Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit à la transparence administrative

de Terwangne , Cécile

Published in:
Les droits constitutionnels en Belgique

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
de Terwangne , C 2010, Le droit à la transparence administrative. Dans *Les droits constitutionnels en Belgique.* Académia Bruylant, Bruxelles, p. 703-746.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 25. Apr. 2024

XV.D.

LE DROIT À LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE

PAR

CÉCILE DE TERWANGNE

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX À NAMUR

INTRODUCTION

1. «Ce qui caractérise l'administration, c'est la haine violente que lui inspirent indistinctement tous ceux, nobles ou bourgeois, qui veulent s'occuper d'affaires publiques en dehors d'elle. [...]. En un mot, elle n'entend point que les citoyens s'ingèrent d'une manière quelconque dans l'examen de leurs propres affaires» (1). C'est la France qui inspire à Tocqueville son constat sans complaisance sur les prédispositions à l'ouverture de l'administration.

Mais en Belgique, cette dernière n'était pas mieux disposée à l'égard de la légitime curiosité des administrés. Il faudra attendre des décennies, et singulièrement plus longtemps que dans nombre de pays occidentaux (2), pour que la radicale mutation dans la philosophie du pouvoir qu'implique l'instauration de la transparence administrative se fasse jour. Il est remarquable que cette mutation ait été le fruit d'une initiative de l'autorité publique elle-même. La publicité de l'administration n'est pas issue d'une revendication populaire ni dérivée d'une lutte séculaire. «Aucune grève n'a éclaté, aucune manifestation, nulle part la gendarmerie n'a dû charger à cheval pour disperser les demandeurs de transparence» (3). Instrument de connaissance et de participation du public mais aussi instrument de

(1) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution (1856)*, Paris, Flammarion, 1988, p. 57.

(2) En 1986, Francis Delpérée notait : «Alors que la plupart des Etats européens ont profité des quinze dernières années pour concevoir et pour mettre en œuvre les principes de ce qu'il est convenu d'appeler la transparence de l'administration, le droit belge a cru pouvoir rester à l'écart de cette importante mise à jour» (F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 362).

(3) M. LEROY, «La publicité de l'administration dans les provinces et les communes», *Dr. comm.*, 1999, p. 93.

contrôle et d'efficacité des autorités, la transparence témoigne de l'évolution radicale des exigences attachées au système démocratique (4).

Parti de l'enceinte du Conseil de l'Europe (5), un mouvement de transparence générale finit par s'étendre à l'ensemble du continent européen et atteint le 18 juin 1993 la Constitution belge. Ce jour-là, les Chambres votèrent l'insertion d'un article 24*ter* dans la Constitution, consacrant le droit de chacun *de consulter ou de se faire remettre copie de chaque document administratif*. La disposition est aujourd'hui devenue l'article 32 de la Constitution coordonnée. L'information est désormais un droit que les administrés peuvent opposer à l'administration. On a quitté «le terrain glissant du bon-vouloir administratif pour entrer dans celui des garanties juridiques, en créant par là même un climat de conflictualité latente : l'information sera conquise sur l'administration, parfois arrachée à elle contre sa volonté» (6) (7).

2. Les pages qui suivent sont dédiées à l'analyse du droit consacré à l'article 32, ce qui conduit inévitablement à évoquer les législations générales d'accès adoptées en aval de cette disposition et destinées à en dessiner les contours. Les législations particulières instituant l'accès aux documents administratifs en matière d'environnement ne sont, quant à elles, pas retenues, même si leur filiation avec l'article 32 (8) et la grande proximité qu'elles présentent avec les textes généraux permettent de mentionner là où cela s'indique certaines décisions prononcées par leurs organes de contrôle, à titre d'illustration des principes exposés ci-dessous.

(4) Sur les finalités de la transparence, voy. C. DE TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Thèse de doctorat, Namur, FUNDP, 2000, n°s 14-18, http://www.crid.be/pdf/public/These_cdeterwangne.pdf.

(5) Voy. recommandation R(81)19 du 25 novembre 1981 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques.

(6) J. CHEVALLIER, «Le mythe de la transparence administrative», in *Information et transparence administratives*, Paris, P.U.F., coll. Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1988, p. 249.

(7) Evoquant en mai 2008 une affaire dans laquelle une journaliste souhaitant obtenir la communication de documents du SPF Finances a dû affronter d'abord l'inertie de l'administration et ensuite l'apparente mauvaise foi du ministre, Dirk Voorhoof relève «Deze zaak bewijst nog maar eens hoe op federaal niveau de afdwingbaarheid van bestuur schromelijk tekortschiet en hoe sommige politici zelf een volstrekt verkeerd signaal geven over de transparantieverplichtingen van de overheid». (D. VOORHOOF, «Raad van Staat streng voor minister die toegang tot 'geheim' contract en brieven weigerde», *De juristenkrant*, 28 mai 2008, p. 6). Robert Andersen note toutefois qu'en matière fiscale «des progrès notables ont été enregistrés et si certaines réticences se manifestent encore en ce domaine, elles apparaissent comme des combats d'arrière-garde» (R. ANDERSEN, «Conclusions générales», in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 30, p. 963).

(8) C.E., arrêt *De Nationale instelling voor radioactief afval en de verrijkte splijtstoffen*, n° 192.371, du 14 avril 2009, 3.3.1; Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement – Région wallonne (ci-après C.R.A.I.E.), 19 février 2001, recours n° 217, *J.T.*, 2001, p. 576 (toutes les décisions de la C.R.A.I.E. citées dans la suite de cette contribution sont disponibles sur http://environnement.wallonie.be/droit_information/).

1. – LE DROIT À LA PUBLICITÉ DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS ÉRIGÉ EN DROIT FONDAMENTAL

3. En déclarant à l'article 32 de la Constitution que désormais tout document administratif est en principe public, «le Constituant a érigé le droit à la publicité des documents administratifs en un droit fondamental» (9).

Bien davantage qu'une technique à respecter dont le défaut serait sanctionné au titre de vice de procédure (10), ou qu'une norme de la «bonne administration» (11), la transparence, considérée comme un principe fondamental du droit administratif (12), apparaît aujourd'hui comme un véritable droit fondamental. Tant la Cour constitutionnelle que le Conseil d'Etat se sont plu à souligner de manière réitérée ce caractère (13).

Accéder aux documents administratifs est devenu un droit subjectif (14), certes non absolu (15). Des exceptions au principe de la publicité des documents sont admises mais seulement dans les conditions fixées par la loi, le décret ou l'ordonnance. Un véritable renversement des traditions administratives de secret installées depuis des siècles s'est opéré (16). La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui sera instituée par la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration pour en superviser la mise en œuvre, insistera dans une de ses premières décisions sur cette inversion réalisée entre la règle et l'exception en ce qui concerne la publicité et le secret. La CADA déclara «dat de grondwetgever en de wetgever door art. 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 aan te nemen, een echte revolutie in de administratieve mentaliteit hebben willen teweegbrengen, namelijk de overgang van de regel van de gehei-

(9) C.C., arrêt n° 17/97, du 25 mars 1997, B.2.1.

(10) F. DELPÉRÉE, «Le droit constitutionnel et la transparence», in D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 15.

(11) *Ibid.*, p. 18.

(12) R. ERGEC, «La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites», *A.P.T.*, 1993, p. 87.

(13) Not. C.C., arrêt n° 150/2004, du 15 septembre 2004, B.3.2; C.E., arrêt *Delwart*, n° 68.610, du 2 octobre 1997 et arrêt *Vanderzande et Hallumiez*, n° 126.340, du 12 décembre 2003.

(14) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 94; F. JONGEN, «La publicité de l'administration», *J.T.*, 1995, p. 779; D. RENDERS, B. GORS ET C. THIEBAUT, «La procédure d'accès aux documents administratifs», in D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 564; P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, «L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux», in D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, p. 59; J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *Amén.-Env.*, 1996, n° spécial, p. 241.

(15) C.E., arrêt *Wittouck*, n° 79.086, du 3 mars 1999 et arrêt *Lejeune*, n° 116.752, du 7 mars 2003.

(16) Quelques brèches avaient déjà été ouvertes dans le principe du secret : publicité des délibérations des organes communaux et provinciaux, publicité des listes électorales, des documents cadastraux, et, surtout, publicité organisée dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire (voy. C. BENEDEK, «La transparence administrative en Belgique. L'accès aux documents administratifs», *A.P.T.*, 1993, pp. 162 et s.).

mhouding naar die van de doorzichtigheid. [...]» (17). Elle ajouta qu'il n'est donc pas question pour l'administration de «couper inutilement les cheveux en quatre» pour la mise en œuvre de la publicité de l'administration, il s'agit d'appliquer sans réticence la règle de l'ouverture et de n'admettre qu'exceptionnellement le retour au secret.

4. Tel qu'inscrit dans la Constitution, le droit à la transparence de l'administration ne connaît qu'une forme passive. L'initiative est laissée à l'administré qui peut désormais venir consulter sur place les documents qu'il souhaite ou en demander une copie. Aucune obligation ne découle de ce droit pour l'administration (18) si ce n'est celle de donner une suite aux demandes qui lui sont adressées (19). Le Conseil d'Etat a toutefois mis en exergue l'existence d'un devoir de renseignement dans le chef de l'administration à propos des documents communiqués, comme «corollaire du droit constitutionnel d'accès» (20). Il avait déjà signalé que le droit d'obtenir des explications fait naturellement partie du service public (21). Il faut avouer que dans bien des cas, «la publicité sans explication resterait lettre morte en raison du caractère administratif du langage utilisé ou de la technicité des documents» (22).

5. Il ressort de l'ensemble des travaux préparatoires que l'article 32 ne vise que le pouvoir exécutif, à l'exclusion des pouvoirs législatif et judiciaire (23) (24). La Cour constitutionnelle a énoncé que «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» (25). Le Conseil d'Etat, pour sa part, a spécifié qu'il se déduit du principe de la séparation des pouvoirs que les informations utilisées par les organes judiciaires dans le cadre de la recherche ou de la poursuite de faits punissables n'entrent pas dans le champ de la législation relative à la publicité de l'administration (26). Toutefois, il a précisé que dès lors que les pièces issues d'un dossier répressif sont communiquées à l'administration afin d'établir l'impôt, elles deviennent des documents administratifs, qu'elles soient ou non utilisées par l'administration fiscale pour établir l'impôt. Même les pièces n'ayant pas servi à l'administration qui les a reçues ne sont donc plus couvertes par le secret de l'instruction et tombent dans le champ de la publicité (27).

6. Le Constituant a opté pour une consécration non détaillée du principe de transparence, dans la ligne des dispositions consacrant d'autres droits fondamentaux dans la Constitution (28). Il s'en est remis aux entités fédérées pour dessiner les contours de ce nouveau droit posé de façon générale et sommaire. L'article 32 de la Constitution poursuit, en effet : «...sauf les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134».

La disposition constitutionnelle laissait aux autorités un délai de dix-huit mois pour s'exécuter, le texte constitutionnel entrant en vigueur le 1er janvier 1995 (29) quel que soit l'état d'avancement des travaux législatifs. Depuis le 1er janvier 1995, le droit d'accès est donc susceptible d'être directement revendiqué par tout citoyen. L'article 32 est «*self-executing*», pour reprendre l'assertion du ministre de l'Intérieur devant la commission du Sénat (30), ce qui signifie que «[m]ême si différents législateurs ne font pas usage de cette possibilité [de prévoir des modalités et exceptions au droit constitutionnel], ce droit est néanmoins d'application» (31). C'est le cas pour les institutions qui échapperaient aux champs d'application des textes

(17) CADA, avis 94/7.

(18) Il a toutefois été soutenu que, afin de permettre la mise en œuvre du droit d'accès, l'article 32 impliquait l'obligation pour les autorités administratives d'établir un registre ou un index de tous les documents administratifs W. Pas, B. Seutin, J. Theunis, G. Van Haeren-Doren, J. Van Nieuwenhove, L. Vermeire, *De Grondwet*, Brugge, die Keure, 1998, 81.

(19) Le Conseil d'Etat a estimé que l'absence de réponse de l'administration à la demande d'accès d'une journaliste constituait une violation de l'article 32 de la Constitution (C.E., arrêt *M. Teugels*, n° 182.185, du 21 avril 2008).

(20) C.E., arrêt *de Liedekerke de Pailhe*, n° 112.495, du 12 novembre 2002 et arrêt *Roberti de Winghe et de Liedekerke*, n° 112.496, du 12 novembre 2002.

(21) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, p. 29.

(22) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 871/1, p. 6.

(23) Par une décision en référé du 24 septembre 1997, le président du tribunal civil de Bruxelles, saisi d'une demande visant à faire ordonner à la Chambre des représentants de délivrer copie des pièces du dossier de demande de naturalisation du requérant, déclara que l'article 32 de la Constitution sur lequel le requérant fondait sa demande «n'est pas applicable au pouvoir législatif» (Civ. Bruxelles (réf.), 24 septembre 1997, *J.T.*, 1998, pp. 710-711). La Cour de cassation a également dit que la loi relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes n'est pas applicable aux litiges en matière de taxes communales sur lesquels la députation permanente a statué en tant qu'organe juridictionnel (Cass., 10 mai 2001, *T. Gem.*, 2002, p. 75, note G. Van Haegenborgh).

(24) Sur les précisions et nuances à apporter à cette exclusion, voy. P. Lewalle, L. Donnay et G. Rosoux, *op. cit.*, pp. 74 et s.

(25) C.C., arrêt n° 21/2000, du 23 février 2000, B.8.3.

(26) C.E., arrêt *Ghysels et Van Roy*, n° 85.177, du 8 février 2000; arrêt *Michel*, n° 94.759, du 18 avril 2001 et arrêt *Rosoux*, n° 94.760, du 18 avril 2001.

(27) C.E., arrêt *Swartebroekx et Vercruysse*, n° 94.419, du 28 mars 2001. Dans le même sens, C.E., arrêt *Tassin*, n° 97.056, du 27 juin 2001 et arrêt *J. Malagne*, n° 66.860, du 18 juin 1997. Voy., *infra*, les développements consacrés à la notion de document administratif.

(28) «L'article proposé de la Constitution fixe les principes de base concernant la publicité de l'administration. Il est opté pour une brève définition de ces principes. Une spécification plus détaillée ne peut que prêter à confusion et ne fait que rétrécir le texte au lieu de l'éclaircir. Le danger est trop grand que ce qui n'est pas repris soit interprété comme une restriction volontaire ou involontaire» (Proposition du Gouvernement visant à insérer un article *24ter* dans la Constitution relatif à la publicité de l'administration, Note explicative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 839/1, p. 4.

(29) Constitution coordonnée du 17 février 1994, Titre IX, art. II.

(30) Rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 100-49/2°, pp. 3, 6 et 8.

(31) Rapport de la commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 839/4°, p. 8.

adoptés en aval de la disposition constitutionnelle (32). Ces institutions sont donc soumises au prescrit de transparence non modalisé de l'article 32.

II. – La filiation entre la disposition constitutionnelle et la Convention européenne des droits de l'homme

7. Il est clairement établi dans la note explicative de la proposition du gouvernement visant à insérer l'article 24*ter* dans la Constitution que le droit en cause est en lien direct avec le droit à l'information. Le droit à la publicité des documents administratifs est à considérer, d'après cette note explicative, comme un cas particulier d'un droit général à l'information qui est lui-même une extension de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est donc à la liberté d'expression et d'information inscrite à l'article 10 de la Convention que se rattache principalement la question de la transparence de l'action des pouvoirs publics. Au vu de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (33), on peut établir que les informations couvertes par une législation instaurant un droit d'accès du public non conditionné par la justification d'un intérêt, sont à considérer comme des «sources générales d'information». A ce titre, l'accès à ces informations doit être garanti dans le respect de l'article 10 de la Convention. Il appartient aux organes de la Convention de vérifier si les conditions auxquelles l'accès aux informations peut être exercé n'interfèrent pas avec le «droit de recevoir l'information».

