



Commission d'accès aux et de  
réutilisation des documents  
administratifs

*Section publicité de l'administration*

9 juillet 2012

AVIS n° 2012-49

Sur le refus implicite de donner accès aux documents  
d'un marché public

(CADA/2012/43)

## **1. Un récapitulatif**

Par courrier en date du 29 mai 2012, Monsieur X et Monsieur Y de l'Association momentanée SA Conduites & Entreprises - SA Denys demandent à avoir accès aux documents du dossier d'adjudication Infrabel Bruxelles/Luxembourg – Ligne 162: Namur/Sterpenich – Tronçon: Namur/Courrière – Travaux divers de génie civil – Cahier spécial des charges (CSC) n° 57/51/4/11/010.

Par courrier en date du 18 juin 2012, Monsieur Dhont et Monsieur Geltmeyer rappellent à Infrabel leur lettre du 29 mai 2012.

Par courrier en date du 25 juin 2012, Infrabel fait savoir aux demandeurs qu'elle ne souhaite pas donner suite à leur demande. Par courrier en date des 14 et 21 mai 2012, elle a en effet donné toutes les informations qui ne peuvent pas être considérées comme des informations confidentielles. Donner suite à la demande signifierait que les demandeurs auraient accès, notamment, aux prix unitaires. Ceux-ci doivent être considérés comme des informations confidentielles.

Estimant que ce refus n'est pas pertinent, Monsieur X et Monsieur Y introduisent, par mail et par courrier en date du 27 juin 2012, une demande de reconsidération auprès d'Infrabel et ils demandent également à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration, ci-après dénommée la Commission, de formuler un avis.

## **2. Recevabilité**

La Commission estime que la demande d'avis est recevable. Elle constate en effet que le demandeur a satisfait à la condition légale de simultanéité de la demande de reconsidération adressée à Infrabel et de la demande d'avis adressée à la Commission.

## **3. Bien-fondé**

La Commission tient à rappeler que l'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration partent du principe de la publicité de tous les documents administratifs. L'accès ne peut ou ne doit être refusé que sur la base de motifs d'exception visés à

l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 et pour autant qu'il ne soit justifié d'aucun intérêt pour l'accès aux documents à caractère personnel. En l'occurrence, Infrabel fait référence au caractère confidentiel des informations et plus spécifiquement aux prix unitaires de la société concurrente.

Pour pouvoir parler d'un document administratif, il est requis que l'institution à laquelle il est demandé accès soit une autorité administrative fédérale au sens de l'article 14 de la loi sur le Conseil d'Etat. Cet aspect doit d'abord être examiné.

### 3.1 La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration s'applique-t-elle à Infrabel?

Afin de pouvoir évaluer le bien-fondé de la demande d'avis sur ce point, il y a lieu de vérifier si Infrabel est une autorité administrative au sens de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Le droit d'accès tel que garanti par l'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 ne s'applique qu'à l'égard de documents administratifs. Un document administratif est "*toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose*" (voir l'article 1er, alinéa 2, 2° de la loi). La loi du 11 avril 1994 définit une autorité administrative comme "*une autorité administrative visée à l'article 14 de lois coordonnées sur le Conseil d'Etat*" (voir l'article 1er, alinéa 2, 1° de la loi).

#### Le droit fondamental comme point de départ

Il est important de ne pas perdre de vue quel était le but du législateur lorsqu'il a intégré la publicité de l'administration à la Constitution.

Dans la Note explicative à l'article 24ter, l'actuel article 32 de la Constitution, il est explicitement stipulé 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.*" (Documents Parlementaires La Chambre, S.E. 1992-1993, 839/1, 5).

Le législateur de la constitution visait donc un domaine d'application personnel très vaste, mais a laissé au législateur le soin de l'interpréter. Vu le fait qu'il s'agit d'un droit fondamental, le législateur doit opter pour un contenu aussi vaste que possible. Par ailleurs, lorsque pour l'interprétation du champ d'application personnel le législateur opte pour la notion "d'autorité administrative", il ne peut pas interpréter cette notion de manière si restrictive que la loi serait en contradiction avec le vaste champ d'application que le législateur de la constitution envisageait.

*Champ d'application de la loi fédérale en matière de publicité*

La loi du 11 avril 1994 s'applique sur la base de l'article 1er, alinéa premier:

- a) aux autorités administratives fédérales;
- b) aux autorités administratives autres que les autorités administratives fédérales, mais uniquement dans la mesure où, pour des motifs relevant des compétences fédérales, la présente loi interdit ou limite la publicité de documents administratifs.

