CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.748 du 13 septembre 2016

G./A.219.972/VI-20.833

En cause : **1. la société anonyme REALDOLMEN**,
2. la société privée à responsabilité limitée ONIRYX,
3. la société privée à responsabilité limitée GENESIS CONSULT,

ayant élu domicile chez
Me Michaël PILCER, avocat,
avenue Albert-Elisabeth, n° 46,
1200 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
Square de Meeûs, n° 35,
1000 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 9 août 2016, la société anonyme REALDOLMEN, la société privée à responsabilité limitée ONIRYX et la société privée à responsabilité limitée GENESIS CONSULT sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision motivée d'attribution pour le marché SPW-DGT2-DTIC n° 2015 M024 – LOT2 – Mise en place de nouvelles solutions logicielles pour le SPW considérant l'offre des requérantes comme irrégulière, datée du 22 juillet 2016".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 10 août 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 septembre 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Président de chambre f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Michael PILCER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Mes Véronique VANDEN ACKER et Martin DETHIER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, a été entendue en son avis.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. CONFIDENTIALITE

III.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité de certaines pièces du dossier administratif (pièces A à L). Elle s'exprime en ces termes :

" 50. La partie adverse dépose les offres des différents soumissionnaires du marché à l'attention unique de votre conseil, conformément aux articles 10 et 26 de la Loi du 17 juin 2013 et à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.
Il en va de même des différents échanges qui ont eu lieu entre parties pendant le processus de négociation et qui ont permis d'aboutir aux offres finales des soumissionnaires.
Ces documents sont déposés à titre confidentiel de manière à ne pas nuire au secret des affaires (article 26 précité) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 10 précité).
Il en va finalement de même des documents de travail de l'administration ayant servi à élaborer la proposition de décision soumise au ministre et figurant en annexe 1 de la décision litigieuse.
Ces documents sont des actes préparatoires qui ne doivent pas figurer au dossier administratif et qui contiennent des éléments d'appréciation non finalisés émis par l'administration. Il convient d'en maintenir la confidentialité".

Les "documents de travail de l'administration" dont elle fait état sont, à la lecture de l'inventaire du dossier administratif, identifiés comme suit:

" J. Présentation powerpoint sur la cotation des critères
K. Feuilles de cotation avant rédaction de la motivation
L. Echanges de courriels entre les experts".

A l'audience du 8 septembre 2016, après avoir cité l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la partie adverse a relevé que les pièces J, K et L du dossier administratif dont la confidentialité fait débat tendaient à montrer que les différentes offres avaient bien été analysées par les binômes d'experts qu'évoque l'acte attaqué. Il s'agit, selon elle, de "drafts" faisant apparaître que l'annexe 1 à l'acte attaqué est bien la synthèse des observations formulées par ces experts. Elle a, par ailleurs, invoqué le décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, et particulièrement les dispositions de ce décret déterminant les cas dans lesquels l'autorité administrative peut rejeter une demande de consultation, d'explication ou de communication. Invoquant notamment l'article 6, § 2, 3°, de ce décret, elle a observé que les binômes d'experts devaient travailler sous le sceau de la confidentialité. Cette confidentialité l'a également incitée à invoquer le bénéfice de l'article 6, § 3, 2°. Se référant, par ailleurs, à l'article 6, § 3, 1°, elle a soutenu que les pièces litigieuses pouvaient être sources de méprises, puisque les appréciations ont pu évoluer en cours d'analyse des offres. Elle a déclaré qu'en toute hypothèse, ces documents ne pouvaient rien apporter au débat suscité par le moyen en sa seconde branche, à savoir celle qui porte sur la validité de la motivation par référence.

III.2. Thèse des requérantes

Dans leur requête, les parties requérantes demandent au Conseil d'Etat de garantir la confidentialité des pièces 3 et 7 de leur dossier de pièces en application de l'article 26 de la loi précitée du 17 juin 2013.

En termes de plaidoiries, en réponse aux arguments de la partie adverse relatifs au caractère confidentiel des pièces J, K et L du dossier administratif, les requérantes ont observé n'avoir rien entendu sur le secret des affaires et que le seul secret dont il a été question est celui de l'administration. Elles ont estimé que les références au décret wallon du 30 mars 1995 précité étaient dénuées de pertinence, dès lors qu'il s'impose de faire la distinction entre un document qui fait l'objet d'une demande d'accès introduite sur le fondement de ce décret, d'une part, et un document qui est produit dans une procédure contentieuse, et dont l'accessibilité est organisée par d'autres dispositions et principes, d'autre part. Elles ont considéré que ces deux

hypothèses distinctes étaient régies par des législations ayant des objets différents. En l'espèce, c'est – à son estime – le principe du contradictoire qui doit prévaloir, de sorte que si certains documents produits par la partie adverse ont vocation à répondre aux critiques du moyen, il est légitime que les requérantes puissent y accéder.

III.3.Décision du Conseil d'Etat

Dans le cadre d'un recours fondé sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la confidentialité d'une pièce, justifiant que celle-ci soit soustraite à la consultation des parties, doit être appréciée conformément à l'article 26 de cette même loi, lequel est libellé comme suit:

" L'instance de recours 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 l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, 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 afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable".

En vertu de cette disposition, et dès lors qu'elle dispose des éléments qui lui sont utiles et suffisants à cette fin, l'instance de recours fonde sa décision de garantir la confidentialité de certaines informations contenues dans les dossiers, sur sa propre appréciation des données de la cause, et ce nonobstant le fait qu'une demande de maintien (ou de levée) de confidentialité ne ferait pas l'objet d'une motivation particulièrement précise.

Peuvent contenir des informations relevant du secret des affaires, les offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux ou d'un marché antérieur, ainsi que les documents établis dans le cadre des échanges ultérieurs entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires, relatifs soit à des demandes de précisions et aux réponses apportées à celles-ci, soit à l'invitation à déposer de nouvelles offres et à la suite réservée à celle-ci, particulièrement, et comme cela a été le cas en la présente cause, dans le cadre d'une procédure négociée au cours de laquelle des offres améliorées ont pu être déposées à la suite de négociations. Il en va de même, en l'espèce, des pièces L du dossier administratif, identifiées comme étant les "Echanges de courriels entre les experts", lesquelles contiennent des informations se rapportant aux offres et à des demandes de précisions

adressées aux soumissionnaires, informations dont il n'est pas exclu de considérer qu'elles puissent toucher au secret des affaires.

Dans ces circonstances, il y a lieu de faire droit à la demande de maintien de confidentialité formulée par les requérantes, ainsi qu'à celle de la partie adverse, dans la mesure où cette dernière demande porte sur les pièces A, B, C, D, E, F, G, H, I et L du dossier administratif.

S'agissant, en revanche, des pièces J et K du dossier administratif, on n'aperçoit pas en quoi elles relèveraient du secret des affaires. En tout état de cause, le maintien de leur confidentialité ne pourrait être justifié par le fait – invoqué dans la note d'observations – que ces documents ne se rapporteraient qu'à des actes préparatoires qui, selon la partie adverse, ne devraient pas figurer dans le dossier administratif. Ce fait est dénué de pertinence au regard tant de la demande sur laquelle le présent arrêt doit statuer, que des dispositions dont il doit être fait application.

Par ailleurs, pour répondre à l'argumentation exposée en termes de plaidoiries par la partie adverse, et sans qu'il soit nécessaire de décider si, de manière générale, des pièces peuvent, dans le cadre d'une procédure contentieuse, être soustraites à la consultation des parties sur la base d'une des exceptions au droit d'accès aux documents administratifs visées à l'article 6 du décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, il suffit de constater qu'en tout état de cause, les considérations émises par la partie adverse ne permettent pas d'établir que les documents litigieux relevaient d'une des exceptions dont elle entend se prévaloir.

Les dispositions de l'article 6 précité invoquées par la partie adverse se lisent comme suit:

" Art. 6. § 1. L'autorité administrative régionale ou non régionale 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 :
[…].
§ 2. L'autorité administrative régionale ou non régionale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif, qui lui est adressée en application du présent décret, si la publication du document porte atteinte :
[…];
3° au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du Gouvernement ou auxquelles une autorité régionale est associée.
§ 3. L'autorité administrative régionale 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 :
1° concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet;

2° concerne un avis ou une opinion communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité;
[…]".

On n'aperçoit pas en quoi la divulgation de ces documents, dont il n'est d'ailleurs pas établi qu'ils auraient été soumis à l'auteur de l'acte attaqué, pourrait porter atteinte au secret des délibérations de l'autorité. En outre, même si elles s'inscrivent dans le cours d'un processus dont elles ne constituent pas la dernière étape, les "Feuilles de cotation avant rédaction de la motivation" n'en sont pas, pour autant, des documents inachevés ou incomplets; ce constat s'impose également à propos de la "Présentation powerpoint sur la cotation des critères". Enfin, l'obligation de confidentialité qui s'imposait aux experts à l'égard des soumissionnaires n'implique pas que le contenu des "Feuilles de cotation avant rédaction de la motivation" doive être qualifié d'"avis ou [d']opinion communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité", au sens de l'article 6, § 3, 2°, du décret du 30 mars 1995 précité. Ce même constat vaut *a fortiori* pour la "Présentation powerpoint sur la cotation des critères", qui ne contient pas l'expression d'avis ou d'opinions.

Pour ces différents motifs, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de maintien de confidentialité formulée par la partie adverse, dans la mesure où cette demande porte sur les pièces J et K du dossier administratif.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

La confidentialité des pièces J et K du dossier administratif est levée.

Article 3.

La partie adverse est invitée à communiquer sans délai les pièces J et K du dossier administratif aux parties requérantes.

Article 4.

Les pièces 3 et 7 du dossier de pièces des parties requérantes et les pièces A, B, C, D, E, F, G, H, I et L du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

L'affaire est fixée à l'audience du 20 septembre 2016 à 9 heures 30.

Article 6.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 7.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le treize septembre deux mille seize par :

MM. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. David DE ROY.