La Cour constitutionnelle a d'ailleurs elle-même vérifié la régularité au regard de l'article 10 de la Convention européenne des dispositions du décret de la Communauté française du 6 avril 1998 modifiant certaines dispositions en matière d'enfance et d'aide à la jeunesse, qui limitent, dans une phase non juridictionnelle de l'aide à la jeunesse, la communication aux avocats ou aux personnes intéressées de certaines pièces du dossier (34).

La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs fondé dans une certaine mesure un droit d'accès à l'information détenue par l'Etat sur les

(32) Diane Déom évoque l'hypothèse d'institutions hybrides telles une intercommunale interrégionale ou une association sans but lucratif regroupant des organismes fédéraux et régionaux (D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, «Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs», in D. Renders (dir.), *op. cit.*, pp. 201 et 202) et David Renders, Benoit Gors et Christophe Thiebaut signalent que l'article 32 régit seul la transparence des autorités qui ne peuvent être qualifiées d'administratives (D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, p. 580), voy. *infra*.

(33) Comm. eur. D.H., arrêt *Finegan c. Irlande*, du 7 décembre 1981, req. 8878/80, inédite; arrêt *X. c. République fédérale d'Allemagne*, du 3 octobre 1979, req. 8383/78, *Decisions and Reports* 17, 228; arrêt *X. c. Autriche*, du 13 avril 1988, req. 10392/83, inédite.

(34) C.C., arrêt n° 21/2000, du 23 février 2000, B.8.4.

dispositions de la Convention qui garantissent le droit à la vie privée, le droit à la vie et le droit à un procès équitable (CEDH, art. 8, 2 et 6) (35).

III. – Les contours du droit à la publicité de l'administration : l'intervention des autorités législatives du pays en aval de la disposition constitutionnelle

8. L'article 32 invite, ainsi qu'on l'a dit, les différents législateurs du pays à préciser la portée du nouveau droit. Le caractère succinct de l'énoncé du droit d'accès n'autorise pas pour autant les législateurs à détourner la disposition constitutionnelle de son sens original ou à lui enlever tout effet utile. Les exceptions au principe de la publicité des documents administratifs fixées par la loi, le décret ou l'ordonnance doivent être justifiées (36).

III.1. – *La question de compétence*

9. Avant l'introduction de l'article 32, la question de la compétence des entités fédérées en matière d'accès à l'information soulevait des hésitations tant dans le chef des concepteurs de textes légaux en la matière – certaines propositions de lois déposées au Parlement couvraient l'ensemble des pouvoirs publics tandis que d'autres ne visaient que les autorités nationales – que de la part du Conseil d'Etat.

Depuis le vote de l'article 32 de la Constitution, la question de la compétence des entités fédérées ne se pose plus, cette disposition invitant explicitement les communautés et les régions à modaliser l'exercice du droit d'accès constitutionnellement reconnu (37).

(35) Pour d'amples développements sur ce point qui déborde l'objet de cette contribution résolument centrée sur une approche belge du sujet, voy. C. de Terwangne, *Société de l'information et mission publique d'information*, *op. cit.*, n°s 44-133 (http://www.crid.be/pdf/public/These_cdeterwangne.pdf); Id., «Le rapport de la vie privée à l'information», in *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, Cahier du CRID, n° 16, pp. 143-155; Id., «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de recevoir des informations de la part des autorités publiques», *Amén.-Env.*, 1998, pp. 265-270; D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 266 et s.; P. Lewalle, L. Donnay et G. Rosoux, *op. cit.*, pp. 42 et s.

(36) Rapport de la commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc.*, n° 100-49/2° (cité note 30), p. 9.

(37) Pour un développement des questions de compétence, voy. M. Boes, «Openbaarheid van bestuur. Bevoegdheidsverdeling. De federale openbaarheidsregeling», in A.M. Draye (ed.), *Openbaarheid van bestuur in Vlaanderen, België en de Europese instellingen*, Leuven, K.U.Leuven, 1996, pp. 11 et s.; D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 172 et s.; R. Thielemans, «Groudrechten en de bevoegdheden van Staat, Gemeenschappen en Gewesten : openbaarheid van bestuur, motivering van bestuurhandelingen en ombudsman», *T.B.P.*, 1990, pp. 438-448; M. Uyttendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales : la transparence au regard de la

III.2. – *L'intervention des législateurs*

10. Les différents législateurs du pays se sont mobilisés avec plus ou moins de diligence pour honorer l'invitation lancée par le Constituant. Un projet de loi relatif à la publicité de l'administration était en fait déposé devant la Chambre des représentants à la même période que celle du vote de la révision de la Constitution (38). Après un rapide parcours parlementaire, ce document prit la forme d'une loi le 11 avril 1994 (39). La Communauté française, elle, s'est dotée le 22 décembre 1994 d'un décret relatif à la publicité de l'administration. Les Régions wallonne et de Bruxelles-Capitale ont franchi le même pas de concert, le 30 mars 1995 (40). La Communauté germanophone les suivit avec près d'un an de retard, adoptant le 16 octobre 1995 un décret relatif à la publicité des documents administratifs, alors que la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale attendit le 11 juillet 1996 pour voter son décret (41) et que la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-capitale emboîta le pas le 26 juin 1997 (42). Avec près de trois ans de retard sur le calendrier constitutionnel, une loi fut par ailleurs votée pour instaurer la publicité dans les administrations provinciales et communales (43). Enfin, le législateur flamand, qui avait devancé de deux ans le vote de l'article 32 de la Constitution, abrogea son premier texte et le remplaça par le décret du 18 mai 1999 relatif à la publicité de l'administration qui sera lui-même remplacé par le décret du 26 mars 2004 renouvelant totalement le régime de la publicité de l'administration en Flandre (44).

réforme de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, p. 96; J. VANDE LANOTTE, «Openbaarheid van bestuur en de staatshervorming: het einde van de 'exclusieve' bevoegdheden in zicht?», *R.W.*, 1985-1986, pp. 363-370.

(38) Projet de loi relatif à la publicité de l'administration, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1 (cité note 21), et 2. «La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration a comme caractéristique rare d'avoir été préparée et examinée en imbrication étroite avec la disposition constitutionnelle qu'elle concrétise: déposé devant la section de législation du Conseil d'Etat le 14 décembre 1992, l'avant-projet de ce qui allait devenir la loi du 11 avril 1994 fut évoquée plus d'une fois lors de la discussion de l'article 24*ter*» (F. JONGEN, *op. cit.*, p. 779).

(39) Loi relative à la publicité de l'administration, modifiée par la loi du 25 juin 1998 et par la loi du 26 juin 2000.

(40) Ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration; décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration.

(41) Décret du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration.

(42) Ordonnance du 26 juin 1997 relative à la publicité de l'administration.

(43) Loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, devenue, en Région wallonne, les articles L3211-1 à L3231-9 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

(44) Sur ces législations, voy. C. BAMPS, «Openbaarheid van bestuur: de federale wet van 11 april 1994 toegelicht», *Rec. Arr. R. v. S.*, 1996, pp. 21-45; A. CGENEN, «La publicité de l'activité administrative des communes», *Mouv. comm.*, 1998, pp. 129-145; M.-A. DELVAUX, «La loi du 12 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes», *Dr. comm.*, 1999, pp. 2-62; C. DE TERWANGNE, «L'accès du public à l'information détenue par l'administration», *R.B.D.C.*, 1996, pp. 107-138; C. DGYEN, «La législation sur l'accès aux documents administratifs», *Transparence et droit à l'information*, coll. Formation permanente CUP, 2002,

Même si la plupart des textes adoptés ont été rédigés sur le modèle de base qu'offrait la loi du 11 avril 1994, le tableau final présente une accumulation touffue de textes similaires mais pas identiques pour autant, ce qui fait dire tout à la fois que la législation sur la transparence «manque elle-même de transparence» et qu'en faire la recension «demande une patience résignée [...] et donne très vite une impression de répétition lassante» (45). Il ne s'agira pas dans ces lignes de passer en revue chacun de ces textes mais plutôt d'en évoquer le contenu en faisant le plus souvent référence aux dispositions de la loi du 11 avril 1994 puisqu'il s'agit du texte modèle tout en indiquant les divergences qui méritent d'être soulignées dans les autres textes.

IV. – LE PRINCIPE DE LA PUBLICITÉ DE L'ADMINISTRATION : LE DROIT D'ACCÉDER AUX DOCUMENTS (46)

IV.1. – *Droit inconditionnel*

11. Le principe de publicité passive posé à l'article 32 de la Constitution et repris dans les législations appliquant cette disposition, s'énonce de la façon suivante : l'accès aux documents est libre et le citoyen ne doit démontrer aucun intérêt pour pouvoir consulter ou se faire communiquer les documents souhaités (47).

n° 55, pp. 5 et s.; F. JONGEN, *op. cit.*, pp. 777 et s.; M. LEROY, «La publicité de l'administration dans les provinces et communes», *Dr. comm.*, 1999, pp. 93-105; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 52-107; P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 70 et s.; F. SCHRAM, *Het decreet openbaarheid van bestuur – Een juridische analyse in historisch perspectief*, Collectie Publiekrecht, Bruges, Vandenbroele, 2006; L.M. VENY en J. DE MAERTELAERE, «De federale openbaarheidswet en de bestuurspraktijk», *C.D.P.K.*, 1998, pp. 1-21; L.M. VENY en J. DE MAERTELAERE, «De openbaarheidscirkel is (bijna) rond : een wettelijke regeling nu ook voor provincies en gemeenten», *R.W.*, 1997-1998, pp. 1033-1039; D. VOORHOOF, «Openbaarheid van bestuur in provincies en gemeenten. Het passief recht op openbaarheid. De uitzonderingsgronden en hun toepassing, met toelichting op basis van de adviespraktijk van de CTB», in M. SUYKENS (ed.), *Een open en behoorlijk bestuur. Openbaarheid en klachtenbehandeling bij lokale besturen*, Brugge, Van den Broele, 1998, Deel A.III, pp. 1-42.

(45) P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 28 et 31.

(46) Voy., en outre, *supra*, ce qui est dit sur le droit d'obtenir des explications. Un droit de rectification a également été instauré par les législations fédérales et fédérées. Il ne fera pas l'objet des développements qui suivent, ceux-ci étant centrés essentiellement sur la disposition constitutionnelle.

(47) Le décret de la Communauté française semble *a priori* restreindre la publicité passive au droit de consultation, seul mentionné dans l'intitulé de son chapitre III et dans l'article 3. Le droit d'obtenir une copie de documents peut cependant être inféré de l'article 4 du décret qui évoque «la demande de consultation ou de copie».

IV.1.1. *L'absence d'exigence d'intérêt*

12. Il n'est pas nécessaire pour le demandeur d'être directement concerné par le document sollicité, en raison d'implications particulières. Nul intérêt lié à l'obtention du document n'est à faire valoir. «Il suffit d'être concerné en tant que citoyen» (48). «Il y va des finalités mêmes d'un régime de transparence administrative. Ce régime vise non seulement à accorder aux citoyens une information propre à la défense de [leurs] droits et intérêts mais également – et peut-être surtout – à renforcer les règles de l'Etat de droit démocratique, à intégrer l'action de l'autorité dans le processus démocratique par l'existence d'un plus grand contrôle externe, ce qui constitue une valeur collective et non individualisée» (49).

Le Conseil d'Etat a explicitement spécifié que «tout administré a un intérêt actuel à exercer ce droit, quel que soit l'usage qu'il compte faire ultérieurement des documents dont il a pris connaissance» (50). L'administration ne peut prétendre que le demandeur n'aurait qu'un intérêt purement éventuel car lié à une procédure juridictionnelle à venir. «Les requérants ont intérêt à contester des décisions qui portent atteinte à l'exercice de ce droit, sans qu'une plus ample justification soit requise» (51). Par ailleurs, à l'argument du ministère des Finances qui contestait la légitimité de l'intérêt du requérant, soupçonnant ce dernier de vouloir éluder l'impôt, le Conseil d'Etat répliqua que «l'exercice d'un droit fondamental ne saurait, en règle, être illégitime» (52).

IV.1.2. *Les deux voies de l'accès*

13. Le droit d'accès peut s'exercer de deux manières : soit en invoquant un «droit de regard», droit de prendre connaissance, sur place, de documents administratifs, soit en invoquant un «droit de communication», c'est-à-dire le droit de recevoir communication des documents demandés sous forme de copie (53). C'est au demandeur qu'il appartient de choisir entre ces deux voies de l'accès celle qu'il souhaite exercer (54). La Commission fédérale d'accès aux documents administratifs (CADA) a précisé que si

(48) Révision du Titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article 24*ter* relatif à la publicité et à la motivation des actes de l'administration, et au médiateur, Rapport de la commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc.*, n° 100-49/2° (cité note 30), p. 10.

(49) J. Sambon, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, p. 248. Egalement Note explicative sur la proposition de révision de la Constitution, *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), pp. 1 et 6.

(50) C.E., arrêt *Jacques Matagne*, n° 66.860, du 18 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 256, obs. Garabedian. Dans le même sens, C.E., arrêt *B. Delwart*, n° 68.610, du 2 octobre 1997.

(51) C.E., arrêt *S.A. Electrification du rail*, n° 62.547, du 14 octobre 1996.

(52) C.E., arrêt *Jacques Matagne*, n° 66.860, du 18 juin 1997.

(53) *Doc.*, n° 1112/1° (cité note 21), p. 14.

(54) CADA, avis 98/2, 98/3, 98/4 et 98/9.

l'administration accordait le droit de consulter sur place des documents sollicités, elle n'était plus en droit de refuser d'octroyer une copie de ces documents (55).

La CADA de la Communauté française a dit à plusieurs reprises que l'article 32 de la Constitution prime le décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur qui n'accorde aux étudiants qu'un droit de consultation de leurs examens dans les soixante jours de la publication des résultats. En conséquence, les étudiants peuvent donc réclamer une copie de leurs feuilles d'examens plutôt que se contenter de les consulter, et ne sont pas tenus par le délai de soixante jours (56).

IV.2. – *Droit conditionné*

14. Un intérêt (57) est toutefois exigé sur les plans fédéral et fédéré pour les demandes concernant les documents à caractère personnel (58). En s'en remettant aux législateurs du pays pour déterminer dans quels cas et à quelles conditions il peut être dérogé au principe du libre accès, le Constituant n'a en effet pas exclu que l'accès à certains documents soit subordonné à la preuve d'un intérêt spécifique. La Cour constitutionnelle aura d'ailleurs l'occasion de le confirmer lorsque sera soumise à sa censure la disposition du décret flamand qui exige la démonstration d'un intérêt pour consulter des documents à caractère personnel (59). La Cour déclarera que «le législateur décrétal pouvait, sans violer l'article 32 de la Constitution, exiger la justification d'un intérêt pour consulter des documents à caractère personnel» (60).

IV.2.1. *Notion de document à caractère personnel*

15. La notion de «document à caractère personnel» recouvre, dans les lois d'accès, de même que dans les textes fédérés, les documents administratifs

(55) CADA, avis du 6 février 2004, cité par C.E., arrêt *s.a. Home Design*, n° 171.851, du 6 juin 2007. Le Conseil d'Etat n'a malheureusement pas répondu à l'argumentation de l'administration fiscale qui estimait qu'elle pouvait laisser l'avocat de la société consulter les lettres de dénonciation mais pas repartir avec une copie, ce qui aurait permis aux dirigeants de la société de reconnaître l'écriture et d'identifier le dénonciateur.

(56) Not. CADA Comm. fr., avis du 21 janvier 2009, n° 51, http://www.cada.cfwb.be/avis_rendus/2009/.

(57) Le décret de la Communauté germanophone est le seul à préciser, dans son article 3, alinéa 2, *in fine*, que «le demandeur doit justifier *par écrit* d'un *intérêt personnel et direct* quant au document» (c'est nous qui soulignons).

(58) Not. loi du 11 avril 1994, art. 4, al. 2.

(59) C.C., arrêt n° 17/97, du 25 mars 1997.

