



Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs

Section publicité de l'administration

2 avril 2026

AVIS n° 2026-068

Concernant le refus de remettre une copie complète de la
best and final offer d'un soumissionnaire dans le cadre d'un
marché public de services attribué par la Défense

(CADA/033/2026)

Mots-clés : Ministère de la Défense – Best and final offer (BAFO) –
Article 6, § 1^{er}, 7°, 6, § 2, 2° et 6, § 3, 3° de la loi du 11 avril 1994

1. Aperçu

1.1. Par un courriel du 6 février 2026, M^e Philippe Vande Castele, agissant au nom et pour le compte de ses clientes, les sociétés sas Avico, Flying Service et Flying Group (ci-après : les demanderesses), sollicite du Ministère de la Défense, qu'il lui remette une copie de la Best and final offer (ci-après : BAFO) du soumissionnaire Abelag Aviation, établie le 25 février 2019, dans le cadre du marché MRMP A/1 N°17Ap006 ayant pour objet la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate'.

1.2. Par un courriel du 3 mars 2026, le Ministère de la Défense a refusé d'accéder à la demande pour les motifs suivants :

« Les services compétents du Ministère de la Défense ont examiné avec attention votre demande visant à obtenir, dans le cadre de la publicité de l'administration, « une copie complète du document « Best and Final Offer (BAFO) Abelag Aviation van 25 Feb 2019 », déposé par la société Abelga Aviation dans le cadre du marché MRMP A/1 N°17Ap006 ayant pour objet la réalisation d'un contrat de services pour une capacité de transport aérien du type 'corporate'. (17AP006/A).

En préambule, nous entendons soulever l'exception visée à l'article 3, § 3, de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration', dès lors que la demande traitée via la présente correspondance n'est qu'une des cinq demandes du même type, outre quatre demandes de reconsidération, introduites depuis le 3 décembre 2025. La demande considérée dans ce courrier est, du reste, également visée dans votre demande de reconsidération, concernant l'OB.PA 39-25 (b) (contrats et avenants). Sous couvert de la loi du 11 avril 1994, votre démarche vise donc manifestement à perturber le fonctionnement du service public.

Ceci étant, en tout état de cause, l'offre (BAFO) déposée par la société Abelag Aviation ne peut vous être communiquée, dès lors que la Défense est, à cet égard, tenue à une obligation de secret instaurée par la loi (article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994), outre qu'il s'agit d'informations à caractère confidentiel (article 6, § 1^{er}, 7°, de la loi du 11 avril 1994).

L'obligation de secret instaurée par la loi découle d'une lecture combinée de l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 avec l'article 12, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'. En effet, à l'instar de la société Avico, dans le cadre des procédures en annulation (notamment) diligentées devant le Conseil d'Etat, la société Abelag Aviation a expressément sollicité le respect de la confidentialité de l'offre (BAFO) qu'elle a déposée dans le cadre de la procédure de passation de marché qui nous occupe. De plus, via l'article 13.c du cahier spécial des charges régissant ce marché dont vous avez connaissance, la Défense s'est engagée à « traiter de façon confidentielle les données, informations [...] relatifs au contrat [...] ».

Par ailleurs, l'offre dont la communication est postulée rassemble des informations d'entreprise à caractère confidentiel, quant à la communication desquelles nous nous permettons de vous renvoyer notamment à la jurisprudence Tintin du Conseil d'Etat (C.E. arrêt Tintin & consorts, n° 258.706 du 6 février 2024) :

« L'obtention, par les requérantes, des données de fonctionnement [...] de leurs concurrents directs procurerait un avantage commercial évident pouvant être mobilisé pour modifier leurs propres stratégies de recouvrement, mais aussi pour modifier et présenter leurs offres de manière orientée au regard de ces informations, voire pour contester, à l'occasion de contentieux, les offres déposées par d'autres soumissionnaires.

[...]

Des limitations à l'exercice du principe du contradictoire et du droit à une procédure équitable peuvent être admises lorsqu'il s'agit de sauvegarder d'autres intérêts fondamentaux comme le secret d'affaires. A cet égard, il y a lieu de constater que les deux premières requérantes ont elles-mêmes indiqué à la partie adverse que les informations contenues dans leur envoi [...] avaient un caractère strictement confidentiel et que toute divulgation était interdite ».

1.3. Par un courriel du 7 mars 2026, les demanderesse sollicitent du Ministère de la Défense qu'il reconsidère sa décision de refus.

