

Le droit d'accès aux documents administratifs et les marchés publics

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux, avocat

I. Logique de transparence et logique de marché

1. Présentation

La transparence et la logique de marché dans l'action de l'administration sont deux évolutions marquantes de la fin du 20^{ème} siècle, auréolées d'une certaine idée de modernité. Les deux concernent des champs d'action très diversifiés : actes unilatéraux, contrats, service public, police administrative, contrôle juridictionnel de l'action de l'administration, protection des droits des administrés.

Les sources juridiques de la transparence et de la logique de marché sont internationales, européennes et nationales. Les applications jurisprudentielles permettent de mieux cerner leurs dynamiques complexes dans la passation des marchés publics. La transparence administrative concerne les autorités publiques dans leurs activités d'autorité et de gestion. Le secret des affaires, quant à lui, intéresse avant tout les acteurs de la vie économique censés poursuivre leurs intérêts propres dans un environnement donné¹, souhaité concurrentiel.

La passation des marchés publics se heurte à deux difficultés récurrentes : le choix des méthodes de passation « efficaces » (mode de passation) et la difficile question du contrôle juridictionnel « efficace » de l'application des règles. Transparence et logique de marché y sont présentées depuis de nombreuses années comme les clés du succès d'une administration « efficace ».

Les différentes solutions imaginées par les législateurs afin de concrétiser la transparence et la logique de marché impriment des tensions contradictoires. En définitive, tant du point de vue de l'action publique que du point de vue des sociétés soumissionnaires, ces tensions sont-elles « profitables » ?

A. L'idéal de la transparence

2. La transparence dans l'action de l'administration

Les obligations de transparence et de motivation formelle des actes administratifs, selon la très belle formule de Guy Braibant, semblaient sonner « la fin du secret et la fin du silence »². Elles semblent inhérentes à notre société « médiatique », encourageant une certaine aspiration au savoir et au contrôle qui participe au fonctionnement de toute démocratie³.

¹ A.L. DURVIAUX, « Le secret des affaires et la transparence administrative – L'exemple des marchés publics », *Rev. dr. Comm.*, 1999, pp. 71-92, spéc. p. 74.

² G. BRAIBANT, « Réflexions sur la transparence administrative », *A.P.T.*, 1993, p.58 et s.

³ *Loc.cit.*

La transparence ou publicité est dite active ou passive⁴ selon qu'elle vise des initiatives prises par l'administration pour mieux informer les citoyens ou qu'elle organise, au bénéfice des citoyens, un droit d'accès aux documents administratifs.

La publicité active impose aujourd'hui à l'administration, notamment, d'informer les citoyens de leurs actions, de la possibilité d'intenter des recours juridictionnels contre ses décisions et des modalités de ceux-ci.

Le droit d'accès aux documents administratifs, modalité particulière de la transparence ou publicité passive, est un droit fondamental consacré par l'article 32 de la Constitution⁵. Contrairement aux autres droits dits « troisième génération »⁶, le droit d'accès aux documents administratifs confère des droits subjectifs aux administrés relativement précis⁷. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, l'article 32 de la Constitution a été précisé par diverses normes à valeur législative prises par les entités fédérées. Elles ont toutes adopté une démarche commune, dans le respect de leur compétence respective⁸. Les différents législateurs ont défini très largement la notion de « document administratif », ne limitant pas celui-ci à un document *produit* par une autorité administrative. Au contraire, il peut s'agir de tout document ou information *détenus* par une telle autorité, quel que soit son support. Ce faisant, les autorités administratives sont confrontées à des difficultés particulières lorsqu'elles détiennent des documents qui émanent de tiers ou lorsque les documents contiennent des données personnelles ou confidentielles. Les législateurs ont résolu ces difficultés en introduisant des exceptions (facultatives ou obligatoires) à l'obligation de communiquer des documents administratifs et en exigeant parfois la preuve d'un intérêt particulier.

La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs a par ailleurs consacré, sous réserve de quelques exceptions, l'obligation de faire figurer dans l'acte administratif individuel, les motifs de faits et de droit qui sous-tendent le dispositif de celui-ci⁹ sous l'impulsion déterminante du Conseil de l'Europe¹⁰. Une jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, particulièrement protectrice des droits des administrés, consacrait déjà une telle obligation notamment en matière de sanctions disciplinaires, de suspensions préventives et de mesures graves prises en considération de la personne¹¹.

⁴ C. DOYEN-BIVER, « La législation sur l'accès aux documents administratifs. Aperçu de ses applications », in CUP, Vol.55, mai 2002, pp. 13-81.

⁵ P. DE HERT rappelle clairement ce caractère de droit fondamental : « *door in artikel 32 van de grondwet te bepalen, date elk bestuursdocument – begrip dat volgens de grondwetgever zeer ruim moet worden geïnterpreteerd – in de regel openbaar is, heeft de Grondwetgever het recht op de openbaarheid van bestuursdocumenten ingeschreven als een grondrecht* » in « De grondrechten en wetten m.b.t. openbaarheid van bestuursdocumenten en bescherming van de persoonlijke levensfeer. Analyse van de onderlinge relatie en commentaar bij het arrest Dewinter van de Raad van State », C.D.P.K., 2001, pp.374-425 ; voy. également, C.E. 16 mars 2001, Louis c/ Etat belge, n°90082.

⁶ R. ERGEC, « La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites » *A.P.T.*, 1993, pp. 87-95, spéc. p.88.

⁷ *Op. cit.*, spéc. p. 89.

⁸ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, spéc. p. 53 ; ainsi que le rapport rédigé pour la présente journée.

⁹ Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'exigence légale de motivation formelle des actes administratifs ne touche pas à l'ordre public, voy. not. CE., 8 novembre 2000, Claeys c/ Etat belge, n°90.692.

¹⁰ Résolution n°77-31 du 28 septembre 1977 sur la protection de l'individu et recommandation n°80-2 du 11 mars 1980 concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

¹¹ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, spéc. p. 54.

Les exceptions au principe légal de motivation formelle des actes administratifs touchent notamment à la nécessité de ne pas violer le droit au respect de la vie privée ou le secret professionnel. Le Conseil d'Etat n'a cependant pas admis qu'au titre de ces deux exceptions, une autorité administrative se dispense de motiver en la forme la décision de déclarer un agent non admissible à un emploi public¹², faisant peu de cas du respect du secret médical.

La transparence de l'action publique et l'exigence de motivation ont parfois été présentées comme deux principes d'action susceptibles de prévenir le contentieux administratif. Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé que le but de la motivation formelle des actes administratifs était notamment de permettre aux administrés, après avoir pris connaissance des motifs exacts de la décision, de se former une opinion sur le point de savoir si cela sert ou non d'attaquer cette décision par des moyens de droit¹³. Les deux espoirs étaient, d'une part, que mieux informés, les administrés aient pu se laisser convaincre par la légalité de la décision et d'autre part, que les administrations rationalisent leur décision !

À l'opposé de ses nobles espérances, il était possible de craindre la multiplication des recours. La mise en mots des qualités et défauts des uns et des autres, dans des domaines aussi sensibles, certes pour des raisons différentes, que le contentieux de la nomination et de la promotion des agents de la fonction publique ou de l'attribution des marchés publics, dans une société hyper compétitive, risquait de devenir un facteur d'accroissement des contestations. Du point de vue de la gestion des ressources humaines, l'exigence d'une motivation dite « négative », l'obligation d'énoncer les raisons de ne pas choisir tels candidats, peut avoir des effets dévastateurs. En effet, la personne qui fait l'objet d'une telle appréciation risque d'être totalement démotivée. Du point de vue de la gestion de l'image, une société écartée de l'attribution d'un marché préférera mettre cela sur le compte d'une irrégularité supposée de l'administration, moins délicate à gérer qu'une absence de compétitivité par rapport à ses concurrents. La dynamique conflictuelle est plus complexe dans ses motivations qu'une « simple et saine réaction » à une illégalité supposée ou réelle.

En outre, la formalisation de motifs de fait pertinents reste un exercice difficile : le temps d'une procédure devant le Conseil d'Etat, avec son lot d'écrits et sa brièveté des débats ne suffit pas toujours pour expliquer les contextes factuels techniques des affaires contentieuses. Les juristes sont-ils d'ailleurs le mieux armés pour les appréhender sans recours à des hommes de l'art ou des experts en management et en gestion des ressources humaines ? Le contrôle des motifs de fait conduisant à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation et la démonstration « facile » de la violation de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs laissent parfois un goût amer. La seconde source d'accroissement du contentieux réside, sans doute, dans l'espérance suscitée par ces arrêts audacieux qui, au travers d'une censure des motifs de fait, semblent dicter une autre décision à l'administration active, et au travers de la violation de l'obligation de motivation formelle, semblent dire que l'administration ne s'explique jamais avec suffisamment de clarté.

¹² C.E., 13 novembre 1998, Kulcsar c./ Etat belge, n°76.932.

¹³ C.E., 17 mai 1993, Vandeveldel, n°42.968.

3. La transparence dans la passation des marchés publics

Dans la passation des marchés publics, une certaine idée de la transparence est antérieure à la consécration constitutionnelle du droit d'accès au document administratif et à la montée en puissance de l'idée de transparence administrative.

La transparence (au sens de publicité) de la passation des marchés publics est un moyen imposé par le droit belge¹⁴ et le droit dérivé, pour organiser concrètement la mise en compétition des opérateurs économiques afin, d'une part, de leur assurer un égal accès aux commandes publiques¹⁵, et dans l'espoir, d'autre part, de susciter la remise d'offres compétitives. En d'autres termes, la transparence est un moyen d'animer la plus ou moins grande concurrence existant sur des marchés (de produits ou de prestations). Elle est impuissante à créer, *ex nihilo*, une concurrence qui n'existe pas !

En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, la transparence s'applique à tous les stades de la procédure de passation d'un marché¹⁶. Le droit dérivé a concrétisé cette obligation de transparence notamment au travers, d'une part, de l'obligation de publier différents avis de marché pour informer les opérateurs économiques de la passation et des méthodes de sélection des entreprises et de comparaison des offres, d'autre part, du contenu des documents du marché, et, enfin, d'informations communiquées aux participants sur les résultats des procédures de passation. La pondération des critères d'attribution est désormais imposée en principe, l'impossibilité de pondérer devant par ailleurs faire l'objet d'une motivation spéciale¹⁷.

Dans sa dernière version, la technique des enchères inversées¹⁸, nouvelle procédure, déroge au principe d'intangibilité des offres des procédures ordinaires, au nom d'une « hyper transparence » rendue possible par les nouvelles technologies de l'information.

En droit belge, l'information des participants a évolué dans les différentes versions des arrêtés d'exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. La transparence du processus de la passation des marchés vise, en outre, des éléments plus précis qu'en droit dérivé¹⁹.

En ce qui concerne l'information dispensée aux participants, la logique qui dominait initialement le régime de la loi du 24 décembre 1993 était d'organiser une information

¹⁴ Initialement, il s'agissait également d'un moyen d'inciter au respect du droit, de lutter contre le clientélisme, A.L. DURVIAUX, « Le secret des affaires et la transparence administrative – l'exemple des marchés publics », *op.cit.*, spéc. p.78.

¹⁵ Sur base du droit primaire, la Cour de Justice a étendu le même raisonnement à d'autres contrats publics, par ex. aux concessions de service public, aff. . C-324/98, C.J.C.E., 7 décembre 2000, Telaustria.

¹⁶ AL DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc. pp. 381-382.

¹⁷ En fait, il est délicat de concevoir une motivation de l'impossibilité de pondérer sous réserve des marchés qui comporte un volet conception de la prestation (sous forme de l'objet du contrat ou des variantes libres). En effet, dans ces hypothèses, il n'est pas toujours possible d'imaginer des critères d'attribution susceptibles de s'appliquer à des offres dont le pouvoir adjudicateur ne connaît pas le contenu.

¹⁸ Art. 54§1 de la Dir. 2004/18/CE et art. 56§1 de la Dir. 2004/17/CE.

¹⁹ Voy. ainsi les dispositions qui régissent les opérations matérielles de comparaison des offres, par ex. les art. 90 à 119 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

différenciée en fonction, d'une part, de la situation du demandeur de l'information et, d'autre part, de la procédure suivie²⁰.