(60) *Ibid.*, B.5.1. La Cour annulera tout de même la portion de la disposition qui définissait *a priori* la catégorie des administrés justifiant de l'intérêt requis, à l'exclusion de tous autres. Cette portion de la disposition violait non pas l'article 32 de la Constitution mais les articles 10 et 11, lus en combinaison avec l'article 32.

qui comportent une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer un préjudice à cette personne. La seule mention du nom d'une personne sur un document ne suffit donc pas à faire passer celui-ci pour un document à caractère personnel. Ont été notamment considérés comme tels un rapport hiérarchique (61), un dossier établi par la Sûreté de l'Etat (62), le rapport d'un conseiller en prévention en réponse à une plainte pour harcèlement au travail au sein d'un Centre public d'action sociale (63), la liste des membres d'un jury d'examen (64), le dossier disciplinaire scolaire d'un élève (65), les copies d'examens d'une université libre (66). Le Conseil d'Etat a précisé que les documents à caractère personnel «sont ceux qui concernent des tiers» (67).

Le décret flamand du 26 mars 2004 offre une définition plus large de l'«information à caractère personnel» puisque celle-ci s'entend d'une information «comportant une appréciation, un jugement de valeur ou la description d'un comportement d'une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable» (68). N'importe quelle description de comportement entraîne donc la qualification d'information à caractère personnel. Cette qualification n'est pas restreinte, comme dans les autres textes, aux seules descriptions de comportement dont la divulgation est manifestement susceptible de causer un préjudice à la personne visée. Cette extension de la notion est regrettable car elle freine considérablement l'application du droit d'accès à l'égard de nombreux documents – toute intervention d'un participant à une réunion, par exemple, relatée dans le procès-verbal, est une description de comportement, le p.-v. en question contenant dès lors une information à caractère personnel –. En effet, le décret flamand n'autorise à obtenir communication d'informations à caractère personnel que celui qui démontre «que sa situation juridique peut être lésée de manière directe et personnelle par 1° les informations, 2° ou la décision à laquelle les informations se rapportent, 3° ou la décision en vue de la préparation de laquelle le document a été établi» (69). La personne concernée par l'information elle-même est exemptée de la justification.

(61) C.E., arrêt *Duez*, n° 70.844, du 16 janvier 1998.
(62) C.E., arrêt *Devinster*, n° 91.531, du 11 décembre 2000.
(63) C.E., arrêt *Asselman*, n° 191.067, du 3 mars 2009. La CADA de la Communauté française avait jugé dans le même sens à propos du rapport d'un conseiller en prévention au sein d'un établissement scolaire (avis du 30 juin 2004).
(64) CADA Comm. fr., avis du 11 septembre 2008, n° 44, disponible sur www.cada.cfwb.be/avis_rendus/2008/.
(65) CADA Comm. fr., avis du 22 avril 1998.
(66) CADA Comm. fr., avis du 21 janvier 2009, n° 51.
(67) C.E., arrêt *Louis*, n° 94.082, du 16 mars 2001.
(68) Décret flamand du 26 mars 2004, art. 3, 6°.
(69) *Ibid.*, art. 17, §2, al. 2.

IV.2.2. *L'intérêt requis*

16. L'intérêt requis pour obtenir communication d'un document à caractère personnel doit être compris comme l'intérêt exigé pour agir devant le Conseil d'Etat (70). Il faut donc être à même de prouver un intérêt légitime, direct, actuel, certain et personnel à la communication du document demandé (71) (72). La CADA a estimé que l'intérêt de la recherche scientifique pouvait, dans certains cas, être considéré comme l'intérêt requis pour accéder à des documents à caractère personnel (73). Le chercheur scientifique n'est donc pas tenu, dans ces circonstances, d'obtenir l'accord des personnes concernées par les dossiers individuels qui lui sont communiqués, pas plus que l'accord des héritiers en cas de décès de ces personnes. Ce n'est toutefois pas le cas pour des recherches à mener à partir de documents détenus par des administrations flamandes puisque le chercheur ne pourrait démontrer que sa situation juridique serait lésée par les informations sollicitées ou par une décision en lien avec celles-ci (74).

17. La Cour d'arbitrage a annulé la partie d'une disposition du précédent décret flamand relatif à la publicité de l'administration, qui définissait *a priori* la catégorie des citoyens qui justifiaient d'un intérêt à consulter les documents à caractère personnel (75). La Cour a déclaré qu'«en

(70) *Doc.*, n° 1112/1 (cité note 21), p. 14 et *Doc.*, n° 871/1 (cité note 22), p. 5. Cette précision renvoie à l'article 19, alinéa 1er des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.
(71) J. Salmon, *Le Conseil d'Etat*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 305-320; *Novelles, Droit administratif*, t. VI, Le Conseil d'Etat, nos 1094-1162*bis*, et spécialement nos 1103-1106.
(72) Il a été jugé qu'un tiers justifie de l'intérêt exigé pour avoir accès à des dossiers de promotion lorsqu'il a lui-même été concerné par la procédure de promotion (CADA, avis du 30 août 2002, cité par C.E., arrêt *Van Dessel*, n° 192.099, du 31 mars 2009, pt. 2.5.).
(73) CADA, avis 95/76 du 6 septembre 1995 (concernant une demande d'accès aux dossiers individuels relatifs à l'obtention du statut de reconnaissance nationale, spécialement en qualité de prisonnier politique, de déporté ou de résistant); avis 96/105 du 6 décembre 1996 (la CADA émet un avis positif sur l'accès, la reproduction et l'indexation d'archives concernant la déportation de Juifs et de Tziganes). Cela n'exclut toutefois pas l'éventuelle application des motifs d'exception prévus par les législations (notamment l'exception au nom de la protection de la vie privée des personnes concernées). Pour d'autres exemples d'intérêt pris en compte pour permettre l'accès à des documents à caractère personnel, voy. D. Voorhoof, «Openbaarheid van bestuur...», *op. cit.*, p. 113.
(74) Le Conseil d'Etat a également relevé la «limitation disproportionnée» que le décret flamand impose à l'accès à finalité scientifique dans son avis sur le projet de décret mais les auteurs du projet ont répondu à cette critique en signalant simplement que des documents anonymisés pourront être communiqués aux chercheurs (Ontwerp van decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Vl. Parl., zit. 2002-2003, 1732/1, p. 36).
(75) L'article 9*bis* du décret du 23 octobre 1991 relatif à la publicité de documents administratifs dans les services et établissements du Gouvernement flamand, inséré par l'article 3 du décret du 13 juin 1996 modifiant le décret du 23 octobre 1991, s'énonçait (dans la traduction correcte établie par la Cour d'arbitrage, plutôt que dans celle parue au *Moniteur*) : «Le demandeur qui souhaite exercer le droit défini à l'article 9, alinéa 1er, ne doit pas démontrer un intérêt, à moins qu'il ne demande la publicité de documents à caractère personnel. En ce cas, seule la personne faisant l'objet du document ou les personnes dont l'intervention est indispensable à la rédaction, au traitement, à la gestion administrative, au dépôt, à l'exploitation, au contrôle de qualité, à l'interprétation et à l'analyse de ces documents justifient d'un intérêt quelconque». C'est cette dernière phrase qui a été annulée par la Cour d'arbitrage.

excluant que d'autres personnes puissent prouver leur intérêt à une telle consultation, le législateur décrétal a instauré une exception générale et absolue au droit fondamental garanti par l'article 32 de la Constitution. La distinction établie de la sorte ne peut résister à un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution que si elle repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. [...]. En déniant le droit fondamental à la publicité de documents à caractère personnel [...] à tout autre citoyen, même s'il justifie également d'un intérêt, le législateur décrétal a pris une mesure qui n'est pas proportionnée à l'objectif poursuivi» (76).

IV.2.3. *Application conjointe de la loi du 8 décembre 1992*

18. Les documents à caractère personnel font déjà l'objet d'une protection légale par le biais de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Or cette loi n'autorise la communication de données à caractère personnel que pour des finalités légitimes (77), la légitimité étant atteinte au terme d'une mise en balance des intérêts contradictoires en jeu (78). Dès lors, en présence de documents à caractère personnel – au sens de la loi d'accès –, il est nécessaire d'évaluer si l'intérêt avancé par le demandeur d'information est supérieur au préjudice subi par la partie concernée par les données du fait de la divulgation de celles-ci.

V. – Le champ d'application de la publicité passive

V.1. – *Les titulaires du droit d'accès*

19. Ce droit est garanti à «chacun», terme large qui indique que le droit d'accès s'applique à tous, personnes physiques, comme personnes morales (79), nationaux comme étrangers (80). Le Conseil d'Etat a précisé en ce sens que «ce droit fondamental est placé, par la Constitution, entre

(76) C.C., arrêt n° 17/97, du 25 mars 1997, B.5.2, B.6.1 et B.6.2.

(77) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, art. 4, al. 1er, b.

(78) M.-H. Boulanger, C. de Terwangne, T. Léonard, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992», *J.T.*, 1993, pp. 378 et s.

(79) C.E., arrêt *S.A. Electrification du rail*, n° 62.547, du 14 octobre 1996.

(80) Quoiqu'il se trouve dans le Titre II de la Constitution intitulé «Des Belges et de leurs droits», l'article 32 s'applique également aux étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique, étant donné qu'aux termes de l'article 191 de la Constitution, ces derniers jouissent d'une protection équivalente à celle des Belges quant aux personnes et aux biens.

les mains de toute personne» (81). Il peut donc être exercé par un individu ou une association (82), une société commerciale ou un établissement public, un journaliste ou un enseignant,... Dans la ligne de la disposition constitutionnelle, les textes législatifs n'édictent aucune condition de résidence (83), ce qui implique que l'accès est ouvert aux demandes provenant de l'étranger.

V.2. – *Les autorités soumises au droit d'accès*

V.2.1. *Les autorités administratives*

20. Les détenteurs d'informations tenus dorénavant d'ouvrir au public leurs données sont visés dans tous les textes pris en application de l'article 32, hormis dans le décret flamand, sous la dénomination d'«autorités administratives». Les auteurs de ces textes se sont contentés de renvoyer à l'interprétation donnée de ces termes dans le cadre de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (84).

Chaque texte s'applique aux autorités administratives relevant du pouvoir source du texte et a vocation à s'appliquer à l'ensemble des autorités administratives, mais uniquement pour les exceptions à la publicité qu'il contient, édictées en vertu des compétences du pouvoir auteur du texte.

Le législateur flamand, quant à lui, a abandonné dans son décret de 2004 la référence à cette notion qui était reprise dans son décret antérieur, afin de pallier aux deux critiques qui sont relevées dans les deux paragraphes ci-dessous. Il a préféré recourir à la notion nouvelle d'«instance administrative» qu'il définit de la sorte : *a*) une personne morale créée par ou en vertu de la Constitution, d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance; *b*) une personne physique, un groupement de personnes physiques, une personne morale ou un groupement de personnes morales dont le fonctionnement est déterminé et contrôlé par *a*); *c*) une personne physique, un groupement de personnes physiques, une personne morale ou un groupement de personnes morales, dans la mesure où ils sont chargés par une instance administrative dans le sens de *a*), de l'exécution d'une tâche d'intérêt géné-

(81) C.E., arrêt *Antoun*, n° 83.494, du 16 novembre 1999. La C.R.A.I.E. a reconnu un caractère «universel» au droit à l'information (19 février 2001, recours n° 217, *J.T.*, 2001, p. 476).

(82) R. Andersen se demande s'il y a quelque raison objective qui justifie que les associations de fait n'aient pas accès aux informations couvertes par les législations générales d'accès alors que le droit d'accès leur est reconnu par les législations spécifiques en matière d'environnement (R. Andersen, «Conclusions générales», *op. cit.*, p. 961).

(83) A titre d'illustration d'une demande d'accès provenant d'un requérant situé en dehors de la zone de compétence territoriale du pouvoir qui a édicté la norme instaurant le droit d'accès invoqué (décret wallon du 13 juin 1991 concernant la liberté d'accès des citoyens à l'information relative à l'environnement), voy. C.R.A.I.E., 1er mars et 2 mai 1994, recours n° 13 (requérant d'Izegem).

(84) Loi du 11 avril 1994, art. 1er, §2, 1°.

ral ou dans la mesure où ils défendent une tâche d'intérêt général et prennent des décisions liant des tiers (85).

V.2.2. *Critique du renvoi à la jurisprudence développée sur la base de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, au nom de l'insécurité juridique*

21. Ce renvoi à une définition prétorienne offre, il est vrai, l'avantage de la souplesse et de l'évolution de la notion. Cela s'effectue cependant au prix de la clarté et de la certitude. Certains auteurs doutent qu'il soit souhaitable de conditionner de la sorte l'étendue d'un droit fondamental reconnu par la Constitution (86). En effet, le concept d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui avait déjà connu des fluctuations régulières par le passé, a fait l'objet de revirements spectaculaires dans la jurisprudence ces dernières années, Conseil d'Etat, Cour de cassation et Cour constitutionnelle intervenant successivement dans le débat. «La définition de l'autorité administrative fait l'objet d'une jurisprudence abondante, en perpétuelle évolution. En cas de doute, les autorités suspectées d'être 'administratives' s'en défendent généralement avec énergie, comme s'il s'agissait d'une qualification honteuse» (87). Paul Lewalle avoue : «Rien n'est moins simple que de définir la notion d'autorité administrative au sens ainsi évoqué. Ce ne sont certes pas les quelques indications reprises dans l'exposé des motifs de la loi [...], pas plus que celles qui figurent dans l'avis cité de la section de législation du Conseil d'Etat [...], qui suffisent à en déterminer la portée» (88). Les auteurs de la loi organique sur le Conseil d'Etat n'ont pas estimé nécessaire à l'époque, de définir la notion d'autorité administrative, persuadés qu'ils étaient que cette notion ne nécessitait pas d'explications. «La réalité a montré qu'il y eut là une illusion, vite dissipée : [...] l'autorité administrative s'est révélée très difficile à définir» (89).

(85) Décret du 26 mars 2004, art. 3, 1°. Les législations d'accès en matière d'environnement évitent, elles aussi, le recours à la notion d'autorité administrative de l'article 14 L.C.C.E. Voy., sur ce point, J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement : de quelques difficultés théoriques et pratiques», in D. RENDERS (dir.), *op. cit.*, pp. 676 et s.

(86) M. VERDUSSEN et A. NOEL, «Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993», *A.P.T.*, 1993, p. 134, note 58. Dans le même sens, D. RENDERS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 579; J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, p. 242. Le législateur flamand a explicitement signifié qu'il abandonnait le recours à la notion d'autorité administrative pour remédier à la grande insécurité juridique liée à la définition de cette notion qui avait débouché notamment sur des conséquences «*onverwachte en nefaste*» (Ontwerp van decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, Memorie van toelichting, *Parl. St.*, n° 1732/1 (cité note 74), pp. 9 et 10).

(87) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Précis de la Faculté de droit, U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 215.

(88) P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 54, note 130.

(89) P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 411.

V.2.3. *Critique du renvoi à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, au nom de l'inconstitutionnalité*

22. L'article 32 de la Constitution est l'instrument de la «publicité de l'administration» que les autorités belges ont reconnu avoir le devoir de garantir (90). La note explicative de la proposition de révision de la Constitution et les travaux parlementaires qui ont précédé le vote de la disposition font à de multiples reprises référence à la «publicité de l'administration». La volonté affirmée du Constituant est donc de garantir l'ouverture de l'administration dans son ensemble. Le texte de la note explicative varie les expressions destinées à traduire cette volonté, et évoque tantôt «les autorités ou services», tantôt «les autorités administratives», à côté de «l'administration». Il précise, alors que l'article 32 ne contient en lui-même aucune indication sur les autorités concernées, que «Les principes repris dans l'article proposé sont valables à l'égard de toutes les autorités administratives. L'interprétation concrète de cette notion sera faite par la suite. Etant donné qu'en l'occurrence il s'agit de l'octroi d'un droit fondamental, une interprétation aussi large que possible devra être utilisée. On peut notamment renvoyer à l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat et la jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet» (91). L'intention du Constituant n'est donc pas de restreindre l'étendue du droit fondamental qu'il s'apprête à édicter. Le recours à la définition de la notion d'autorité administrative développée par la jurisprudence sur la base de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat n'apparaît que comme une suggestion parmi d'autres pour réaliser l'interprétation large prônée (92) (93). Or, en se référant exclusivement à cette notion, les textes législatifs pris en application de l'article 32 réduisent inévitablement la portée du prescrit constitutionnel. On peut en conséquence s'interroger sur la conformité de ces textes à la disposition constitutionnelle (94). «Il n'y a en effet guère de

(90) «L'article proposé de la Constitution fixe les principes de base concernant la publicité de l'administration» (Note explicative, *Doc.*, n° 839/1, cité note 28).

