

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 186.844 du 2 octobre 2008

G./A.122.151/VI-16.267

En cause : **la société anonyme VAREC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense,

ayant élu domicile chez
Mes Nicole CAHEN et Pierre-Olivier
DE BROUX, avocats,
rue de Loxum 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante:

**la société de droit allemand DIEHL
REMSCHIED GmbH & Co,**

ayant élu domicile chez
Me Lieve SWARTENBROUX, avocat,
rue Bréderode, n° 13,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 juillet 2002 par la société anonyme VAREC qui demande l'annulation de "la décision de la partie adverse [Etat belge, représenté par le Ministre de la Défense nationale] du 28 mai 2002 d'attribuer le marché pluriannuel pour la livraison de 32.000 maillons de chenille du type 640A chars Léopard à la société DIEHL REMSCHIED GmbH & Co";

Vu l'arrêt n/108.956 du 8 juillet 2002 rejetant, selon la procédure d'extrême urgence, la demande de suspension de l'exécution de la même décision;

Vu l'arrêt n° 164.028 du 24 octobre 2006 accueillant l'intervention, et par lequel :

- il a été sursis à statuer et une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice des Communautés européennes dans les termes suivants :

" L'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, lu en combinaison avec l'article 15.2 de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et avec l'article 6 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit-il s'interpréter en ce sens que l'instance responsable des procédures de recours prévues par cet article doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, en ce compris par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître et prendre de telles informations en considération ?";

- une question préjudicielle a été posée à la Cour constitutionnelle, alors la Cour d'arbitrage, dans les termes suivants :

" Les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat le 12 janvier 1973, interprétés en ce sens que les pièces confidentielles d'un dossier de l'administration doivent être versées au dossier administratif et doivent être communiquées aux parties, violent-ils l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 17 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, dès lors qu'ils ne permettent pas d'assurer le droit au respect des secrets d'affaires?";

Vu l'arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007, par lequel la Cour constitutionnelle a répondu ce qui suit :

" Interprétés en ce sens qu'ils ne permettent pas à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'empêcher leur communication aux parties et qu'ils ne permettent pas au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de ces pièces, les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat violent l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Interprétées en ce sens qu'elles permettent à la partie adverse d'invoquer la confidentialité de certaines pièces contenues dans le dossier administratif afin d'empêcher leur communication aux parties et qu'elles permettent au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de ces pièces, les mêmes dispositions ne violent pas l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques";

Vu l'arrêt du 14 février 2008 (affaire C-450/06), par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a répondu ce qui suit :

" L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, dans sa version résultant de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, lu en combinaison avec l'article 15, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, doit être interprété en ce sens que l'instance responsable des recours prévus audit article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable";

Vu le rapport complémentaire de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 26 août 2008, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 septembre 2008;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Cédric MOLITOR, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Nicole CAHEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Lieve SWARTENBROUX, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis , M. THIBAUT, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que le 12 octobre 2007, la partie adverse, faisant référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle précité, a transmis une copie de l'annexe 14 de l'offre retenue qu'elle n'avait pas précédemment déposée au dossier communiqué au Conseil d'Etat, la partie intervenante arguant de sa confidentialité, et rappelé que l'original de cette pièce avait été restitué à cette partie comme le prévoyait l'article 7.d.3. du cahier spécial des charges; qu'à la demande de la partie intervenante, cinq pages de l'annexe 4, une page de l'annexe 12 et deux pages de l'annexe 13 de son offre ont été retirées et déposées au dossier confidentiel; que l'intégralité du dossier de l'affaire ayant été déposée et les mesures prises afin d'assurer la protection de la confidentialité des pièces présentées comme revêtant ce caractère, la requête est en état d'être examinée quant à sa recevabilité et quant au fond;

Considérant que, selon l'article 19 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, le recours en annulation peut être porté devant la section du contentieux administratif par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt; qu'il s'agit là d'une exigence qui touche à l'ordre public, qui correspond à la volonté du législateur de ne pas faire du recours en annulation fondé sur l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat un recours populaire et qui doit dès lors être satisfaite pour que la requête puisse être examinée en ses moyens, qu'ils soient soulevés par les parties ou d'office;

Considérant qu'en l'espèce, la requérante a répondu à l'avis d'adjudication publique relatif au marché de fournitures concerné en déposant une offre; qu'elle a ainsi pris part à la procédure ayant conduit à la décision d'attribution du marché de fournitures attaquée; qu'elle justifie par là d'un intérêt suffisamment personnalisé à l'éventuelle annulation de la décision attaquée; que, cependant, pour se voir reconnaître un intérêt direct à l'annulation, la requérante doit encore s'être trouvée en condition de se voir attribuer régulièrement le marché; qu'à cette fin, elle devait répondre, notamment, aux exigences de la sélection qualitative et de régularité de son offre;

Considérant que, dans son mémoire en réponse du 8 octobre 2002, la partie adverse affirme que "lors de l'examen des offres, il est apparu que la société VAREC ne satisfaisait pas aux conditions de sélection relatives à la capacité technique et, en outre, que son offre n'était pas régulière. En revanche, la société DIEHL satisfait à toutes et chacune des conditions de sélection et son offre est régulière";

Considérant qu'il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre à l'auditeur désigné par l'Auditeur général d'examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la requérante dispose d'un intérêt suffisant à poursuivre l'annulation de la décision attaquée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Le membre de l'auditorat désigné par l'Auditeur général, est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 3.

A dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux octobre deux mille huit par :

M ^{me} WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
M ^{mes} DEBROUX,	Conseiller d'Etat,
LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

K. LAUVAU.

M.-L. WILLOT-THOMAS.