

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 246.375 du 11 décembre 2019

A. 221.771/VI-20.995

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS G.D.A.,**
ayant élu domicile chez
M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la ville de Charleroi,
ayant élu domicile chez
M^e Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 mars 2017, la société anonyme ÉTABLISSEMENTS G.D.A., demande l'annulation de "la délibération du collège communal de Charleroi, du 29 décembre 2016, décidant que son offre n'est pas sélectionnée et attribuant à la société ITM SUD sprl le marché public de fourniture et l'entretien de deux camions équipés d'une superstructure pour le curage des avaloirs avec poste de conduite à gauche (lot 1) et à droite (lot 2)".

II. Procédure

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'État ont été acquittés.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 26 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 octobre 2019.

Par des courriers du 3 octobre 2019, l'affaire a été remise à l'audience du 6 novembre 2019.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Hélène DEBATY, *loco* M^e Marc UYTTENDAELE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, a été entendu en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Confidentialité

III.1. Thèses des parties

A. Requête

Concernant le respect de la confidentialité des offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public litigieux, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

- " 42. La requérante n'invoque pas le caractère confidentiel de son offre et demande qu'aucune pièce du dossier administratif ne soit soustraite à la contradiction.
- 43. Le marché étant attribué, il n'existe aucun motif lié au maintien de la concurrence qui pourrait justifier la confidentialité de certaines pièces.
- 44. Le secret des affaires, désormais presque systématiquement invoqué à l'occasion du contentieux de l'attribution d'un marché public, ne constitue pas une

valeur ultime, supérieure à toutes autres. Au contraire, il convient de procéder à la balance «entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires».

45. En l'espèce, la requérante ne cherche pas à percer les secrets d'affaire de son concurrent et demande donc à avoir accès à tous les documents fut-ce sous une forme supprimant les passages qui pourraient relever du secret des affaires, procédé suggéré par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 118/2007 du 19 septembre 2007 :

« À ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence»".

B. Mémoire en réponse

S'agissant du respect de la confidentialité des offres, la partie adverse fait, quant à elle, valoir ce qui suit :

- " 30. La partie adverse sollicite, sur pied de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, que les offres déposées par les soumissionnaires demeurent confidentielles, dès lors que leur communication serait de nature à porter atteinte au secret des affaires".

C. Mémoire en réplique

Dans un premier point intitulé "Remarque préalable sur le caractère confidentiel de certaines pièces du dossier administratif", la partie requérante fait valoir ce qui suit :

- " 1. En annexe à son recours, la requérante a déposé son offre sans invoquer un quelconque caractère confidentiel.
2. Dans son recours, elle a exposé que :
- « Le marché étant attribué, il n'y a aucun motif, lié au maintien de la concurrence, justifiant la confidentialité de certaines pièces du dossier administratif. Le secret des affaires, presque systématiquement invoqué, ne constitue pas une valeur ultime, supérieure à toutes autres. Au contraire, il convient de procéder à la balance "entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires"».

La requérante demande donc à avoir accès à ces documents, fut-ce sous une forme supprimant les passages qui pourraient relever du secret des affaires, procédé suggéré par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 118/2007 du 19 septembre 2007 :

« À ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant

et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence».

3. Dans le mémoire en réponse, la partie adverse «sollicite, sur pied de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, que les offres déposées par les soumissionnaires demeurent confidentielles, dès lors que leur communication serait de nature à porter atteinte au secret de affaires».

4. Il peut certes être admis que dans certaines circonstances - spécialement au contentieux de la suspension des décisions d'attribution des marchés publics - le secret d'affaires impose la confidentialité de certaines pièces.

5. Mais encore faut-il observer qu'il convient de mettre en balance «les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires». La partie adverse n'a pas réalisé cet exercice. Par une pétition de principe et sans autrement s'en expliquer, elle affirme que la communication de l'offre de l'attributaire serait de nature à porter atteinte au secret des affaires.

6. Par e-mail du 17 juillet 2017, la requérante a invité la partie adverse à reconsidérer sa position. Mais cette demande a fait l'objet d'un refus.

7. En l'espèce, la requérante ne cherche pas à percer les secrets d'affaires de son concurrent ... mais constate que, par sa prise de position, la partie adverse l'empêche de vérifier si l'attributaire répond aux conditions des documents du marché par exemple au point de vue de la sélection qualitative et de la régularité de son offre.

8. La requérante invite dès lors le Conseil d'État à lever, aux conditions précisées par la Cour constitutionnelle, la confidentialité invoquée par la partie adverse à propos de l'offre de l'attributaire".

D. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire la partie requérante fait valoir ce qui suit :

" 1. D'emblée, la requérante a sollicité que l'offre de l'attributaire, fut-ce sous une forme permettant de respecter le secret des affaires, lui soit communiquée, ce que la partie adverse a refusé.

2. Sur ce point, le rapport sur l'affaire conclut que «la levée de la confidentialité de l'offre de l'attributaire devrait être ordonnée».

Si le Conseil d'Etat fait sienne cette appréciation, il y aurait alors lieu de permettre à la requérante de déposer un mémoire suite à la prise de connaissance de cette pièce".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose son point de vue comme suit :

" 17. Madame l'Auditeur se prononce à ce sujet en ces termes :

« En l'espèce, la partie adverse dépose toutes les offres à titre confidentiel. Au vu de celles-ci l'auditeur rapporteur n'aperçoit pas en quoi l'offre de l'adjudicataire contiendrait des éléments tenant au secret des affaires, qui ne seraient pas déjà dévoilés par le rapport d'analyse des offres et la décision d'attribution. En particulier, les éléments du prix qui figurent dans l'offre de l'adjudicataire sont reproduits dans le rapport d'analyse, qui n'est pas confidentiel. La levée de la confidentialité ne peut toutefois être ordonnée que par arrêt».

Elle invite dès lors la partie adverse à déposer officiellement l'offre de l'adjudicataire, en masquant, le cas échéant, les éléments précis qu'elle jugerait couverts par le secret des affaires.

[...]

18. Ainsi que le constate Madame le Premier Auditeur, le rapport d'analyse des offres et la décision d'attribution dévoilent déjà de nombreux éléments de l'offre de l'adjudicataire, parmi lesquels certains peuvent être considérés comme tenant au secret des affaires.

La partie requérante a pris connaissance de ces éléments. La partie adverse ne comprend donc pas l'intérêt de la démarche de Madame le Premier Auditeur lorsque celle-ci invite la partie adverse à lever la confidentialité des offres.

La mise en balance entre le secret des affaires et les exigences d'un procès équitable a donc déjà été opérée. La partie adverse a déjà apprécié quels sont les éléments qui pouvaient être dévoilés dans le rapport d'analyse des offres et ceux qu'il n'y a pas lieu de communiquer. La confidentialité a donc déjà été levée dans une large mesure par le pouvoir adjudicateur à l'occasion du rapport d'analyse des offres. La partie adverse n'aperçoit pas de raison d'aller plus loin encore dans la levée de la confidentialité. L'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne semble d'ailleurs pas l'exiger.

Les exigences de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services sont donc respectées en l'espèce.

De plus, la partie requérante dispose déjà de tous les éléments nécessaires en vue de la préparation de son recours et de la formulation de ses moyens. Il n'est donc pas utile de procéder à la levée de la confidentialité des offres.

Votre Conseil a jugé, à plusieurs reprises, que lorsque la divulgation des informations considérées comme confidentielles n'est pas utile à la solution du litige, il n'y a pas lieu d'acquiescer à la demande de lever la confidentialité des offres (notamment : C.E., n° 235.817, du 21 septembre 2016, Sprl Leboutte, Mouhid ; C.E., n° 237.157., du 25 janvier 2017, Sa Eurovia Belgium, C.E., n° 232.210, du 16 septembre 2015, SA Michelin Belux ; C.E., n° 243.447, du 22 janvier 2019, Intermédiance & Partners).

La partie adverse maintient sa demande de confidentialité des offres en ce qui concerne les éléments non repris dans le rapport d'analyse des offres, dès lors que leur divulgation n'est d'aucune utilité pour la solution du litige".

III.2. Appréciation du Conseil d'État

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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions 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".

Le droit d'accès des parties au dossier de l'autorité adjudicatrice, que celle-ci est tenue de déposer, relève des exigences d'un recours juridictionnel effectif. L'exercice de ce droit peut toutefois être limité par l'instance de recours dans les conditions que fixe l'article 26 précité. En effet, cette instance peut, en vertu de cette disposition, être amenée à décider que ce droit d'accès doit être mis en balance avec le respect dû à la confidentialité et au secret d'informations contenues dans ce dossier – ainsi, du reste, que dans les dossiers des autres parties –, en manière telle que cet accès à certaines informations doive être totalement ou partiellement refusé ou, à tout le moins, organisé selon des modalités qu'elle précise.

Une limitation du droit d'accès susceptible d'être décidée en vertu de la disposition précitée suppose, avant tout, que soit en jeu un secret d'affaires précisément identifié par la partie qui s'en prévaut et reconnu comme tel – parce que constaté, non contesté ou tenu pour suffisamment vraisemblable au moment où elle statue – par l'instance de recours sur la base des éléments dont celle-ci dispose.