(91) Note explicative, *Doc.*, n° 839/1, précité, p. 5.

(92) Voy. également la suite des travaux parlementaires où le Constituant évoque à des occasions répétées les devoirs découlant de la disposition en projet pour «l'administration» plutôt que pour les «autorités administratives», *Doc.*, n° 100-49/2° (cité note 30), p. 6.

(93) Les textes régionaux instaurant la liberté d'accès à l'information relative à l'environnement comportent des définitions des organismes visés, conformes à l'intention du Constituant. Ils illustrent bien que le recours éventuel à la notion d'autorité administrative n'est qu'un élément de la définition du champ d'application *ratione personae* de la transparence de l'administration.

(94) D. RENDERS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 580; J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, p. 242; F. SCHRAM, «Openbaarheid van bestuur en de burgerlijke stand», *T.B.P.*, 1998, p. 396; J. VAN DIJCK, «Publicité de l'administration : compromise!», *Le Fiscologue*, 5 septembre 2003, pp. 1-3. Le législateur flamand a clairement évoqué la restriction que le recours exclusif à la notion d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat représentait au regard de l'article 32 de la Constitution : Ontwerp van decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, Memorie van toelichting, *Parl. St.*, n° 1732/1 (cité note 74), p. 10.

sens à définir un régime de transparence administrative qui s'attache à tout document administratif – et non seulement aux actes administratifs – lorsque celui-ci s'applique aux seules autorités administratives disposant d'un pouvoir de décision unilatéral. Les instances consultatives, par les missions qui leur sont octroyées, sont à l'évidence des organismes à l'égard desquels un régime d'accès aux documents administratifs doit prioritairement être arrêté» (95).

V.2.4. *Qualification d'autorité publique*

23. Deux critères ont été développés par la jurisprudence et la doctrine pour déterminer la qualité d'autorité administrative : un critère organique et un critère matériel (96).

Le critère organique est celui du rattachement de l'institution au pouvoir exécutif (fédéral, communautaire ou régional). Il conduit à exclure de la qualification les organes du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif. Par application de ce critère, seront considérées comme autorités administratives les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics. Sont donc visés les organes qui exercent le pouvoir exécutif (le Roi, les ministres et secrétaires d'Etat (97), les membres des gouvernements communautaires et régionaux, etc.) et ceux qui sont soumis au contrôle hiérarchique (universités publiques ressortissant à la Communauté) ou au contrôle de tutelle du gouvernement fédéral, communautaire ou régional (organes des provinces, des communes, de l'agglomération bruxelloise, des intercommunales, d'établissements publics, etc.).

Le critère matériel est centré sur l'activité et les prérogatives attribuées aux organismes. Dans un arrêt de principe – après déjà deux autres sur la question –, prononcé en chambres réunies, la Cour de cassation affirma (98) :

(95) J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, p. 242.

(96) Sur la question de la définition de l'autorité administrative, voy. D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», *A.P.T.*, 2001, pp. 196-215; W. LAMBRECHTS, «De evolutie van het begrip administratieve overheid», *T.B.P.*, 1987, pp. 357-366; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 268 et s.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 552 et s.; P. NIHOUL, «La notion d'autorité administrative : retour à l'orthodoxie», *A.P.T.*, 2001, pp. 78 et s.; J. SALMON, *op. cit.*, pp. 222-238; F. VANDENDRIESSCHE, «De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten *Gimvindus* en *BATC* van het Hof van cassatie», *R.W.*, 2000-2001, pp. 497-506; C.E. (ass. gén.), arrêt *Deschutter*, n° 93.289, du 13 février 2001, *R.W.*, 2000-2001, p. 1388, note R. VERSTEGEN («De Raad van State is onbevoegd voor vrije onderwijsinstellingen»); Cass. (ch. réunies), 6 septembre 2002, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 5 et s., obs. X. DELGRANGE; C.E., arrêt *Meulenijzer*, n° 125.239, du 7 novembre 2003; C.C., arrêt n° 41/2003, du 9 avril 2003.

(97) Pas les cabinets ministériels.

(98) Cass. (ch. réunies), 6 septembre 2002, *R.C.J.B.*, 2005, p. 5, obs. X. DELGRANGE (c'est nous qui soulignons).

«Des institutions créées par des personnes privées mais agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et des régions, des provinces ou des communes, constituent des autorités administratives au sens de l'article 14 dans la mesure où leur *fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics* et où elles peuvent *prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers*; les actes posés par ces établissements peuvent faire l'objet d'une annulation [par le Conseil d'Etat] lorsque ces institutions exercent une partie de l'autorité publique; [...] le seul fait qu'une institution n'a aucun lien organique avec les pouvoirs publics n'exclut pas la compétence du Conseil d'Etat».

24. Les organismes consultatifs publics (Conseil central de l'économie, Conseil supérieur des classes moyennes, Conseil national du travail) ne sont considérés comme autorités administratives que dans l'exercice de leur pouvoir de décision à l'égard de leur personnel. Toutes les activités qu'ils déploient dans la mise en œuvre de leur fonction d'avis sont soustraites au principe de publicité. Les avis eux-mêmes, une fois qu'ils auront été transmis à une quelconque autorité administrative, pourront toutefois faire l'objet de demandes d'accès (99). C'est là un des paradoxes déjà relevé du recours à la notion d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat : ce recours exclut du champ de la transparence les organes consultatifs dont l'activité pourtant éclaire, oriente, guide l'action administrative et peut représenter un élément clé du contrôle de cette action. Cela étant, on peut envisager une application directe de l'article 32 à l'égard des organes consultatifs, la disposition constitutionnelle ne contenant en elle-même aucune restriction en termes d'autorités visées et étant, de manière très affirmée, l'instrument de la transparence de «l'administration». La volonté, affirmée elle aussi, de donner à la publicité le champ «le plus large possible» coïncide avec l'inclusion des organes consultatifs dans la notion d'administration (100).

V.3. – *L'objet de l'accès : notion de «document»*

V.3.1. *Portée de la notion*

25. La définition des documents visés par le principe d'accès est sommaire et particulièrement large. La note explicative accompagnant le projet d'insertion de l'article 32, éclaire la notion en spécifiant que par document il faut entendre «toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité dispose» (101). Se distinguant des autres législateurs du pays

(99) La CADA de la Communauté française a estimé que le rapport annuel de la Commission «Puéricultrices», entre les mains d'une autorité administrative, constituait un document administratif soumis à publicité (avis du 30 juin 2004, *Rapport annuel 2003-2004*, p. 36).

(100) Dans le même sens voy. J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, p. 244; D. RENDERS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 580.

(101) *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), p. 5.

qui ont repris cette définition, le législateur flamand comprend par «document administratif» «tout support d'information, sous quelque forme que ce soit, dont une instance dispose» (102).

26. La notion est extrêmement large, tant sur le plan de la nature du document que sur le plan de son support. Les travaux préparatoires de l'article 32 le confirment : le terme utilisé «concerne toutes les informations disponibles, quel que soit le support : documents écrits, enregistrements sonores et visuels, y compris les données reprises dans le traitement automatisé de l'information. Les rapports, les études, même de commissions consultatives non officielles, certains comptes-rendus et procès-verbaux, les statistiques, les directives administratives, les circulaires, les contrats et licences, les registres d'enquête publique, les cahiers d'examens, les films, les photos, etc., dont dispose une autorité sont en règle générale publics» (103).

La transparence s'applique donc à toute information, quel que soit son support, pourvu qu'une autorité administrative en dispose. Ainsi, les p-v de réunions, les expertises reçues de tiers, les études confiées à des organismes spécialisés, les examens passés par des agents, les réponses d'entreprises privées aux appels d'offres, les cartes géographiques, les photos satellites, les logiciels de vote automatisé (104), la correspondance (lettres, fax, courrier électronique), les évaluations du personnel, etc. sont visés par la loi au titre de documents administratifs.

27. La notion de documents administratifs couvre non seulement les décisions mais également les actes qui sont préparatoires à celles-ci (105), pourvu qu'ils ne soient pas inachevés (106), c'est-à-dire à l'état de simples projets (107). Les documents préparatoires sont communicables quand bien même la décision finale ne serait pas encore adoptée (108). «L'information qui arrive lorsque les études sont terminées et les marchés passés est une escroquerie intellectuelle. On ne peut satisfaire le droit à l'information en ne donnant celle-ci qu'au moment de la décision finale», précise de manière convaincante un auteur (109).

(102) Décret du 26 mars 2004, art. 3, 3°.
(103) *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), p. 5.
(104) C.E., arrêt *Antoun*, n° 95.677, du 21 mai 2001.
(105) *Doc.*, n° 100-49/2° (cité note 30), p. 10.
(106) Voy., *infra*, l'exception admise pour les documents inachevés.
(107) CADA fédérale, avis 94/33 et 95/12.
(108) «Le loi ne prévoit comme motif de refus que le caractère inachevé d'un document et non la circonstance que le dossier [...] ne serait pas clôturé» (CADA, avis 97/103; 98/5; 98/22; avis cité dans C.E., arrêt *sprl 2L Benelux*, n° 107.145, du 29 mai 2002).
(109) M. Prieur, *Le droit à l'information en matière d'environnement*, Story-Scientia, 1991, p. 10.

28. L'interprétation large donnée à la notion de documents administratifs a pour conséquence que certains documents sont passés d'un état de secret dans lequel les confinait traditionnellement la pratique ou la jurisprudence, à un état de publicité. C'est le cas des avis de la section de législation du Conseil d'Etat (110). Prenant le contre-pied de la théorie de la confidentialité de ces avis, théorie élevée jusque là au rang de «thèse mystique» (111), le Conseil d'Etat a estimé que ces avis sont visés par la définition de «document administratif» des législations d'accès et, par conséquent, sont soumis à la règle de publicité.

29. Quelque large que soit la portée de la notion de «document administratif», elle présente tout de même certaines limites. Ainsi, selon le Conseil d'Etat suivi par la CADA (112), les documents relatifs à une affaire pendante devant une juridiction ne peuvent être communiqués par la voie de la législation d'accès : «Les formes de publicité organisées par la loi du 11 avril 1994 ne sont pas applicables ni lorsqu'elles tendent à faire déposer devant une juridiction des documents dont cette juridiction peut ordonner la production, ni lorsque les documents auxquels l'accès est en cause sont afférents à une procédure juridictionnelle» (113). Toutefois, la seule possibilité d'intenter ultérieurement des actions juridictionnelles ne saurait faire obstacle à l'exercice du droit à la transparence administrative et à la mise en œuvre des procédures aménagées en vue de garantir ce droit, aussi longtemps que ces instances ne sont pas effectivement introduites (114). La doctrine a critiqué ces arrêts et avis qui soutiennent que les administrés ne sont plus destinataires de la garantie constitutionnelle dès qu'ils prennent la qualité de justiciables (115).

(110) C.E., arrêt *Jordan*, n° 72.863, du 31 mars 1998, *A.P.T.*, 1998, pp. 138 et s. Voy. égal. C.R.A.I.E., 8 décembre 2004, recours n° 274, http://environnement.wallonie.be/cgi/dgrne/aerw/pe/droitinfo/274.pdf.
(111) P. Herbignat, «Les avis de la section de législation du Conseil d'Etat à l'épreuve de la transparence administrative», *A.P.T.*, 1998, p. 144.
(112) C.E., arrêt *Michaux*, n° 51.549, du 6 février 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 536; *R.R.D.*, 1995, p. 239 et avis de M. l'auditeur Jaumotte; arrêt *La Herseautoise*, n° 54.901, du 29 août 1995; arrêt *Tarabichi et Keppens*, n° 58.514, du 8 mars 1996 (*J.D.F.*, 1996, p. 81, note J.-P. Nemery de Bellevaux; *R.D.J.P.*, 1996, pp. 210 et s., note P. Goffaux, «Transparence administrative et procédures juridictionnelles»). CADA, avis, 95/32; 95/58; 95/83; 96/70; 96/96; 96/108; 96/112; 97/56; 97/82; 97/124; 97/136.
(113) C.E., arrêt *Michaux*, n° 51.549, précité.
(114) C.E., arrêt *S.A. Electrification du Rail*, n° 62.547, du 14 octobre 1996. Egal. CADA, avis 97/59 et 97/60.
(115) I. Leysen, «Droit d'accès à l'information et production de pièces en justice», obs. sous C.R.A.I.E. (Rég. wal.), 15 juillet 1999, recours n° 184, *Amén.-Env.*, 2000, pp. 39 et s.; J. Sambon, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, pp. 252 et 253; F. Schram, «Openbaarheid van bestuur en de burgerlijke stand», *op. cit.*, p. 396.

V.3.2. *Le critère : l'autorité doit disposer de l'information*

30. L'administration doit disposer de l'information qui fait l'objet d'une demande d'accès. De ce critère il découle que l'information doit exister au moment de la requête. Il n'est pas question de réclamer d'une autorité qu'elle établisse un document qui n'existait pas jusqu'alors ou qu'elle procède, par exemple, à une comparaison, une synthèse ou une interprétation statistique là où ce travail n'avait pas été effectué. L'administration ne doit pas non plus communiquer un document dans une forme particulière si ce document n'existe pas sous cette forme (116).

V.3.3. *L'hypothèse où l'autorité ne dispose pas de l'information*

31. Le cas peut se présenter où l'administration refuse d'accéder à une demande d'accès au motif que les documents sollicités ne sont pas en sa possession. Toutefois, la CADA a spécifié (117) que ce motif n'est pas valable lorsque la demande concerne des documents dont l'autorité est elle-même l'auteur ou «qui lui sont indispensables pour exercer correctement sa mission et qui lui ont normalement été transmis par l'autorité qui a délivré l'autorisation». «[O]n doit normalement s'attendre à ce que chaque autorité conserve une copie» (118) de ces documents. En conséquence, l'autorité ne peut se retrancher derrière l'argument de la non détention des documents; elle est tenue de délivrer ceux-ci (119).

Cette position offre une solution largement plus satisfaisante pour les demandeurs que celle adoptée par le Tribunal de Verviers (120). Dans cette affaire où les demandeurs réclamaient d'une commune copie des permis de bâtir ainsi que des plans d'une centrale électrique et d'un pylône de télécommunication et où la commune rétorquait qu'elle ne détenait pas de dossier d'urbanisme à ce propos, le juge conclut qu'«en l'absence de preuve par les demandeurs de l'existence d'un tel dossier, le tribunal ne peut évidemment ordonner à la défenderesse de délivrer des copies de documents dont l'existence n'est pas établie». Ce n'était pas tellement la preuve de l'existence ou de l'inexistence du dossier qui était en cause. Il est évident, à moins d'illégalité, qu'un permis a dû être octroyé par la commune pour l'élévation de semblable installation. En fait, sous couvert d'exiger des demandeurs qu'ils prouvent l'existence de ce qu'ils réclament, le juge a fait

(116) «Als het document niet bestaat in de gevraagde vorm dan hoeft de administratie zulk document niet speciaal op te stellen», CADA, avis 95/102 et 96/2.

(117) CADA, avis 95/58 du 21 avril 1995, *Amén.-Env.*, 1995, p. 198.

(118) *Ibid.*, pp. 199 et 200.

(119) C.R.A.I.E., 21 avril 1995, recours n° 58 : chaque autorité auteur d'un document administratif doit être réputée en possession dudit document.

(120) Trib. civ. Verviers, 15 novembre 1993, *Amén.-Env.*, 1993, p. 267. Pour un commentaire, voy. C. DE TERWANGNE, «L'accès du public à l'information...», *op. cit.*, pp. 107 et s.

peser sur eux la charge de la preuve de la détention matérielle, par l'administration à laquelle ils se sont adressés, du document désiré. Or, cela revient à créer une situation dans laquelle, d'un côté, le citoyen désireux d'obtenir une information doit prouver que l'administration est en possession de celle-ci – mais comment pourra-t-il le faire ? De l'autre côté, un tel raisonnement permettrait à l'administration de se retrancher derrière un – éventuellement fallacieux – «je ne détiens pas ce document» pour évincer le droit d'accès (121).

32. Des solutions légales ont été imaginées pour rompre le cercle souvent vicieux qu'une position comme celle du juge de Verviers risque de créer au détriment du demandeur d'information. Ainsi, les réglementations générales d'accès prévoient que l'autorité qui reçoit une demande portant sur un document qui n'est pas en sa possession communique au requérant les coordonnées de «l'autorité qui, selon les informations dont elle dispose, est détentrice du document» (122). Le texte flamand, quant à lui, stipule dans la même hypothèse, que la demande est transmise directement par l'instance indûment sollicitée au service compétent ou offre au demandeur la possibilité d'adresser sa demande au fonctionnaire de la communication qui se chargera de la rediriger vers le service idoine (123).

VI. – Les exceptions à la publicité

33. Des exceptions au principe général d'accès sont bien évidemment admises. On peut s'étonner de ce que l'article 32 de la Constitution, qui renvoie aux divers législateurs le soin d'établir les restrictions à la publicité, ne propose pour ce faire aucune orientation à suivre (124).

La note accompagnant la proposition d'insertion de cet article se contente d'indiquer la clé de répartition des compétences pour la rédaction des limitations au principe de libre accès : «la loi, le décret ou l'ordonnance peuvent prévoir des exceptions ou modaliser ce droit en ce qui concerne les documents détenus par les autorités ou services relevant de la compétence, selon le cas, de l'autorité fédérale, de la Communauté ou de la Région et

(121) Dans une affaire similaire soumise à la C.R.A.I.E., celle-ci conclut : «Considérant qu'il n'est pas normal que l'on ne puisse retrouver la trace de permis d'exploiter anciens; [...] qu'il est dès lors regrettable que l'on ne puisse avoir accès aux archives de la partie adverse [classées dans des locaux faisant l'objet d'une suspicion de contamination à l'amiante!]; que, ceci étant, la Commission ne peut que constater qu'il ne peut être satisfait à la demande d'accès» (5 octobre 2005, recours n° 292). Egal. C.E., arrêt *Teugels*, n° 182.185, du 21 avril 2008.

(122) Not. loi du 11 avril 1994, art. 5, al. 2.

(123) Décret du 26 mars 2004, art. 17, §3.

(124) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 91; C. DE TERWANGNE et T. DE LA CROIX-DAVIO, *L'accès à l'information administrative et la commercialisation des données publiques*, coll. Cahiers du Crid, Namur, Story-Scientia, 1994, p. 50.

peuvent prévoir des exceptions pour des motifs relevant de l'exercice de leurs compétences, qui valent pour toutes les autorités administratives» (125). Intervient donc une double clé de répartition, organique et matérielle. Chacun est maître chez soi pour établir les exceptions qui s'appliquent à ses propres services ainsi qu'aux organismes placés sous son contrôle (126). En outre, chaque législateur peut édicter des motifs d'exception qui ressortissent à sa compétence matérielle et qui s'appliquent, dans ce cas, à toutes les autorités du pays (127).

34. Toutes les décisions de refus basées sur un motif d'exception doivent être motivées (128). Cela implique pour l'autorité l'obligation de préciser pourquoi un motif d'exception s'applique dans le cas soumis – en quoi la publicité porterait atteinte à un intérêt protégé (129) – et pourquoi l'autorité a jugé ce motif supérieur à l'intérêt de la divulgation – dans le cas où une mise en balance des intérêts concurrents est requise –. Le Conseil d'Etat et les CADA exercent un contrôle scrupuleux de cette nécessité d'une motivation formelle, exigeant de l'autorité publique une motivation non seulement en droit mais aussi en fait. Les concepts utilisés par la loi pour désigner les intérêts susceptibles de justifier une exception sont la plupart vagues et indéfinis. Aussi, le Conseil d'Etat et la CADA estiment que l'administration ne peut se contenter de les invoquer «sans énoncer les circonstances concrètes qui expliquent pourquoi, dans le cas d'espèce, l'intérêt considéré l'emporte sur l'intérêt de la publicité» (130). La décision de refus doit faire apparaître le raisonnement qui a été suivi de façon à permettre

(125) Note explicative, *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), p. 5.

(126) C.C., arrêt n° 43/2002, du 20 février 2002.

(127) Pour d'amples développements sur la question, voy. M. Boes, *op. cit.*, pp. 11 et s.; D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 180, 195 et 201 et s.

(128) Ces décisions sont en effet à considérer comme des actes administratifs individuels tombant sous le coup de la loi sur la motivation des actes administratifs du 29 juillet 1991. Le cas des refus implicites, déduits du silence de l'administration, n'échappent pas au devoir de motivation. Le Conseil d'Etat a en ce sens précisé : «à l'instar de tout acte administratif, une décision implicite de rejet doit reposer sur des motifs susceptibles de la justifier, à peine d'empêcher tout contrôle juridictionnel sur une telle décision; ces motifs doivent être exacts, pertinents et admissibles et ressortir ou pouvoir être déduits du dossier dans lequel la demande de consultation a été rangée» (C.E., arrêt *D. Malisse et B. Vlieghe*, n° 197.197, du 22 octobre 2009, p. 8).

(129) Un risque vraisemblable suffit à justifier un constat en faveur du secret (C.E., arrêt *s.c.r.l. Jansen Frères*, n° 163.733, du 18 octobre 2006).

(130) R. Andersen, «La mise en balance des intérêts en cause dans l'appréciation des motifs d'exception à la publicité de l'administration», *C.D.P.K.*, 1999, p. 41; voy. égal. D. Voorhoof, «Openbaarheid van bestuur...», *op. cit.*, pp. 19 et s.; C.E., arrêt *Jacques M.*, n° 66.860, du 18 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 256, obs. D. Garabedian : «en l'espèce la partie adverse se contente en substance d'affirmer de manière générale qu'une publicité trop large pourrait nuire à l'objectif qu'elle poursuit de lutter contre la fraude fiscale, sans indiquer en quoi cet objectif pourrait être compromis par la divulgation au requérant des documents [...]»; C.E., arrêt *Delwart*, n° 68.610, du 2 octobre 1997 et arrêt *n.v. Brussels Airport Terminal Company*, n° 71.688, du 9 février 1998 (*Cour. Fisc.*, 1998, p. 341, note W. Defoor).

aux intéressés de connaître les justifications du refus, cette formulation ne pouvant consister en une simple formule de style (131).

Très classiquement, tous les motifs d'exception sont de stricte interprétation (132).

Lorsque ces exceptions ne concernent qu'une partie d'un document administratif, elles ne peuvent être invoquées qu'à concurrence de cette partie. Le reste du document doit être communiqué au demandeur (133).

VI.1. – *Les exceptions fédérales*

35. Les exceptions fédérales sont appelées à être soulevées par toutes les autorités du pays, autorités tant fédérales, donc, que fédérées ou locales (134).

VI.1.1. *Les exceptions obligatoires relatives*

36. Une première série d'exceptions inscrite à l'article 6, §1er, de la loi du 11 avril 1994 se caractérise par son côté disparate, les motifs d'exception étant «énumérés en vrac» (135). Ces motifs d'exception impliquent que la demande d'accès doit être rejetée lorsque l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection des intérêts prépondérants suivants : la sécurité de la population, les libertés et droits fondamentaux des administrés, les relations internationales fédérales de la Belgique, l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales, la recherche ou la poursuite de faits punissables, un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public, le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité, l'anonymat des «dénonciateurs» de faits punissables.

Ces motifs d'exception ne peuvent être opposés de façon systématique à une demande d'accès, cela «irait à l'encontre des objectifs poursuivis par le Constituant» (136). Une pondération des intérêts en présence doit à chaque

(131) C.E., arrêt *Housieaux*, n° 161.407, du 19 juillet 2006. Pour un exemple de vérification d'une mise en balance concrète des intérêts, C.E., arrêt *Gringo*, n° 205.405, du 17 juin 2010, p. 12 et arrêt *Cubalidge*, n° 205.403, du 17 juin 2010, p. 12.

(132) Le Conseil d'Etat a répété à de nombreuses reprises cette affirmation, utilisant alternativement les termes «interprétation stricte» et «interprétation restrictive», présentés comme synonymes : not. C.E., arrêt *de Nationale instelling voor radioactief afval en de verrijkte splijtstoffen*, n° 192.371, du 14 avril 2009. Voy. égal. C.C., arrêt n° 150/2004, du 15 septembre 2004, B.3.2; R. Andersen, «La mise en balance des intérêts...», *op. cit.*, p. 39.

(133) Loi du 11 avril 1994, art. 6, §4. C.E., arrêt *Jacques M.*, n° 66.860, du 18 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 256; arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000 : «[...] il suffit de souligner que ces données peuvent être rendues illisibles et que cela vaut également pour les données relatives au fonctionnement du service même».

(134) Loi du 11 avril 1994, art. 1er, *b*.

(135) R. Andersen, «La mise en balance des intérêts...», *op. cit.*, p. 41.

(136) C.E., arrêt *s.p.r.l. BA-WA*, n° 68.609, du 2 octobre 1997.

fois intervenir (137). En cas de refus, «la motivation doit faire apparaître concrètement les raisons qui ont fait prévaloir l'intérêt protégé par l'exception relative sur le droit d'accès à l'information» (138). La CADA a spécifié que l'autorité est tenue d'apprécier séparément pour chaque document si l'intérêt à la confidentialité prime l'intérêt à la publicité (139).

Les intérêts à mettre en balance sont d'une part celui de l'autorité concernée ou de la valeur protégée et d'autre part celui du *citoyen*, et non l'intérêt particulier du *requérant*. C'est la finalité générale de la législation d'accès qui est mise dans la balance. C'est une approche *in abstracto* qui doit être suivie (140). Cette approche se justifie notamment du fait que, d'une part, les législations d'accès ne demandent pas en principe au requérant de révéler son intérêt à recevoir communication des documents qu'il sollicite. Evaluer l'applicabilité d'une exception en fonction de l'intérêt personnel du requérant reviendrait à réintroduire un critère d'intérêt que l'on avait volontairement supprimé au stade de la recevabilité des demandes d'accès. D'autre part, ces textes ne régissent pas l'utilisation que le récepteur des documents peut faire de ceux-ci en aval de l'exercice de son droit d'accès – si ce n'est l'utilisation commerciale (141) –. Pour le Conseil d'Etat, «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» (142). Nulle obligation de confidentialité ne pèse sur le requérant qui peut donc divulguer à n'importe qui les informations reçues (143). Les motifs de ne pas communiquer un document doivent en conséquence valoir à l'égard de toute personne.

(137) Voy. ce qui est dit ci-dessus. Egal. CADA, 19 septembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 287 («Les motifs de l'article 6 ne peuvent être invoqués de manière systématique; ils ne peuvent l'être qu'à titre exceptionnel en fonction des circonstances propres au cas d'espèce considéré et moyennant due motivation»). C.E., arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000, 3.2.2.3; C.E., arrêt *Housieaux*, n° 161.407, du 19 juillet 2006 («l'imprécision de la motivation et son caractère vague sont tels que cela équivaut à une absence de motivation»).

(138) C.E., arrêt *Housieaux*, n° 161.407, précité.

(139) CADA, avis 95/15.

(140) J. Sambon, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, pp. 248-249; A. Gosseries, «Le droit d'accès à l'information relative à l'environnement. Examen de la jurisprudence wallonne (1993-1996)», *Amén.-Env.*, 1997, pp. 86, 87 et 91; Ch. Larssen, «La directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil – Analyse de la directive et de sa transposition en droit interne», *Amén.-Env.*, 2005, pp. 13 et s.

(141) L'interdiction de l'utilisation commerciale des documents obtenus était presque uniformément présente dans les textes législatifs mais elle a été supprimée dans la loi fédérale par la loi du 7 mars 2007 relative à la réutilisation des informations du secteur public, de même que dans l'ordonnance bruxelloise par l'ordonnance du 6 mars 2008 et dans le décret flamand par le décret du 27 avril 2007 portant réutilisation des informations du secteur public (voy., *infra*, pt. IX.2.).

(142) C.E., arrêt *s.c.r.l. Jansen*, n° 163.733, du 18 octobre 2006.

(143) Le raisonnement tenu ne vaut pas pour les documents à caractère personnel pour la communication desquels un intérêt doit être démontré par le requérant et dont la transmission peut être assortie de restrictions de divulgation (voy. par exemple CADA, avis 95/76 et 96/105).

Cela étant, on observe qu'en pratique il semble difficile de ne pas avoir égard à l'intérêt personnel du demandeur et au sort qu'il compte réserver à l'information obtenue (144).

VI.1.2. *Les exceptions absolues*

37. A l'article 6, §2, de la loi, le législateur fédéral a prévu trois hypothèses dans lesquelles les autorités sollicitées sont tenues de refuser l'accès demandé, sans pouvoir procéder à une mise en balance des intérêts en jeu. Ces exceptions peuvent en cela être qualifiées d'absolues (145).

Dans son avis concernant le décret flamand relatif à la transparence de l'administration, la section législation du Conseil d'Etat, s'appuyant sur les travaux parlementaires de l'article 32 (146), a spécifié que les exceptions apportées au droit consacré par l'article 32 ne pouvaient être que relatives. Il a en conséquence qualifié de non conforme avec l'article 32 toute restriction générale et absolue du droit d'accès, qui ne repose pas sur une mise en balance *in concreto* des intérêts à protéger avec l'intérêt de la transparence, et qui ne soit pas «dans un rapport de proportion raisonnable» avec le droit fondamental (147). Ces observations jettent donc un doute sur la conformité de la catégorie d'exceptions absolues insérée dans la loi, au regard de l'article 32 (148). La jurisprudence des différents organes appelés à se prononcer en cette matière n'est pas totalement éclairante sur ce point. La Cour constitutionnelle a l'air de s'accommoder de l'existence d'exceptions absolues pourvu qu'elles reposent sur un critère objectif et soient raisonnablement justifiées, ce qui implique que la restriction soit proportionnée au but poursuivi (149), tandis que le Conseil d'Etat a spécifié qu'une exception qui imposerait le secret sans mise en balance des intérêts en jeu serait non

(144) R. Andersen, «Conclusions générales», *op. cit.*, p. 963; Ch. Larssen, *op. cit.*, p. 17; S. Guffens, «Les exceptions au droit d'accès à l'information en matière d'environnement en Région wallonne», in D. Renders (dir.), *op. cit.*, p. 631.

(145) Sur cette catégorie d'exceptions absolues voy. les développements de F. Schram, «Uitzonderingen op openbaarheid van bestuur», *NjW*, 2005, pp. 578 et s.

(146) *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), p. 5 et *Doc.*, n° 839/4 (cité note 31), pp. 7-8.

(147) Advies van de Raad van State, *Parl. Stuk*, Vl. Parl., zit. 1998-1999, n° 1334/1-Addendum, pp. 31 et s.

(148) Dans le même sens, R. Ergec, *op. cit.*, pp. 92-94; A. Gosseries, «Le droit d'accès à l'information...», *op. cit.*, p. 90; J. Sambon, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, pp. 243-244; F. Schram, «Uitzonderingen...», *op. cit.*, pp. 578 et s. Voy. également l'analyse fouillée de Thomas Bombois, in D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 320 et s.

(149) C.C., arrêt n° 17/97, du 25 mars 1997, B.6.1 (interdire *a priori* à des citoyens qui justifient d'un intérêt l'accès aux documents à caractère personnel n'est pas proportionné au but de l'interdiction); arrêt n° 150/2004, du 15 septembre 2004, note I. Hachez, *Amén.-Env.*, 2005, p. 129 (l'interdiction limitée aux seuls documents, en matière nucléaire, classifiés selon une procédure établie par arrêté royal, n'est pas disproportionnée au regard des objectifs de sécurité et de lutte contre le trafic illicite des armes nucléaires). Dans ce dernier cas, on pourrait comprendre que la Cour estime qu'une balance d'intérêts est bien effectuée mais par la personne responsable de la classification des documents plutôt que par l'autorité qui doit traiter une demande d'accès.

conforme à l'article 32 (150). Pour le Conseil d'Etat, même si l'article 6, §2 ne prescrit pas de mise en balance des intérêts, cela ne signifie pas que les exceptions de cette disposition puissent être appliquées de manière absolue. Vérifier que la transparence porte réellement atteinte aux intérêts listés exige une appréciation *in concreto*, ce qui implique d'examiner *in casu* si l'intérêt légitime à prendre connaissance des documents ne contrebalance pas le danger de dévoiler les sources d'information de la Sureté de l'Etat (151). On observe qu'au titre d'une vérification de l'atteinte, c'est une véritable mise en balance des intérêts que le Conseil d'Etat envisage, ce qui dépasse assurément la portée normalement attachée à une telle vérification (152). Quelques mois plus tôt, la même Haute juridiction avait pourtant spécifié qu'en présence d'une exception absolue, l'administration devait refuser la demande d'accès sans effectuer de pondération d'intérêts, insistant sur le caractère superflu de la mise en balance qui avait été réalisée par le Fonds des maladies professionnelles dans le cas soumis (153).

En définitive, les autorités ne sont pas dispensées de vérifier si une communication du document demandé porte véritablement atteinte aux intérêts protégés par les exceptions absolues. Elles ne peuvent invoquer une exception absolue sans procéder à une appréciation concrète de l'atteinte occasionnée par la publicité aux intérêts garantis. L'autorité concernée est au demeurant tenue de motiver sa décision de refus.

38. Les trois hypothèses retenues par le législateur comme exceptions absolues sont les cas où la publication porte atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi – toutes les hypothèses de secret professionnel instauré par une norme législative –, au secret des délibérations du gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée, ou porte atteinte à la vie privée (154). Pour ce qui concerne la vie privée, toutefois, l'exception tombe lorsque la personne concernée a préalablement consenti par écrit à laisser consulter ou communiquer sous forme de copie les documents qui mettent en cause sa vie privée.

On peut s'interroger sur ce qui justifie ce régime exceptionnel pour la vie privée. En quoi cette valeur est-elle supérieure aux autres libertés et droits

(150) «[...] de verwerende partij dit als een absolute uitzonderingsgrond ziet, dat wil zeggen dat zij de openbaarheid moet weigeren zonder een belangenafweging te mogen doen; [...] een dergelijk principe echter niet in overeenstemming te brengen is met de regel van artikel 32 van de Grondwet» (C.E., arrêt *Lybaert*, n° 132.072, du 7 juin 2004).

(151) *Ibid.* Pour un commentaire de cette application *contra legem* de l'exception, voy. D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 420 et 421. Pour F. Schram, le Conseil d'Etat est allé «*een brug te ver*» dans cet arrêt («Uitzonderingen...», *op. cit.*, p. 584).

(152) Dans le même sens, D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, n°s 151 et 165.

(153) C.E., arrêt *Barbé*, n° 126.943, du 8 janvier 2004.

(154) Loi du 11 avril 1994, art. 6, §2.

fondamentaux pour mériter un traitement différencié et pourquoi doit-elle l'emporter automatiquement en cas de conflit avec le droit à l'information (155)? On a vu que, en tant que couverts par une législation d'accès général, les documents administratifs sont une «source générale d'information», protégés à ce titre par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (156). La vie privée est, elle, protégée par l'article 8 de cette Convention. Au demeurant, le droit d'accès et la vie privée sont garantis tous deux d'égale manière, comme droits fondamentaux, par la Constitution (157). Or, la validité d'une définition hiérarchique *a priori* des droits de l'homme n'a jamais été démontrée (158). Le conflit entre deux droits fondamentaux se résout par application de la méthode de pondération des intérêts. Il faut vérifier si un juste point d'équilibre a été atteint entre les deux droits en conflit (159). On ne peut parler de «point d'équilibre» lorsque l'on fait primer systématiquement, *a priori*, un droit sur l'autre, sans permettre à l'administration et à l'organe indépendant de contrôle ou au juge d'opérer la balance (160).

La notion de vie privée est, par ailleurs, floue et objet d'interprétation (161). Elle ne doit en tout cas pas être confondue avec la notion de «documents à caractère personnel». Nombre de documents administratifs à caractère personnel ne relèvent pas de la vie privée (appréciation professionnelle, par exemple) et ne doivent donc pas être soustraits d'office au droit d'accès du public. Par contre, pourrait être interdit d'accès car relevant de la vie privée, par exemple, un document révélant que la personne concernée a acquis des biens immobiliers – le patrimoine étant généralement inclus dans la notion de vie privée. Or l'acquisition ou la restauration de villas par des élus au cours de leur mandat a pu se révéler, en certaines circonstances, de grand intérêt pour l'édification du public et

(155) Thomas Bombois partage cette interrogation (D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 332 et s.).

(156) Voy., *supra*.

(157) *Contra* : Marc Boes considère que le droit de l'article 32 ne protège pas une valeur en soi et n'est qu'un droit accessoire à la réalisation d'autres droits (M. Boes, «Openbaarheid van bestuur», in *Liber amicorum Alfons Vandeurzen*, Gand, Mys & Breesch, 1995, p. 46), point de vue contesté par F. Schram (*op. cit.*, p. 579) et par Thomas Bombois (D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 519 et 520).

(158) R. Ergec, *op. cit.*, p. 94; D. Déom, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, pp. 319-320.

(159) F. Rigaux, «Introduction générale», *Rev. trim. dr. h.*, 1993, n° spécial sur la liberté d'expression, p. 7.

(160) Egal. R. Ergec, *op. cit.*, pp. 93-94; J. Sambon, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *op. cit.*, pp. 243, 244 et 255.

(161) La CADA a estimé que la notion ne s'étendait pas aux données relatives à la carrière professionnelle : «Volgens de CTB moet het begrip persoonlijke levensfeer tot deze context worden beperkt en slaat dit niet op gegevens die verband houden met de beroepsloopbaan, tenzij in het uitzonderlijke geval dat deze gegevens zouden verband houden met gedrag in de persoonlijke levensfeer en betrekking zouden hebben op een tuchtdossier (CADA, avis 95/51, cité par D. Voorhoof, «Openbaarheid van bestuur...», *op. cit.*, p. 23).

l'exercice d'un contrôle de l'exécutif. L'exception absolue au bénéfice de la vie privée conduit en fait à refuser l'accès de la presse à de telles informations.

Quant au secret instauré par une loi, son caractère absolu soulève lui aussi des difficultés. Au point que la jurisprudence lui a apporté des tempéraments, estimant notamment que le secret professionnel ne peut s'opposer à ce qu'une personne puisse consulter le dossier d'un tiers pour vérifier le fondement d'une réclamation de sa propre dette fiscale – en tant que débiteur solidaire – (162); ce secret ne justifie donc pas de déroger au «droit fondamental du contribuable de contester le bien-fondé d'une dette que l'administration lui réclame» et partant au droit de se faire communiquer des données concernant un tiers (un ex-époux *in casu*), nécessaires pour la contestation (163). L'obligation de secret ne peut en outre, sous peine d'inconstitutionnalité, valoir à l'égard de tous les tiers et intéressés, y compris les personnes dont la situation est directement concernée par les documents sollicités (164). Le secret professionnel ne peut être opposé à ceux dont les intérêts sont précisément protégés par ce secret. Ainsi, tant les mineurs que leurs parents ont le droit de consulter le dossier confidentiel élaboré à l'occasion du placement des enfants (165). Dans le même sens, à de nombreuses occasions, la CADA, suivie par le Conseil d'Etat (166) a répété que le secret fiscal ne peut être opposé au contribuable pour lui refuser l'accès à son propre dossier ou à des documents invoqués à son encontre.

VI.2. – *Les exceptions communautaires et régionales*

39. Le régime des exceptions propres à chaque communauté ou région – et applicables, le cas échéant, par toutes les autorités du pays – est directement inspiré de la loi fédérale, moyennant les évidentes adaptations telles que la mention des «relations internationales de la Communauté», du «secret des délibérations du Gouvernement, des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ou auxquelles une autorité communautaire est associée», «des relations internationales de la Région», d'un «intérêt économique ou financier de la Région», etc. Il ne s'indique pas de passer en revue dans ces pages le régime propre à chaque institution. On relèvera seulement que le décret flamand se distingue par un régime d'exceptions divergeant

(162) C.E., arrêt *s.a. SEMALU*, n° 126.678, du 19 décembre 2003.
(163) C.E., arrêt *Scheppers de Bergstein*, n° 81.740, du 9 juillet 1999.
(164) C.E., arrêt *Van Hamme et Vekemans*, n° 134.863, du 14 septembre 2004.
(165) *Ibid.*
(166) C.E., arrêt *N.V. Brussels Airport Terminal Company*, n° 71.688, du 9 février 1998.

davantage des autres textes, particulièrement quant à la liste des exceptions obligatoires absolues (167).

VI.3. – *Les exceptions facultatives communes*

40. Avec une nuance pour le décret flamand, certaines exceptions sont inscrites identiquement dans tous les textes votés en aval de l'article 32 de la Constitution. Ces exceptions sont facultatives. Une possibilité de refus de communication est ainsi ouverte aux autorités du pays en présence de demandes manifestement abusives ou formulées de manière manifestement trop vague, de demandes concernant une opinion communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité, ou encore, de demandes mettant en cause des documents inachevés ou incomplets dont la divulgation peut être source de méprise (168).

Pour pouvoir invoquer cette dernière possibilité d'exception, l'autorité est tenue d'apprécier si la divulgation du document en l'état est susceptible d'induire le requérant en erreur sur la portée du document. Les autorités ont démontré une certaine tendance à invoquer cette exception à mauvais escient, confondant documents inachevés ou incomplets – pouvant être soustraits à la publicité – et documents préparatoires – en principe publics –. La CADA a corrigé ces erreurs (169). Elle a notamment précisé que «le fait qu'une procédure soit actuellement pendante devant la Commission consultative des étrangers ne peut être assimilé au caractère inachevé ou incomplet d'un document administratif susceptible, pour cette raison, d'être source de méprise» (170). Une procédure inachevée ne signifie donc pas nécessairement que les documents sont inachevés (171). Le Conseil d'Etat a quant à lui précisé qu'il ne peut être question d'invoquer simplement le risque de confusion pour le public lié à la communication du document demandé. Ce risque doit découler du fait que le document est inachevé ou incomplet, ce qui doit être démontré par l'administration qui invoque l'exception (172).

(167) Cette liste reprend, moyennant quelques retouches, la liste du décret précédent. Déjà à l'époque, alors que le Conseil d'Etat avait clairement spécifié que les exceptions absolues étaient en contradiction avec l'intention du Constituant, le législateur flamand avait maintenu cette catégorie d'exceptions, et l'avait même étoffée... Une députée, à l'avis de laquelle s'est rallié le ministre, a été jusqu'à déclarer : «*Het aantal absolute uitzonderingen [...] is so wie so al erg beperkt*» (*Parl. Stuk*, Vl. Parl., zit. 1998-1999, n° 1334/4, p. 14) – cette liste était et est toujours pourtant la plus longue parmi les modèles législatifs existant en Belgique, ce qui a suscité la critique (F. SCHRAM, «Uitzonderingen...», *op. cit.*, p. 583).
(168) Not. loi du 11 avril 1994, art. 6, §3. Le décret flamand du 26 mars 2004 n'exige pas que le document soit source de méprise.
(169) CADA, avis 97/103; 98/5; 98/51; 98/63; 98/65; 98/137; 2005/75.
(170) CADA, avis 97/39 du 12 mai 1997.
(171) A. GOSSERIES, «Droit d'accès à l'information, documents inachevés et risque de méprise», obs. sous C.R.A.I.E., 13 février 1997, recours n° 140, *Amén.-Env.*, 1998, p. 240.
(172) «[...] de 'misvatting' waarvan sprake in die bepaling het gevolg moet zijn van het feit dat het betrekken document 'niet af of onvolledig is'». Dans l'affaire tranchée par le Conseil d'Etat,

L'exception pour demande manifestement trop vague, quant à elle, ne peut être soulevée pour dénoncer une demande portant sur des documents déterminés mais très nombreux (173). Par contre, il se pourrait que la demande soit considérée comme manifestement abusive du fait qu'elle porte sur une très grande quantité de documents (174), même si ce n'est pas vrai dans tous les cas (175). N'est pas manifestement abusif, à l'inverse, le fait de demander un document alors qu'on l'a déjà – on l'a peut-être égaré – (176). On peut par ailleurs réintroduire une demande d'accès à un document alors qu'on avait déjà introduit une telle demande. Le Conseil d'Etat a ainsi dit que «cette abstention des requérants [d'introduire une demande en reconsidération après avoir essuyé un premier refus] ne fait pas obstacle à une nouvelle demande d'accès à des documents administratifs susceptible de donner lieu à une nouvelle décision de l'autorité administrative; qu'en effet, aucune disposition constitutionnelle ou législative n'interdit à un demandeur de former plusieurs demandes d'accès à des documents administratifs» (177).

Concernant l'exception portant sur une opinion communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité, le Conseil d'Etat a spécifié que cela ne pouvait en aucune manière s'appliquer à une étude qu'on a commandée à une cellule interne. C'était ce qu'avait prétendu le Général *Chief of Defense* de l'armée, soutenant que l'étude en question avait été fournie sur une base volontaire par ses collaborateurs (178).

Pour le décret flamand, les données communiquées librement par des tiers à titre confidentiel sont intégrées dans la catégorie des exceptions obligatoires absolues, à moins que les tiers ne consentent à leur divulgation. C'est donc aux tiers eux-mêmes et non pas à l'administration comme dans

l'autorité militaire à qui était demandé l'accès à une étude sur le projet relatif à l'hôpital militaire de Neder-Over-Hembeek, avait refusé cet accès au motif que cela créerait de la confusion dans un dossier qui appelait la sérénité : «de voorstellen die meegedeeld werden zijn te ruim en daardoor weinig realistisch zodat hun openbaarheid enkel voor verwarring kan zorgen in een context waar juist sereniteit gezocht dient te worden bij het bepalen van nieuwe toekomstperspectieven voor het Militair Hospitaalcentrum». Le Conseil d'Etat n'a pas accepté ce détournement de l'exception (C.E., arrêt *Luc Sevenhans*, n° 202.459, du 29 mars 2010, §16).

(173) C.E., arrêt *SLA Trading Company*, n° 156.628, du 20 mars 2006; CADA, 29 juin 2006, avis 2006/41.

(174) C.R.A.I.E., 11 décembre 2006, recours n° 332 : la demande portait sur des millions de données issues de relevés sonométriques autour de l'aéroport de Bierset et la satisfaire aurait mobilisé un ingénieur et un ordinateur pendant plusieurs jours.

(175) C.R.A.I.E., 8 novembre 1994, *Amén.-Env.*, 1994, p. 304 : la demande portait sur 19 dossiers d'autorisations de déversement d'effluents liquides d'entreprises en bord de Meuse et de Sambre : «Considérant que le nombre de documents demandés ne fait pas preuve en soi du caractère manifestement abusif de la demande».

(176) C.E., arrêt *SLA Trading Company*, n° 156.628, du 20 mars 2006 : pour le Conseil d'Etat, on ne peut attendre d'un administré qu'il emporte des milliers de documents dans les bureaux de l'autorité en vue d'établir lesquels il détient et pour lesquels il doit solliciter une copie.

(177) C.E., arrêt *D. Malisse et B. Vlieghe*, n° 197.197, du 22 octobre 2009.

(178) C.E., arrêt *Luc Sevenhans*, n° 202.459, du 29 mars 2010, §16.

les autres textes légaux, qu'il appartient de décider du secret ou de la publicité des informations qu'ils ont transmises.

VII. – Les conditions de mise en œuvre : le coût de l'accès (179)

41. En instituant que désormais la consultation et la copie de documents administratifs sont libres (180), l'article 32 ne garantit pas cependant que ces démarches soient gratuites. La fixation du coût de l'accès est laissée aux bons soins des diverses entités du pays au titre des «conditions» du droit fondamental consacré. Il est clair que la fixation d'une rétribution (181) est susceptible d'entraver le droit d'accès à l'information. Les travaux préparatoires de l'article 32 mettent en garde : le coût de la copie «ne pourra être dissuasif auquel cas on met à mal un droit constitutionnel fondamental» (182).

42. Dans l'ensemble des textes instaurant un droit général d'accès, l'imputation au demandeur des coûts générés par les démarches d'accès varie selon que ces démarches prennent la forme d'une consultation, d'une demande de renseignements ou d'une demande de copie (183). La consultation des documents est gratuite, de même que la demande de renseignements, tandis que l'obtention de copies peut, le cas échéant, être soumise au paiement d'une rétribution. Les législations d'accès évoquent les conditions tarifaires en termes vagues qui n'indiquent pas clairement ce qu'ils doivent comprendre. Ils mentionnent une rétribution qui tantôt doit être raisonnable, tantôt ne peut excéder le prix coûtant, ou ne peut être supérieure au prix de revient de la copie (184). Les textes réglementaires adoptés sur cette base, pour fixer uniformément les montants chiffrés à réclamer pour la délivrance de copies, diffèrent tous dans le résultat atteint.

La jurisprudence a établi que réclamer 20 francs belges la page est excessif et de nature à entraver le droit à l'information (185), 25 francs également (186), 28 francs manifestement excessif (187) et 0,2479 euros dépasse

(179) Pour les modalités de mise en œuvre du droit d'accès liées à la procédure à suivre, qui ne font pas l'objet de la présente analyse, voy. les très amples développements y consacrés in D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 427-616.

(180) *Doc.*, n° 839/1 (cité note 28), p. 5.

(181) J. Bouvier, «De l'improbable nature des rétributions et de quelques autres considérations», *Rev. dr. comm.*, 2003, pp. 36-48.

(182) *Doc.*, n° 100-49/2° (cité note 30), p. 7.

(183) Not. loi du 11 avril 1994, art. 12.

(184) Pour le détail, voy. C. de Terwangne, *Société de l'information et mission publique d'information*, *op. cit.*, n°s 195 et s., http://www.crid.be/pdf/public/These_cdeterwangne.pdf.

(185) C.R.A.I.E., 17 février 1995, recours n° 56.

(186) *Ibid.*, recours n° 47.

(187) C.R.A.I.E., 22 août 1997, recours n° 137.

de loin le coût réel d'une photocopie (188). Exiger le paiement de 900 francs par heure de recherche par le personnel des documents demandés, garanti par une caution de 5.000 francs est exorbitant (189). Demander le versement d'un acompte de 20 euros sans justification de ce montant n'est pas admissible (190). En présence d'une administration communale qui réclamait 2.440 francs pour la copie de quatorze pages, bradées à 1.200 francs après réclamation, la C.R.A.I.E. a précisé la notion de coût réel d'une photocopie, dans la ligne de ce qu'avait dit à ce sujet le Tribunal de Verviers : ce coût «comprend non seulement le coût du papier, l'amortissement de la machine, les entretiens de celle-ci, bref le prix de revient de la photocopie majoré, le cas échéant, de frais d'envoi. Il ne s'étend pas aux frais de recherche des documents et, de manière générale, aux frais de fonctionnement du service public» (191). Le Conseil d'Etat pour sa part a confirmé que le montant de la rétribution doit «correspondre à celui qui est réellement pris en charge par la commune et plus particulièrement au prix coûtant de la copie, en sorte qu'il est exclu de faire supporter par les citoyens qui demandent des copies, des frais que la commune aurait dû supporter même en l'absence de toute demande de copie, tels que les traitements du personnel communal ou des coûts liés aux bâtiments» (192).

En l'absence de précision dans des textes réglementaires, le caractère raisonnable du tarif pratiqué doit s'interpréter comme celui qui n'enlève pas tout effet utile au droit d'accès (193).

Il est à noter qu'une administration peut mettre en place des conditions tarifaires plus favorables à l'égard de certaines catégories de demandeurs (les associations sans but lucratif dans les domaines culturel, social, humanitaire et sportif, par exemple), pourvu que la différence de traitement repose sur un critère objectif et raisonnable. Réserver le régime favorable à des associations «dûment agréées par le collège des bourgmestre et échevins» sans qu'aucun critère d'agrément soit établi ne peut être considéré comme un critère pertinent et est donc discriminatoire (194).

(188) C.R.A.I.E., 28 janvier 2004, recours n° 259.
(189) Trib. civ. Verviers, 15 novembre 1993, *D.C.C.R.*, 1994-1995, p. 785, obs. P. Gérard.
(190) C.R.A.I.E., 10 janvier 2006, recours n° 299.
(191) C.R.A.I.E., 30 mai 1996, recours n° 88, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1465, obs. J. Sambon, «Le prix de l'accès à l'information». La C.R.A.I.E. a ramené la facture à 10 francs la copie...
(192) C.E., arrêt *de Liedekerke de Pailhe*, n° 112.495, du 12 novembre 2002 et arrêt *R. de W. et de L. de P.*, n° 112.496, du 12 novembre 2002.
(193) C. de Terwangne, «L'accès du public à l'information...», *op. cit.*, p. 132.
(194) C.E., arrêt *de Liedekerke de Pailhe*, n° 112.495 et arrêt *R. de W. et de L. de P.*, n° 112.496, cités note 192.

VIII. – Les recours

43. Diverses voies de recours sont offertes en cas de non respect du droit d'accès garanti à l'article 32.

Une voie de recours administratif spécifique est mise à la disposition du demandeur insatisfait tant au niveau fédéral qu'à celui des entités fédérées (195). Seule la Communauté germanophone n'a pas jugé opportun d'instaurer un recours particulier ni de se doter d'un organe spécifiquement compétent en la matière. Ce choix d'organiser un recours administratif spécifique semble avoir été dicté par la conviction des législateurs que cette voie était la mieux à même de «garantir l'efficacité de la transparence administrative, dans le prolongement de l'article 32 de la Constitution» (196).

Le recours classique devant le Conseil d'Etat reste par ailleurs ouvert.

Le juge judiciaire peut également être saisi étant donné qu'on se trouve en présence d'un droit subjectif.

VIII.1. – *Auprès des commissions d'accès aux documents administratifs*

44. Comme pour le reste, les législateurs fédérés se sont inspirés fidèlement du modèle de la loi du 11 avril 1994 et ont reproduit le mécanisme adopté au niveau fédéral (197). Ainsi, lorsqu'un demandeur rencontre des difficultés pour obtenir l'accès à un document administratif, il peut demander à l'autorité à laquelle il s'est déjà adressé, de reconsidérer sa décision. Dans le même temps, il demande à l'organe consultatif spécialement mis en place, la commission d'accès aux documents administratifs (198), d'émettre un avis. Cet avis doit être communiqué dans le mois (199), l'autorité

(195) Loi du 11 avril 1994, art. 8.
(196) D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 477-478.
(197) R. Andersen, «Les procédures de recours en matière d'accès à l'information environnementale en Belgique», in C. Larssen (éd.), *Dix ans d'accès à l'information en matière d'environnement en droit international, européen et interne – Bilan et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 203 et s.; C. Doyen, «La législation sur l'accès aux documents administratifs. Aperçu de ses applications», in *Transparence et droit à l'information*, Liège, 2002, coll. Formation permanente CUP, n° 55, pp. 59 et s.; D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 486 et s.
(198) Hormis l'organe flamand baptisé «instance de recours», tous les organes spécifiques de recours créés par les différents textes législatifs portent le même nom de «Commission d'accès aux documents administratifs». Seul l'organe bruxellois se distingue par la précision apportée à la dénomination : «Commission Régionale d'accès aux documents administratifs». Depuis le 8 mai 2008, date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 28 avril 2008, c'est la «section publicité de l'administration» de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, qui remplit les fonctions de la Commission fédérale d'accès aux documents administratifs (arrêté royal relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, art. 2 et 3).
(199) Seul le décret de la Cocof accorde 60 jours à la commission qu'il a instaurée, pour se prononcer.

concernée disposant, elle, de quinze jours après réception de l'avis pour se (re)prononcer. Cette dernière décision est susceptible d'un recours ordinaire devant le Conseil d'Etat. Les textes précisent simplement que l'avis éventuel de la commission de recours doit être joint au recours (200).

Pareille voie de recours ayant aussi été instaurée en matière d'accès à l'information environnementale, on observe aujourd'hui la présence d'une dizaine d'organes de recours dans le panorama administratif. Au point que l'on a pu déplorer la «pléthore de procédures» et la «prolifération des commissions d'accès aux documents administratifs», et que l'on doit constater que le contentieux lié au droit d'accès «se transforme en un véritable labyrinthe de la transparence administrative où l'administré se perd dans les dédales des procédures et des autorités compétentes» (201). D'autant que ces organes n'ont pas tous le même profil – l'instance flamande, par exemple, est la seule à n'être composée que de fonctionnaires – ni ne disposent des mêmes pouvoirs (simple pouvoir d'avis ou réel pouvoir de réformation).

VIII.2. – *Auprès du juge judiciaire*

45. L'article 32 consacre un véritable droit subjectif dont la mise en cause peut être déférée au juge judiciaire en vertu de l'article 145 de la Constitution (202). L'exercice du droit d'accès ne met pas en jeu la compétence discrétionnaire de l'autorité administrative, en ce sens que l'autorité choisirait d'accorder tel avantage (203). Les textes légaux en matière de droit d'accès laissent à l'administration un pouvoir d'appréciation – de la nécessité de soulever une exception, par exemple – qui ne remet pas en cause le caractère de droit subjectif du droit d'accès instauré. Il n'appartient pas à l'administration d'accorder souverainement un avantage aux citoyens curieux. Soumise aux dispositions légales, il lui revient d'obéir à

(200) La Cour d'arbitrage a spécifié que le recours institué par la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes «n'est pas un recours de tutelle administrative. En effet, la demande de reconsidération est introduite par l'intéressé et elle est adressée à l'autorité auteur du refus. Alors qu'un contrôle de tutelle administrative est exercé par une autorité différente de celle qui a pris une décision [...], le recours institué par l'article 9, §1er attaqué de la loi du 12 novembre 1997 a pour objet de faire réexaminer le refus par l'autorité même qui a pris cette décision. L'avis que doit remettre la Commission d'accès aux documents administratifs ne peut pas être considéré comme l'exercice par celle-ci d'un contrôle de tutelle à l'égard de l'autorité décentralisée. Non seulement, en effet, l'avis [...] est demandé par le particulier qui introduit la demande de reconsidération, mais, en outre, l'avis est destiné à éclairer l'autorité qui doit réexaminer sa décision de refus, celle-ci restant libre de l'usage qu'elle fera de cet avis» (C.C., arrêt n° 69/99, du 17 juin 1999, B.4.2 et B.4.3).

(201) D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, p. 484.

(202) Pour une réflexion sur la nature politique de ce droit subjectif et la non-exclusion de la compétence du juge judiciaire, voy. D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 564 et s.

(203) F. de Visscher, «Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration», *J.T.*, 1981, p. 683.

celles-ci en appréciant toutefois les conditions d'application des textes législatifs. Ce pouvoir d'appréciation, au demeurant, permet de conclure que la compétence exercée par l'autorité en matière de publicité de l'administration n'est pas une compétence absolument liée. Cet élément conduit à ce que le Conseil d'Etat puisse également être amené à connaître de recours portant sur la mise en œuvre du droit à la transparence (204).

VIII.3. – *L'intérêt des différentes voies de recours*

46. Il est intéressant de souligner la différence de pouvoirs des diverses instances de recours accessibles pour le justiciable.

Les voies de recours spécifiques ouvertes par les législations d'accès offrent une efficacité d'action variable. Les avis des commissions d'accès aux documents administratifs n'ont pas de force contraignante alors que l'instance de recours flamande dispose de pouvoirs réels puisqu'elle prononce une véritable décision au terme de son instruction.

Saisie d'un litige portant sur un droit subjectif – dont l'admissibilité ou l'exercice est en cause –, la juridiction judiciaire, lorsqu'elle constate la réalité de l'atteinte prétendue au droit subjectif, est en droit d'ordonner la réparation en nature du préjudice, c'est-à-dire d'imposer à l'administration fautive de rétablir le justiciable dans son droit (205), sans pour autant prononcer l'annulation ou la correction de l'acte litigieux (206).

Le Conseil d'Etat, pour sa part, dispose du pouvoir d'annulation des actes administratifs qui lui sont soumis, à la différence du juge judiciaire qui ne fera qu'écarter dans le cas qui lui est présenté l'application de ces actes. Cette voie de recours présente un certain intérêt. Ainsi, dans les cas où une autorité édicte, par exemple, une norme qui règle les modalités tarifaires de l'accès à ses données, il est intéressant pour celui qui met régulièrement en œuvre son droit d'accès, d'obtenir au terme d'une seule procédure l'annulation de la norme litigieuse plutôt que de devoir engager une succession de recours devant le juge judiciaire qui tranchera au cas par cas (207). Tel serait le cas d'une association désireuse de recevoir une information suivie

(204) P. Lewalle, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 616; C.E., arrêt *Housieaux*, n° 161.407, du 19 juillet 2006 : «considérant que le Conseil d'Etat est compétent lorsqu'est en cause la manière dont l'administration saisie d'une demande d'accès à des documents administratifs, a fait usage du pouvoir d'appréciation que lui laissent les dispositions légales établissant des exceptions au droit d'accès». Voy. également les développements sur l'application de la théorie de l'objet véritable aux litiges en matière de transparence, D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 570 et s.

(205) Cass., 26 juin 1980 (*Pas*, 1980, I, p. 1342, concl. Velu; *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, note F. Delpérée). Voy. égal. F. de Visscher, *op. cit*, p. 683.

(206) Pour une analyse détaillée sur ce point, D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, pp. 602 et s.

(207) Il ne s'agit donc pas ici de l'hypothèse d'un recours à l'encontre d'une décision individuelle d'une administration rejetant une demande d'accès.

sur l'évolution d'une situation ou d'assurer un contrôle régulier de l'action de l'administration. Le Conseil d'Etat ne peut cependant prendre un nouvel acte administratif en remplacement de celui annulé ou, à l'instar du juge judiciaire, formuler des injonctions à l'égard de l'administration, qui obligeraient notamment celle-ci à communiquer les documents sollicités ou à prévoir des conditions de communication nouvelles (208). Certes, «l'annulation d'une décision négative de l'autorité emporte implicitement pour celle-ci l'obligation d'accorder au requérant l'avantage auquel il avait droit» (209). Si, pendant longtemps, la haute juridiction administrative, et partant l'administré, sont demeurés peu armés face à une autorité récalcitrante refusant de donner la suite qui s'impose à un arrêt d'annulation (210), le Conseil d'Etat est, depuis la loi du 17 octobre 1990, en mesure de prononcer une astreinte en vue de forcer l'autorité en défaut à exécuter sa décision (211). Le contribuable qui a obtenu un arrêt d'annulation peut ainsi demander au Conseil d'Etat la condamnation de l'autorité administrative au paiement d'une astreinte si cette autorité néglige de prendre une nouvelle décision dans le mois de sa mise en demeure par le contribuable et si trois mois se sont écoulés depuis la notification de l'arrêt d'annulation (212).

47. L'action devant le juge judiciaire prend donc tout son sens, dans la mesure où ce dernier peut se prononcer à l'égard de toute atteinte, relative à l'admissibilité du droit subjectif comme à son exercice, il peut adresser toutes injonctions à l'autorité administrative auteur de cette atteinte, et sa décision est revêtue de toute la force que l'on connaît aux décisions judiciaires.

L'intérêt d'une démarche auprès du Conseil d'Etat, réside, pour sa part, dans la disparition pure et simple des normes réglementaires litigieuses qui

(208) «[...] le Conseil d'Etat est sans compétence pour connaître de la seconde demande formulée dans la requête et tendant à ce que soit ordonnée la production de l'intégralité du dossier administratif de la requérante; en effet, le Conseil d'Etat ne dispose pas du pouvoir de contraindre une autorité administrative, partie adverse à un recours, à délivrer un document demandé, mais seulement de celui d'annuler le cas échéant une décision qui limiterait le droit d'accès à des documents administratifs» (C.E., arrêt *Biljef*, n° 205.402, du 17 juin 2010; arrêt *Piout and Co*, n° 205.404, du 17 juin 2010 et arrêt *Gringo*, n° 205.405, du 17 juin 2010.

(209) C.E., arrêt *Zoete*, n° 22.446, du 8 juillet 1983. A moins que l'annulation porte sur un défaut de forme qu'il suffit de corriger. Ou qu'une motivation différente vienne justifier le refus de l'administration.

(210) Si l'autorité renouvelait la décision annulée, le Conseil d'Etat pouvait seulement réitérer l'annulation, pour violation de la chose jugée. Cette situation pouvait se résumer, dans les cas d'extrême mauvaise volonté de l'administration, à un véritable «carrousel» (F.-M. Remion, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 102).

(211) Loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, article 5 insérant un nouvel article 36 dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; modifié par la loi du 20 juillet 1991.

(212) Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, art. 36 et arrêté royal du 2 avril 1991 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat en matière d'astreinte.

peuvent faire obstruction pour l'avenir (213). Quant aux décisions individuelles de refus, leur éventuelle disparition ne signifie hélas pas pour l'administré la prise de connaissance assurée du document convoité. C'est l'amer constat qu'a dû faire la journaliste M. Teugels qui demandait à l'administration des Finances l'accès à des documents révélant les conditions de financement des campagnes de prévention contre le tabac. Après 5 ans de procédure et un arrêt du Conseil d'Etat en sa faveur, elle n'avait toujours pas pu faire respecter son droit à la publicité de l'administration et n'avait donc pu poursuivre son enquête journalistique (214). Un duo de requérants, pourtant tenaces et opiniâtres, n'a lui non plus pas obtenu copie du document qu'il réclamait à l'administration malgré neuf années écoulées et les deux recours successifs (!) qu'ils ont intenté devant le Conseil d'Etat. Ce dernier a pourtant annulé par deux fois le refus de l'administration des finances (215).

Les voies de recours spécifiques, quant à elles, offrent l'avantage de l'expertise que ces instances n'ont pas manqué de développer et de la rapidité de décision expressément inscrite dans les textes qui les instaurent : le plus long délai prévu étant de deux mois alors qu'un recours devant le Conseil d'Etat met une moyenne de 28 mois pour aboutir... Il serait assurément opportun que ces organes se voient tous attribuer une compétence de réformation plutôt que d'avis, et qu'ainsi, substituant efficacement leur décision à celle contestée de l'autorité, ils apportent une garantie satisfaisante du respect du droit consacré à l'article 32 (216).

IX. – Concurrence entre législation d'accès et d'autres législations

48. Les législations d'accès ont envisagé l'hypothèse de l'existence de dispositions législatives qui prévoient une publicité de l'administration plus étendue, auxquelles elles déclarent ne pas porter atteinte. Elles ont également pris en considération les législations qui instaurent une obligation de secret, qu'elles estiment devoir respecter. Mais il existe des textes qui ne correspondent à aucune de ces deux hypothèses et qui se trouvent tout de même en concurrence d'application avec les législations de transparence. Deux cas retiennent l'attention :

(213) Par ex. C.E., arrêt *R. de W. et de L. de P.*, n° 112.496, du 12 novembre 2002.

(214) D. Voorhoof, «Raad van Staat streng voor minister...», *op. cit.*, p. 6.

(215) C.E., arrêt *D. Malisse et B. Vlieghe*, n° 197.197, du 22 octobre 2009.

(216) R. Andersen, «Conclusions générales», *op. cit.*, pp. 965-966; D. Renders, B. Gors et C. Thiebaut, *op. cit.*, p. 612; D. Voorhoof, «Raad van Staat streng voor minister...», *op. cit.*, p. 6.

IX.1. – *La loi de protection des données à caractère personnel*

49. La CADA a développé une jurisprudence inattendue en présence de demandes d'accès portant sur des données à caractère personnel, principalement sur des données «policières» détenues par la Sûreté de l'Etat. Elle estime que si les documents demandés dans lesquels figurent de telles données sont à considérer comme intégrés dans un fichier ou une base de données, au sens de la loi de protection des données (217), l'accès à ces données doit s'effectuer conformément à cette loi et non plus selon les dispositions de la loi d'accès. Aux yeux de la CADA, en effet, la loi relative à la protection des données est à considérer comme une *lex specialis* dérogeant à la *lex generalis* qu'est la loi relative à la publicité. En conséquence, cette loi doit primer sur la deuxième en cas d'application concurrente. Ce n'est donc plus l'accès direct prévu par la loi d'accès qui est réservé à ces documents, mais l'accès mis en place par la loi de 1992. Or ce deuxième accès ne ressemble pas au premier (218). Ainsi, en présence de données relatives à l'état de santé d'une personne, un accès indirect via un professionnel de la santé peut être imposé par l'administration sollicitée. Pour les données traitées par la Sûreté de l'Etat et le Service général du renseignement (219), cet accès n'est plus qu'un semblant d'accès indirect, étant donné que la personne concernée par les données n'obtiendra jamais aucune information au terme de l'«accès» – en fait un contrôle – exercé à sa place par la Commission de la protection de la vie privée.

Cette position, revenant dans certains cas à supprimer l'accès direct prévu par la loi relative à la publicité et à renvoyer à une voie moins satisfaisante, est incorrecte. Le Conseil d'Etat a stipulé qu'on ne pouvait écarter l'article 32 et la législation d'accès et renvoyer vers une disposition qui offre une voie d'accès moins favorable (220). Cela ne l'a toutefois pas empêché de déclarer ultérieurement, de façon incohérente, «dat die bijzondere regeling [la loi du 8 décembre 1992] de toepassing van de algemene regeling, voorzien bij artikel 4 van de wet van 11 april 1994, uitsluit» (221).

(217) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

(218) Pour les détails voy. 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», *Transparence et droit à l'information*, Liège, 2002, coll. Formation permanente CUP, vol. 55, pp. 85-115.

(219) Voy. l'article 3, §§4, 5 et 6 de la loi du 8 décembre pour le listing complet des autorités concernées par cette exception à l'accès direct prévue à l'article 13 de la loi.

(220) C.E., arrêt *R. de W. et L. de P.*, n° 112.496, du 12 novembre 2002 (l'article 84, §2 de la Nouvelle loi communale ne consacre qu'un droit d'accès limité pour les conseillers communaux, au regard du droit d'accès garanti à l'article 32; ces conseillers renvoyés à cette forme d'accès restreinte conservent donc l'intérêt d'invoquer l'article 32). C.E., arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000 («cette conception ne saurait être admise que s'il devait s'avérer qu'un intéressé dispose en vertu de la procédure de la loi du 8 décembre 1992 d'un droit de consultation au moins aussi étendu qu'en vertu de la loi du 11 avril 1994»).

(221) C.E., arrêt *Annemans*, n° 164.654, du 13 novembre 2006.

Il a aussi déclaré que, eu égard au fait que les lois d'accès et de protection des données poursuivent des objectifs différents et que dans les deux textes des exceptions au droit d'accès sont prévues qui ne coïncident pas, on ne peut dire que l'application de la loi du 8 décembre 1992 exclut en tant que *lex specialis* l'application de la loi du 11 avril 1994 considérée comme *lex generalis* (222).

A l'égard des données «policières», la CADA a justifié sa jurisprudence de renvoi à la loi de protection des données en estimant que, cette législation mettant en place un régime d'accès plus strict, les autorités doivent y renvoyer au nom de l'obligation de rejeter les demandes «si la publication du document porte atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi» (223). Ainsi que l'expriment Bénédicte Havelange et Yves Poullet, «Nous ne pouvons absolument pas approuver cette jurisprudence : elle fait de la loi de 1992 la cause d'une restriction de la publicité des documents administratifs. Or, ce n'est pas la loi de 1992 qui 'impose une obligation de secret'! Elle prend en compte cette obligation et les caractéristiques de certains traitements pour instituer un régime particulier, mais elle ne dispose pas elle-même qu'une obligation de secret pèse sur les services concernés» (224).

En outre, cette solution du renvoi à la législation de protection des données induit une inégalité fondée sur le support de l'information. En effet, dans le cas d'informations conservées sur support électronique ou sur un support manuel présentant un degré de structuration des données suffisant pour répondre à la notion de «fichier», l'accès individuel est remplacé par une procédure de vérification par la Commission de la protection de la vie privée. Tandis qu'en présence d'informations éparses ou rassemblées dans un dossier, le droit d'accès demeure même s'il est soumis à d'éventuelles exceptions. Il y a donc là une discrimination dans le droit d'accès accordé. Or on ne voit pas quel critère objectif lié au support et à l'organisation des données pourrait raisonnablement justifier la reconnaissance ou non d'un droit à la transparence de ces données.

Enfin, en développant son raisonnement de primauté de la loi de protection des données sur la loi d'accès en présence de données contenues dans une base de données, la CADA, suivie sur ce point par le Conseil d'Etat dans

(222) C.E., arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000; répété dans C.E., arrêt *Annemans*, précité. Dans l'arrêt *Lejeune* (C.E., arrêt *Lejeune*, n° 116.752, du 7 mars 2003), le Conseil d'Etat précise un critère éclairant pour qu'une loi soit considérée comme *specialis*... d'une autre : «non seulement parce qu'elle lui est postérieure, mais aussi et surtout parce que son champ d'application vise une catégorie limitée de personnes ou d'autorités dont l'activité se situe dans un domaine bien défini».

(223) Loi du 11 avril 1994, art. 6, §2.

(224) B. HAVELANGE, Y. POULLET, «Secret d'Etat et vie privée : ou comment concilier l'inconciliable?», in *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Cahier du CRID n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 264.

l'arrêt *Annemans* (225), ne se rend pas compte que cette primauté devrait s'appliquer à toutes les hypothèses où la loi du 8 décembre 1992 s'applique, c'est-à-dire notamment chaque fois que des données à caractère personnel – et la loi vise par là n'importe quelle information relative à une personne physique identifiable – apparaissent sur un document stocké sur support informatique (226). Il n'est pas besoin de se trouver nécessairement devant une base de données structurée en tant que telle pour que la loi s'applique (227). Ce qui signifie, étant donné l'informatisation aujourd'hui généralisée du secteur public, que la loi du 8 décembre 1992 évincerait systématiquement la loi du 11 avril 1994 pour les documents tout simplement conservés sur ordinateur qui contiennent exclusivement des informations concernant une personne physique. Pour toutes les données qui ne sont pas «médicales» ou «policières», cela implique que les demandes d'accès émanant d'un individu concernant ses propres données doivent être traitées en fonction du droit d'accès de l'article 10 de la loi de 1992. Or cet accès ne souffre aucune exception (228) et ne permettrait donc plus de refuser l'accès d'une personne à aucune de ses données fiscales, ni aux données d'évaluation professionnelle, par exemple. Pour les dossiers détenus par la Sûreté de l'Etat, le renvoi systématique à l'accès restrictif prévu à l'article 13 de la loi de 1992 conduirait à la situation paradoxale où les tiers peuvent, s'ils démontrent un intérêt, demander l'accès à des documents se rapportant à une personne qui, elle-même, ne pourra jamais obtenir l'accès à ces informations (229). La position du Conseil d'Etat sur cette question n'est ni totalement éclairante ni rassurante. Pour le Haut conseil, si des données personnelles sont intégrées dans les dossiers de la Sûreté de l'Etat, ces derniers contiennent aussi d'autres informations qui n'entrent pas dans le champ de la loi de 1992. On ne peut donc renvoyer uniquement à la loi de 1992 pour traiter les demandes d'accès à ces dossiers. L'accès de la loi de 1994 demeure pour consulter des documents administratifs – les dossiers tenus sur des individus –, contenant non exclusivement des données personnelles. On comprend donc que les dispositifs d'accès doivent plutôt se superposer (230) mais

(225) Même s'il estimera que, ne portant pas exclusivement sur des données à caractère personnel, la demande d'accès ne pouvait être refusée sur le fondement que ce n'était pas la loi de 1994 mais celle de 1992 qui était d'application (C.E., arrêt *Annemans*, n° 164.654, du 13 novembre 2006, 3.4.3).

(226) Le Conseil d'Etat semble ne pas avoir, lui non plus, une perception correcte de l'étendue de l'application de la loi de 1992 (C.E., arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000, pt. 3.2.1.2).

(227) Une structuration n'est requise qu'en présence d'informations conservées exclusivement sur papier.

(228) Si ce n'est pour les traitements de données à des fins journalistiques, article 3, §3, c) de la loi de 1992.

(229) C.E., arrêt *Dewinter*, n° 91.531, du 11 décembre 2000, 3.2.1.2.

(230) *Ibid.*, 3.2.1.3.; D. Dröm, T. Bombois et L. Gallez, *op. cit.*, p. 212.

lorsque seul l'accès à des données à caractère personnel est en cause – rappelons que cette notion est vraiment très large et que le champ d'application de la loi de 1992 est plus étendu que ne semble le percevoir le Conseil d'Etat –, c'est la seule loi de 1992 et son très frustrant «accès» indirect qu'il faut observer (231).

Sur cette question, il ne faut pas, à notre sens, établir de primauté de la loi relative à la protection des données sur la loi sur la publicité de l'administration. Il convient de laisser le demandeur choisir d'invoquer la loi qui lui semble garantir la voie d'accès la plus favorable.

IX.2. – *La législation relative à la réutilisation des informations du secteur public*

Plusieurs textes législatifs relatifs à la réutilisation des informations du secteur public (232) ont supprimé, afin d'éviter tout malentendu (233), les dispositions contenues dans les législations sur la publicité de l'administration qui interdisaient jusqu'alors la réutilisation commerciale des documents obtenus par le biais du droit d'accès consacré par ces législations.

Pour éviter que cette suppression ne fasse naître à son tour un malentendu, il convient d'apporter la clarification suivante. La législation relative à la réutilisation des informations du secteur public (234) a un champ d'application propre et répond à des préoccupations distinctes de la législation relative à la publicité de l'administration, même si des liens incontestables existent entre les deux. La législation sur la réutilisation s'applique aux documents que les autorités publiques décident de mettre à disposition du public à des fins de réutilisation. Et non pour tout document mis à disposition dans d'autres contextes. Ainsi, si par le biais du droit d'accès on obtient des documents de la part de l'administration, ce que l'on fera de ces documents ne tombe pas dans la notion de «réutilisation» visée par les textes sur ce sujet. Si la presse veut rediffuser des informations qu'elle a obtenues pour dénoncer des pratiques ou une décision d'une autorité, ce qui est précisément le but premier des législations de transparence de l'administration, il est inconcevable que cela soit considéré comme tombant dans le champ de la loi du 7 mars 2007 relative à la réutilisation. En effet, une telle lecture des liens entre les deux lois induirait que le journa-

(231) C.E., arrêt *Annemans*, n° 164.654, du 13 novembre 2006; P. Lewalle, L. Donnay et G. Rosoux, *op. cit.*, p. 84.

(232) Loi du 7 mars 2007, art. 20; décret flamand du 27 avril 2007, art. 22; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mars 2008, art. 18.

(233) Projet de loi transposant la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Exposé des motifs (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 51-2634/1, p. 15).

(234) C. de Terwangne, «Réutilisation des informations du secteur public : la directive 2003/98 enfin totalement transposée en droit belge», *R.D.T.I.*, 2008/32.

liste doive, ainsi que le stipule la loi de 2007, demander l'autorisation à l'autorité en cause pour publier dans son quotidien les informations qui seront à la base de ses critiques... L'association de protection de l'environnement qui souhaiterait publier des informations révélant des pollutions préoccupantes dépendrait elle aussi du bon vouloir de l'autorité qui, obligée de lui transmettre les données par application de la législation sur la publicité de l'administration, aurait tout le loisir de lui refuser de les réutiliser de la sorte...