*Notion (fédérale) "autorité administrative"*

Dans l'exposé des motifs du projet de loi qui est devenu la loi relative à la publicité (*Documents parlementaires* La Chambre, 1992-1993, 1112/1, 8-11), la notion "autorité administrative" a été précisée comme suit:

*“Pour déterminer la notion "autorités administratives", on se fonde sur l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et par conséquent sur l'importante jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière. Il s'ensuit, et c'est important, que le champ d'application de la loi évoluera en fonction des nouveaux développements qui se présenteront dans le cadre de la législation et de la pratique administrative. En outre, la jurisprudence du Conseil d'Etat offre un solide point d'appui et les critères employés s'associent étroitement aux objectifs poursuivis par cette loi, c'est-à-dire offrir la publicité à l'administré dans le cadre de sa relation avec l'administration quelle que soit sa forme. Ces critères du Conseil d'Etat sont positifs et pas cumulatifs: l'exercice d'une mission d'intérêt général, disposer d'une compétence coercitive de décision, l'implication des autorités dans la création ou dans l'agrément, contrôle par l'autorité, disposer de certaines prérogatives du pouvoir public et, négatifs: ne pas appartenir au pouvoir législatif ou judiciaire.*

*Une nouveauté à l'égard de la jurisprudence existante du Conseil d'Etat est qu'il conviendra, pour ce qui est de l'application de la présente loi, de déterminer les autorités administratives qui doivent être considérées comme autorités administratives*

*fédérales et celles qui doivent être considérées comme autorités administratives non fédérales. Les autorités administratives fédérales sont, comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans l'avis qu'il a donné sur le présent projet, les administrations fédérales, les organismes publics et les services publics assimilés, qui ressortissent à une autorité administrative fédérale, ainsi que les personnes privées chargées par une autorité fédérale, à la suite d'événements autres que fortuits, de l'exercice d'un service public fédéral. Fait également partie du niveau fédéral le personnel des provinces qui dépend des autorités fédérales, y compris les commissaires d'arrondissement.*

*Les autorités administratives non-fédérales sont celles qui font partie des autres niveaux administratifs - les Communautés, les Régions, les provinces et les communes, comme par exemple les services des Communautés, des Régions ou des Commissions Communautaires ou les établissements créés par ceux-ci, les personnes privées qui exercent une mission d'intérêt général relevant des compétences des Communautés ou des Régions, les organes communaux et provinciaux, les intercommunales, les C.PAS., les polders et waterings, les fabriques d'église, etc.*

*En ce qui concerne le niveau fédéral, le Conseil d'Etat a déjà qualifié d'autorité administrative: les organes de l'administration de l'Etat, comme le Roi, les Ministres et certains fonctionnaires agissant en exécution d'une délégation comme le Secrétaire permanent au recrutement.*

*Pour ce qui concerne le Roi en sa qualité d'autorité administrative, il convient d'insister sur le fait qu'il ne l'est que pour des affaires couvertes par la responsabilité ministérielle (cf. article 64 de la Constitution) mais, que le Roi lui-même ne peut être considéré comme une autorité administrative. Les pièces et la correspondance qui se trouvent chez le Chef d'Etat ne tombent en aucun cas sous l'application de la présente loi.*

*Les membres du cabinet ne sont pas non plus des autorités administratives: ils sont les collaborateurs personnels des ministres et ne sont pas habilités à se substituer à eux pour prendre des décisions qui incombent aux ministres. Etant donné et pour autant qu'ils ne possèdent aucune compétence pour prendre des décisions fermes envers des tiers, ils ne doivent pas être considérés, selon le Conseil d'Etat, comme une autorité administrative.*

*Les organes des services publics décentralisés fonctionnellement, qui ont un pouvoir de décision autonome doivent être considérés comme une autorité administrative. Ils ont été créés par un pouvoir public pour assurer un service d'intérêt public et sont placés sous la haute direction de l'autorité. Ceci concerne entre autres la Caisse générale d'Epargne et de Retraite, l'Office national de l'emploi, l'Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés, la Commission bancaire, et cetera.*

*A côté de ces autorités administratives stricto sensu, les institutions créées par l'administration en vue de pourvoir un service public et dont font partie des particuliers ou des entreprises privées ou qui sont érigées sous forme d'une société commerciale sont à considérer comme une autorité administrative. Il s'agit entre autres du Crédit communal de Belgique.*

*Des questions se posent en ce qui concerne les entreprises avec une gestion mixte et qui ont été créées pour assurer un service d'intérêt public et pour lesquelles, aussi bien pour la composition du capital que pour la gestion, il est fait appel à la collaboration de particuliers. Il s'agit de la Société nationale des chemins de fers belges, de la Banque Nationale de Belgique, de la SAB.E.NA, et cetera.*

*La question de savoir si elles doivent être considérées comme autorité administrative, est déterminée par le Conseil d'Etat après examen des lois spéciales qui règlent le statut de ces organismes. Les récentes modifications au statut des entreprises publiques autonomes peuvent donc entraîner une révision de la jurisprudence en la matière, ce qui est d'ailleurs également le cas pour les institutions publiques de crédit.*

*En outre de ces organismes, la question doit être posée au sujet du caractère d'autorité administrative des organismes qui ont été créés suite à une initiative privée mais qui sont chargés d'une mission d'intérêt public.*

*Par rapport à ces organismes qui ne sont pas des autorités administratives en tant que telles, mais qui peuvent prendre des décisions habilitées d'un pouvoir public, qui sont susceptibles d'être annulées par le Conseil d'Etat, la loi relative à la publicité de l'administration n'est d'application que dans les affaires pour lesquelles l'organisme obtient le caractère d'autorité administrative. Pour les entreprises avec une gestion mixte, cela concerne par exemple la compétence qui est exercée à l'égard du personnel.*

*Les organismes consultatifs publics (comme le Conseil central de l'Economie, le Conseil supérieur des classes moyennes, le Conseil national du Travail), sont aussi soumis à ce raisonnement: ils ne sont pas une autorité administrative quand ils formulent leur avis, mais bien au moment de l'exécution de leur pouvoir de décision à l'égard de leur personnel. Dans ce cas uniquement, ils tombent sous l'application de la présente loi.*

*Il convient de souligner que ce qui précède ne vaut que pour les organismes qui ne sont pas une autorité administrative en tant que telle mais qui n'obtiennent cette qualification que dans la mesure où ils prennent des décisions habilitées d'un pouvoir public. Ces organismes tombent uniquement sous l'application de la loi relative à la publicité de l'administration dans les administrations fédérales pour les affaires pour lesquelles ils possèdent le caractère d'autorité administrative.*

*Ceci ne vaut donc pas pour les organismes et institutions qui dans leur ensemble sont considérés par le Conseil d'Etat comme une autorité administrative. Pour ces organismes ou institutions la question de savoir si un document concerne une affaire qui est soumise au contrôle de légalité du Conseil d'Etat n'est pas pertinente. Tout document qui se trouve chez de telles autorités administratives est un document administratif, et par principe public."*

L'exposé montre d'une part le but du législateur de faire suivre au domaine d'application de la loi du 11 avril 1994 le développement possible de cette jurisprudence en se référant à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et la jurisprudence y relative afin de compléter la notion "autorité administrative". Le législateur a en effet opté pour une notion "évolutive" tenant ainsi suffisamment compte des évolutions sociales. La notion "autorité administrative" n'étant même pas définie à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'interprétation qui en est donnée dans l'Exposé des Motifs reproduit une situation liée au temps et en outre une interprétation de la jurisprudence existante. L'évolution qui a eu lieu à ce moment dans la jurisprudence était en pleine extension bien qu'il n'était pas exclu que la future

jurisprudence évolue de manière restrictive si la nature d'un certain organisme devait changer à l'avenir.

D'autre part, il ressort qu'il y a lieu de faire une distinction entre les services publics "organiques" et "fonctionnels". Tandis que tous les documents qui sont en la possession d'organismes et institutions qui dans leur ensemble sont considérés comme des autorités administratives (*services publics organiques*, notamment les administrations fédérales) doivent être considérés comme des documents administratifs et sont donc publics, pour les organismes qui, en tant que tels, ne sont pas des autorités administratives (*services publics fonctionnels*), la publicité ne s'applique qu'à l'égard de ces matières pour lesquelles un tel organisme a le caractère d'autorité administrative. En ce qui concerne cette dernière catégorie, il s'agit notamment d'organismes qui ont été créés à l'initiative d'un particulier mais qui sont chargés d'une tâche d'intérêt général, d'entreprises à gestion mixte et d'une catégorie spécifique d'organismes consultatifs (décrits dans A. MAST et autres, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 125, comme "*des organismes chargés de compétences purement consultatives [...] auxquels le législateur a octroyé une personnalité juridique et une indépendance patrimoniale et budgétaire*" (traduction); au niveau fédéral, il s'agit plus précisément du Conseil central de l'Economie, du Conseil supérieur des Classes moyennes et du Conseil national du Travail).

L'interprétation de la notion "autorité administrative" a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi relative à la publicité. La Cour de Cassation a estimé que les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics fédéraux, les pouvoirs publics des communautés et régions, des provinces ou des communes, qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir judiciaire ou législatif, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'ils peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers (voir notamment: Cass. 14 février 1997, n° C.96.0211.N; Cass. 10 septembre 1999, n° C.98.0141.F; Cass. 6 septembre 2002, n° C.01.0382.N; pour les commentaires dans la doctrine, voir notamment: S. BAETEN, "Variaties op verzelfstandigingsthema's: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996", *C.D.P.K.* 1999, 83-102; M. BOES, "De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip?", *Ad amicissimum amici*

*scripsimus. Vriendenboek Raf Versteegen*, Brugge, die Keure, 2004, 27-30; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken, van a never ending story”, *R. W.* 2011-12, 1614-1639; A. MAST, *o.c.*, n<sup>os</sup>. 1017-1020; P. NIHOUL, “La notion d’autorité administrative: retour à l’orthodoxie”, *Adm. Publ.*, 2001, 78-85; J.M. PIRET, “La notion d’autorité administrative”, *Adm. Publ.*, 1999, 236-238; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie”, *R. W.*, 2000-2001, 497-506; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid”, *Tijdschrift voor Gemeenterecht*, 2002, 308-313). La Cour de Cassation a il est vrai insisté sur le critère (*fonctionnel*) de la possibilité de prendre des décisions obligatoires à l’égard de tiers, on ne peut cependant pas en déduire que la compétence de pouvoir prendre des décisions obligatoires à l’égard de tiers est dans tous les cas, une condition nécessaire pour pouvoir parler d’une autorité administrative. Par ailleurs, on ne peut pas perdre de vue le fait que les arrêts de la Cour de Cassation portaient toujours sur des institutions de droit privé.

#### Qualification d’Infrabel

Infrabel a été créée sur la base de l’arrêté royal du 14 juin 2004 portant réforme des structures de gestion de l’infrastructure ferroviaire (M.B du 24 juin 2004, erratum au M.B. du 24 septembre 2004 et erratum au M.B. du 18 octobre 2004). L’arrêté royal du 18 octobre 2004 établissant les statuts de la société anonyme de droit public Infrabel (*MB du 20 octobre 2004*, erratum au M.B. du 9 novembre 2004) a établi les statuts d’Infrabel et Infrabel a été créée sous la forme d’une société anonyme de droit public, contrôlée par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Infrabel a pour objet:

- 1° l’acquisition, la construction, le renouvellement, l’entretien et la gestion de l’infrastructure ferroviaire.
- 2° la gestion des systèmes de régulation et de sécurité de cette infrastructure;
- 3° la fourniture aux entreprises ferroviaires de services relatifs à l’infrastructure ferroviaire;
- 4° la répartition des capacités de l’infrastructure ferroviaire disponibles;
- 5° la tarification, la facturation et la perception des redevances d’utilisation de l’infrastructure ferroviaire et des services visés au 3°.



Ces tâches sont également mentionnées comme objet social à l'article 199, §1<sup>er</sup> de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. L'article 199, § 2 de cette loi dispose que les tâches visées au §1<sup>er</sup>, 1° à 5°, constituent des missions de service public.

Le marché public sur lequel portent les documents demandés entre dans le cadre des tâches liées à des missions de service public. La jurisprudence du Conseil d'Etat (voir par exemple les arrêts 217.773 du 7 février 2012 et 219.622 du 7 juin 2012) montre que la SA Infrabel doit être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14, §1<sup>er</sup> des lois sur le Conseil d'Etat, certainement en ce qui concerne les marchés publics.

### *3.2 L'examen de l'invocabilité des motifs d'exception*

La Commission souhaite attirer l'attention sur l'article 6, § 1<sup>er</sup>, 7° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration sur la base duquel une autorité administrative rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif, lorsqu'elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection du caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité. Il est question de caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication lorsque la divulgation de certaines informations d'entreprise ou de fabrication pourrait porter préjudice à la position concurrentielle d'une entreprise. Ce risque doit être démontré de manière concrète. Par ailleurs, il ne suffit pas de refuser la publicité car il faut encore démontrer que l'intérêt général servi par la publicité ne l'emporte pas sur l'intérêt protégé. Dans ce sens, la motivation donnée est insuffisante.

La Commission souhaite en outre attirer l'attention sur l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services sur la base duquel certains renseignements ne peuvent toutefois pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises. Etant donné que dans cette disposition, on retrouve une exception à la publicité de principe de tous

les documents administratifs, cette disposition doit être interprétée de manière restrictive et si celle-ci est invoquée, il y a lieu de le motiver de manière concrète.

La Commission constate toutefois qu'Infrabel n'a pas suffisamment motivé la raison pour laquelle elle ne peut pas donner suite à la demande de communication de certaines informations. Il appartient à Infrabel de développer sa motivation à la lumière des éléments mentionnés ci-avant.

La Commission souhaite encore attirer l'attention sur le fait que ne peuvent être soustraites à la publicité que les informations contenues dans un document administratif pour autant qu'elles tombent sous la définition d'un motif d'exception. Toutes les autres informations doivent être divulguées.

Bruxelles, le 9 juillet 2012.

F. SCHRAM  
secrétaire

J. BAERT  
président