Lorsqu'elle constate qu'est en jeu un tel secret d'affaires, l'instance de recours est tenue de procéder à la mise en balance des exigences d'une protection juridique effective avec celles déduites du droit au respect des secrets, laquelle mise en balance repose sur son appréciation *in concreto* des données de l'espèce, telles les prétentions des parties, la configuration procédurale du recours dont l'instance est saisie ou toute circonstance propre à la cause. Au contraire, à défaut de pouvoir constater qu'un secret d'affaires est en jeu, la pondération imposée par l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée est sans objet et il ne peut, en conséquence, être fait

obstacle à la divulgation des pièces déposées par les parties, en particulier de celles qui constituent le dossier de l'autorité adjudicatrice.

En l'espèce, la requérante a, dès l'introduction de sa requête, exprimé son souhait d'accéder à l'ensemble du dossier administratif, estimant – en substance – qu'aucun motif, lié au maintien de la concurrence, ne justifie que soit gardée la confidentialité de certaines pièces. Confrontée à la volonté ainsi exprimée de la requérante, la partie adverse a demandé le maintien de confidentialité des offres déposées par les soumissionnaires, justifiant cette demande par le fait que la communication de ces pièces serait de nature à porter atteinte au secret des affaires. Ayant pris connaissance du mémoire en réplique qui contestait cette demande et faisait état de la volonté de la requérante de vérifier si l'attributaire satisfaisait aux conditions fixées par les documents du marché, ainsi que du rapport de Madame le Premier auditeur qui, d'une part, indiquait ne pas apercevoir "en quoi l'offre de l'adjudicataire contiendrait des éléments tenant au secret des affaires, qui ne seraient pas déjà dévoilés par le rapport d'analyse des offres et la décision d'attribution" et, d'autre part, l'invitait "à déposer officiellement l'offre de l'adjudicataire, le cas échéant en masquant les éléments précis qu'elle jugerait couverts par le secret des affaires", la partie adverse a maintenu sa position, faisant valoir en substance, dans son dernier mémoire, que la requérante a déjà pu prendre connaissance des nombreux éléments de l'offre de l'adjudicataire précédemment dévoilés, de sorte que la mise en balance a déjà été opérée par elle-même, et que cette même partie requérante dispose déjà de tous les éléments nécessaires en vue de la préparation de son recours.

En persistant, dans les circonstances ainsi rappelées, à ne pas exposer en quoi l'offre de l'adjudicataire devrait être intégralement couverte par la confidentialité qui doit garantir le secret des affaires et à ne pas même identifier, à tout le moins, les éléments de cette offre qui relèveraient d'un tel secret et devraient donc bénéficier de cette confidentialité, la partie adverse a adopté une attitude qui dément l'existence d'un secret d'affaires justifiant qu'il soit fait obstacle – dans une mesure à déterminer par le Conseil d'État conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 – à la divulgation des pièces du dossier administratif dont elle demande le maintien de la confidentialité. Par ailleurs, dès lors qu'il n'y a pas lieu de procéder à la pondération imposée par l'article 26 précité, les arguments du dernier mémoire de la partie adverse qui auraient pu, le cas échéant, être examinés à cette occasion sont, en toute hypothèse, vains.

Il s'ensuit que la demande de maintien de confidentialité soumise au Conseil d'État par la partie adverse doit être rejetée.

Il y a lieu de rouvrir les débats et, pour donner effet utile au rejet de la demande de confidentialité décidé par le présent arrêt, d'adapter la suite de la procédure, conformément au dispositif de celui-ci.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les demandes de maintien de confidentialité de l'offre de la société ITM SUD et de l'offre de la société ÉTABLISSEMENTS GDA sont rejetées.

Article 2.

Les débats sont rouverts.

Article 3.

À dater de la notification du présent arrêt, la partie requérante disposera d'un délai de soixante jours pour venir consulter au greffe l'offre de la société ITM SUD et pour déposer une note contenant ses éventuelles observations. Cette note sera notifiée par le greffe à la partie adverse.

Article 4.

À dater de la notification de la note déposée par la requérante, la partie adverse disposera d'un délai de soixante jours pour déposer une note contenant ses éventuelles observations. Cette note sera transmise par le greffe à la partie requérante.

Article 5.

Après l'échange des notes déposées par les parties, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 6.

À dater de la notification du rapport complémentaire, la partie requérante et la partie adverse disposeront, selon l'ordre mentionné par l'auditeur dans son rapport, d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire complémentaire, avec, le cas échéant, une demande de poursuite de la procédure.

Article 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le onze décembre deux mille dix-neuf par :

Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Nathalie VAN LAER,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY