve les autorités administratives, les CADA et les hautes juridictions belges, notamment en ce qui concerne l'exigence cardinale d'une motivation concrète et pertinente. Ou, de manière plus ponctuelle, parce que diverses exceptions de portée différente (l'une absolue, l'autre relative, le plus souvent) semblent néanmoins concerner un problème commun : la sécurité et la défense nationales vs. les intérêts protégés par la loi du 11 juin 1998 relative à la classification des documents ; la vie privée vs. la protection des secrets d'affaires ; l'anonymat de la dénonciation vs. la confidentialité d'un avis ou d'une opinion ; le caractère secret des délibérations gouvernementales vs. le risque de méprise à la lecture d'un document inachevé ou incomplet, etc.

En conséquence directe de ces traits communs, voire de ces confusions, il faut constater que les autorités administratives, et les CADA à leur suite, combinent très souvent les exceptions, quelle que soit la portée qui leur est réservée. Cette combinaison d'exceptions concerne même la majorité des avis rendus par les CADA. Elle ne tient pratiquement jamais compte de la portée plus ou moins contraignante qui est attachée à chacune des exceptions séparément, se bornant à rappeler l'exigence d'une motivation concrète et pertinente.

La distinction entre les catégories d'exceptions est aussi poreuse eu égard au fait que les législateurs fédéral et fédérés ont parfois sérieusement brouillé les pistes, en n'harmonisant pas les textes, voire même la portée des exceptions qu'ils ont prévu : là où la plupart des textes prévoient des exceptions obligatoires relatives, la Communauté

française se contente d'exceptions facultatives ; le secret des affaires devient une obligation absolue pour les intercommunales wallonnes ; la confidentialité des avis ou opinions devient une exception obligatoire relative dans la législation flamande, etc. Le problème est d'autant plus ardu que de nombreux textes sont susceptibles de s'appliquer simultanément à une même autorité, on l'a vu en introduction de cette contribution.

Cette porosité se constate encore lorsque l'obligation de secret instaurée par la loi, de portée absolue, étend sa protection, par le biais de législations spécifiques, à des intérêts protégés en principe par une exception de portée relative. C'est par exemple le cas de la protection du secret des affaires dans les marchés publics.

95. Il n'empêche que, à bien y regarder, nous ne sommes pas convaincus par la nécessité de faire disparaître les catégories légales actuellement prévues par les textes. Elles impliquent en effet une certaine hiérarchisation des exigences de motivation qu'il n'est pas inutile de rappeler aux autorités administratives. Cette conclusion impose évidemment de respecter l'objectif constitutionnel dans lequel s'inscrivent les exceptions, en particulier pour les exceptions dites « absolues ». À cet effet, Thomas Bombois a soutenu la validité des exceptions obligatoires absolues, pour autant qu'elles respectent trois conditions : ne pas viser un droit fondamental (car il ne peut y avoir de suprématie formelle d'un droit fondamental sur un autre) ; être justifié « par la *nature* des *intérêts* qu'elles entendent protéger » ; et enfin ne pas « priver l'administration de tout pouvoir discrétionnaire. Il doit toujours y avoir une appréciation, au cas par cas, de la réalité de l'atteinte à l'*intérêt* protégé par l'exception absolue »³⁵².

96. Une seconde difficulté, déjà en partie abordée, résulte de l'absence criante d'harmonisation entre l'ensemble des textes applicables. Cette absence se marque particulièrement dans la rédaction de certaines exceptions : au-delà du problème de la portée divergente des mêmes exceptions, ce sont parfois les notions concernées elles-mêmes qui divergent : l'étendue géographique de « l'intérêt économique et financier » pour chaque niveau de pouvoir, par exemple.

97. Parmi les évolutions récentes remarquables, il faut s'arrêter encore sur deux points au moins. Le premier fait écho à l'appel lancé dans la contribution, maintes fois citées ici, de Diane Déom, Thomas Bombois et Laurence Gallez, en faveur d'une plus grande publicité des avis rendus par les différentes CADA. Cet appel a manifestement été entendu, et permet mieux que jamais aux praticiens, grâce à la publication sur internet de la plupart des décisions des CADA, de s'informer au mieux, et d'évaluer de manière plus pertinente l'application des régimes d'exceptions à la publicité de l'administration.

La seconde évolution s'apparente davantage à une systématisation, du moins au niveau des avis rendus par les CADA. Elle a pour objet l'application de l'article 6, § 4 de la loi du 11 avril 1994 (et de ses équivalents fédérés), selon lequel lorsque, en application des régimes d'exceptions légaux, « un document administratif ne doit ou ne

³⁵² D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, pp. 325-326.

peut être soustrait que partiellement à la publicité, la consultation, l'explication ou la communication sous forme de copie est limitée à la partie restante ». La recherche d'une communication partielle est pratiquement devenue systématique dans tous les avis où l'accès à la publicité est tranché sur le fond, renforçant le principe selon lequel les exceptions ne doivent être appliquées que de manière restrictive³⁵³.

98. Le régime des exceptions à la publicité de l'administration est donc un régime particulièrement complexe, qui prend toute sa part dans l'alourdissement des procédures, tant du point de vue de l'administration que du point de vue du demandeur d'accès. Sans compter les nombreuses incertitudes ou situations dans lesquelles il faut compter sur l'imagination des autorités administratives et des CADA, peu propice à assurer la sécurité juridique dans un domaine qui en aurait bien besoin. L'appel à la codification ou à la coordination des textes en la matière mérite incontestablement d'être réitéré. Il mérite en outre d'être complété par la réserve croissante qui devrait animer tout législateur tenté d'adopter de nouvelles normes spécifiques en matière de publicité ou de secret. Cette profusion de textes spécifiques nuit à la sécurité juridique, mais surtout, cette prolifération devrait amener un jour ou l'autre la Cour constitutionnelle à se pencher sur la validité de ces dispositifs multiples, dès lors qu'ils entravent sans cesse davantage le droit fondamental d'accès aux documents administratifs. À tout le moins, c'est un minimum, tout texte spécifique devrait faire référence et se positionner par rapport aux législations génériques relatives à la publicité.

99. Pour conclure enfin, il faut reconnaître que ce régime des exceptions a surtout permis de « démythifier » la transparence administrative, qui est loin, très loin d'être absolue³⁵⁴. Même si les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive, elles sont chaque année plus nombreuses, vu les nouvelles obligations de secret créées par la loi. « Le secret n'a donc nullement disparu de l'univers administratif : le nouveau dispositif légal a eu seulement pour effet de le cantonner, mais aussi de l'officialiser, en en précisant les contours »³⁵⁵. La préservation d'une certaine part de secret n'est donc pas critiquable en tant que tel : elle fait même partie de l'ADN de toute règle visant à garantir la transparence administrative. Ces conclusions, inspirées par Jacques Chevallier correspondent à la situation belge : notre contribution n'a finalement eu pour objet que de tracer minutieusement, mais avec plus ou moins de réussite selon les cas, la frontière entre la transparence et le secret, plus que jamais omniprésent dans l'action administrative.

³⁵³ Voy. notamment le rapport annuel 2012 de la CADA wallonne, p. 20, qui indique que, dans la majorité des cas où une exception peut être invoquée, « la solution d'une transmission de documents expurgés de certaines parties est retenue » par la CADA wallonne. Voy. aussi D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, *op. cit.*, p. 226.

³⁵⁴ Par référence à l'article de J. CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », in *Information et transparence administratives*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 239-275.

³⁵⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 259.