1.4. Par un courriel du même jour, les demanderesse sollicitent de la Commission d'accès et de réutilisation des documents administratifs, section publicité de l'administration (ci-après : la Commission), qu'elle donne un avis.

2. Recevabilité de la demande d'avis

La Commission estime que la demande d'avis est recevable dès lors que les demanderesse ont envoyé en même temps la demande de reconsidération au Ministère de la Défense et la demande d'avis à la Commission, comme l'exige l'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (ci-après: la loi du 11 avril 1994).

3. Bien-fondé de la demande d'avis

3.1. L'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 consacrent le principe du droit d'accès à tous les documents administratifs. Ce droit ne peut être refusé que lorsque l'intérêt requis pour l'accès à des documents à caractère personnel fait défaut ou lorsqu'un ou plusieurs motifs d'exception figurant à l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 peuvent ou doivent être invoqués et qu'ils peuvent être motivés de manière concrète et pertinente. Seuls les motifs d'exception prévus par la loi peuvent être invoqués et doivent par ailleurs être interprétés de manière restrictive (voy. not. Cour constitutionnelle, arrêt n° 167/2018 du 29 novembre 2018, considérants B.7.2 et B.12.2).

3.2. Le secret d'affaires

3.2.1. La Commission constate que le Ministère de la Défense invoque, dans un premier temps, l'article 6, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 11 avril 1994 pour justifier son refus. Cet article se lit comme suit :

« L'instance administrative rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants :

[...]

7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'instance ».

Cet article ne permet pas de soustraire à la publicité toute information commerciale et industrielle. Il faut tout d'abord démontrer concrètement que ces informations sont confidentielles. En outre, s'agissant d'un motif d'exception relatif, une balance des intérêts doit également être effectuée, démontrant que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur le caractère confidentiel des données en cause.

3.2.2. Bien que la description du motif d'exception ne corresponde pas exactement avec celle du secret des affaires, la définition de la notion de '*secret des affaires*' donne une indication de quand il y a lieu de considérer certaines informations commerciales et industrielles comme confidentielles.

La définition du secret des affaires à l'article I.17/1 du livre I, titre 2, chapitre 9 du Code de droit économique, tel qu'inséré par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires (*M.B.* 14 août 2018, 64.584) est elle-même la transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Il est seulement question d'un secret d'affaires lorsque l'information remplit les conditions cumulatives suivantes :

- a) elle est secrète en ce sens que, dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, elle n'est pas généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'information en question, ou ne leur est pas aisément accessible ;
- b) elle a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ;

- c) elle a fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète.

3.2.3. La Commission doit donc déterminer si les conditions d'application de ce motif d'exception sont bien remplies ici.

En l'espèce, s'agissant du caractère confidentiel des informations contenues dans l'offre dont la divulgation est demandée, le Ministère de la Défense renvoie simplement vers un arrêt du Conseil d'Etat. Cet extrait vise cependant clairement « *des données de fonctionnement de [...] concurrents directs* » et non une offre remise dans le cadre d'un marché, dans son ensemble. En l'espèce, il n'est pas établi que l'intégralité du document contienne exclusivement des données de fonctionnement dont la divulgation nuirait à la protection du secret d'affaires.

3.2.4. Le risque de porter préjudice à l'intérêt protégé doit être réel. La jurisprudence du Conseil d'État montre qu'il ne suffit pas qu'il y ait un risque purement potentiel.

En l'espèce, le Ministère de la Défense n'expose pas concrètement ce risque et renvoie simplement vers la jurisprudence du Conseil d'Etat.

3.2.5. Enfin, même s'il devait être concrètement démontré que l'intérêt protégé est bien présent et que la publicité de l'information y porte préjudice, cela n'est pas suffisant pour refuser la publicité de ces informations. Il convient de vérifier lors de la mise en balance des intérêts en présence que l'intérêt protégé des entreprises concernées l'emporte effectivement sur l'intérêt servi par la publicité.

Cette vérification ne ressort pas clairement de la décision de refus du Ministère de la Défense.

3.2.6. Partant, la Commission considère que le Ministère de la Défense n'a pas motivé adéquatement ni de manière suffisamment concrète, son recours au motif d'exception prévu à l'article 6, § 1^{er}, 7^o.

3.3. L'obligation légale de confidentialité dans les marchés publics

3.3.1. La Commission constate ensuite que le Ministère de la Défense invoque la confidentialité des informations en matière de marchés publics pour soustraire à la divulgation une partie du contenu de ces avenants.

Pour ce faire, il invoque l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 qui se lit comme suit :

« L'instance administrative rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte :

[...]

2° à une obligation de secret instaurée par la loi ».

L'« obligation de secret prévue par la loi », telle qu'énoncée à l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994, est un motif d'exception absolu, ce qui implique que si certaines informations sont couvertes par ce motif, la divulgation doit être refusée sans aucune mise en balance des intérêts entre l'intérêt de la divulgation et l'intérêt protégé par le motif d'exception (Conseil d'Etat, 17 mars 2023, n° 256.055). En tant qu'exception au droit fondamental à la publicité, cette disposition doit être interprétée de manière stricte, sans pour autant vider de son contenu la notion même d'obligation de secret.

Pour invoquer ce motif d'exception, il est au moins nécessaire d'indiquer à quelle disposition de secret la divulgation ferait obstacle. En outre, il convient de vérifier si la divulgation porte atteinte à cette disposition de confidentialité. L'invocation d'un tel motif doit être justifiée concrètement.

3.3.2. Le Ministère de la Défense le combine à l'article 12, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. Cet article prévoit que :

« Le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique ne divulgue pas, sous réserve des droits acquis par contrat, les renseignements que les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services lui communiquent à titre confidentiel¹. Ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique peut imposer des exigences en vue de protéger le caractère confidentiel des informations qu'il donne aux candidats et aux soumissionnaires.

En toute hypothèse, quelles que soient les circonstances, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation des marchés aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à poursuivre la procédure ».

Il ressort de la lecture de cette disposition que les informations doivent être considérées comme confidentielles uniquement dans la mesure où cette confidentialité a été demandée expressément par l'opérateur économique concerné. Cette confidentialité ne peut en aucun cas être présumée et il revient au Ministère de la Défense de vérifier le respect de cette condition.

Le Ministère de la Défense indique qu'Abelag Aviation a expressément requis la confidentialité de son offre déposée dans le cadre des procédures en annulation introduites devant le Conseil d'Etat. Partant, la volonté de l'adjudicataire de voir respecter la confidentialité de son offre n'est plus présumée et les conditions sont réunies pour l'application de l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril, lu en combinaison avec l'article 12, § 1^{er}, de la loi du 13 août 2011 précité.

S'agissant d'un motif d'exception absolu, il n'appelle pas de mise en balance des intérêts en présence.

¹ La Commission souligne.

3.4. Le caractère manifestement abusif de la demande d'accès

Le ministère de la Défense invoque enfin le caractère manifestement abusif de la demande, en se référant à l'article 6, § 3, de la loi du 11 avril 1994. Il a vraisemblablement voulu invoquer l'article 6, § 3, 3°, qui se lit comme suit :

« § 3. *L'instance administrative peut rejeter une demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif dans la mesure où la demande :*
[...]
3° est manifestement abusive ».

Pour être valablement invoqué, ce motif d'exception doit être motivé concrètement, dans le respect de ses conditions d'application (voy. à cet effet l'avis d'initiative n° 2019-33 du 1^{er} avril 2021).

Ce motif d'exception d'abus manifeste ne peut être traité à la légère et la décision ne peut être prise à la hâte. Il ressort clairement de la jurisprudence du Conseil d'État que l'aspect de la charge de travail est en lui-même insuffisant pour refuser la publicité (C.E., FAVV, arrêt n° 225.549 du 21 novembre 2013 et C.E., Katoen Natie, arrêt n° 236.367 du 8 novembre 2016).

Par ailleurs, le Conseil d'État a considéré que le droit d'accès aux documents administratifs implique également une obligation positive dans le chef des pouvoirs publics de s'organiser de manière à ce que l'obligation de publicité puisse effectivement être respectée (Voy. C.E. Test-Aankoop, arrêt n° 227.394 du 15 mai 2014 et l'avis n° 2012-62 du 13 août 2012).

La Commission tient enfin à rappeler le caractère relatif de ce motif d'exception, qui implique non seulement une mise en balance des intérêts entre l'intérêt général servi par la publicité et le motif en question, mais également une exigence de motivation renforcée dans le chef de l'autorité administrative - exigence qui n'est pas rencontrée en l'espèce.

Partant, le ministère de la Défense ne démontre pas à suffisance que la demande doit être considérée comme manifestement abusive.

Bruxelles, le 2 avril 2026,

S. JOCHEMS
Secrétaire

L. DONNAY
Président