Dans les procédures ouvertes, le pouvoir adjudicateur devait informer, dans les moindres délais, les soumissionnaires qui n'avaient pas été sélectionnés et ceux dont l'offre avait été jugée irrégulière. Sur demande de ceux-ci, le pouvoir adjudicateur communiquait, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite : à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection; à tout soumissionnaire dont l'offre avait été jugée irrégulière, les motifs de son éviction ; à tout soumissionnaire dont l'offre n'avait pas été choisie et à l'adjudicataire, la décision motivée d'attribution du marché.

Dans le cadre des procédures restreintes et en procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi, les candidats non sélectionnés étaient informés de cette décision par le pouvoir adjudicateur dans les moindres délais et au plus tard lors de l'envoi de l'invitation à remettre offre. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur communiquait les motifs de sa non-sélection à tout candidat non sélectionné, dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite.

Les soumissionnaires, dont l'offre avait été jugée irrégulière, ou n'avait pas été choisie, en étaient informés par le pouvoir adjudicateur dans les moindres délais. La même information différenciée qu'en procédure ouverte était également prévue²¹, sous certaines réserves, en procédure négociée sans publicité.

Dans ce contexte d'information différenciée, la réglementation ajoutait que certains renseignements pouvaient ne 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 entrepreneurs.

La question a été revue lors de l'introduction de la clause « du standstill » dans la loi²², sous l'influence de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice. En termes d'information, la même philosophie d'information différenciée en fonction de la procédure et de la situation du demandeur et de possibilité de ne pas communiquer certains renseignements a été maintenue. Les nouveautés résidaient d'une part, dans l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'accorder aux candidats et soumissionnaires un délai qu'il précisait et qui devait être d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs, afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction²³, et d'autre part, dans de nouvelles exceptions heureusement introduites dans la loi²⁴.

²⁰ Voy., par ex. pour les marchés de travaux, la version initiale, des art. 25, 26 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

²¹ Le pouvoir adjudicateur communique dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite : à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction ; à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et à l'adjudicataire, la décision motivée d'attribution du marché.

²² Art. 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 inséré par Loi programme du 9 juillet 2004, art. 302, qui entre en vigueur le 15 juillet 2004, en vertu de l'art. 317, al. 1^{er}.

²³ Le texte prévoyait la possibilité d'introduire exclusivement selon le cas une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'État, une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure de passation pouvait se poursuivre.

²⁴ Le respect des dispositions du présent paragraphe ne s'impose pas : dans les cas de procédure négociée sans publicité au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsqu'il n'est pas possible de consulter plusieurs concurrents et en cas d'application de l'article 17, § 2, 1^o, b et c, de la loi ; dans le cas de marchés en matière de défense au sens de

Dans un futur plus ou moins proche, au pays des oranges bleues²⁵, l'information et la clause de « standstill » seront régies par la loi du 6 juin 2006²⁶ qui marque une évolution sensible²⁷. La loi prévoit deux régimes distincts pour le secteur classique et les secteurs spéciaux.

Après avoir défini la décision d'attribution pour la distinguer de l'information de celle-ci, mais surtout de la notification scellant le lien contractuel²⁸, le législateur dispose qu'une fois le marché conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière, sous réserve du respect du délai d'attente.

Le droit d'obtenir des informations relatives à la décision prise par le pouvoir adjudicateur concernant leur demande de participation ou leur offre ou la décision de renoncer à passer le marché est réaffirmé, tout comme la faculté, pour le Roi²⁹, de prévoir des exceptions à ce droit pour les marchés inférieurs à certains montants.

Certains renseignements peuvent ne 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.

Si le pouvoir adjudicateur doit respecter un délai d'attente avant de conclure le marché, afin de permettre au soumissionnaire lésé ou risquant de l'être de requérir la suspension de l'attribution du marché, la nouveauté réside dans le fait qu'il ne devra plus démontrer la condition du préjudice grave et difficilement réparable. Parallèlement, le législateur habilite les juges à procéder à une balance entre les intérêts privés et l'intérêt général pour prononcer ou non la suspension de l'attribution du marché.

Le législateur n'a prévu ni le point de départ, ni la durée, ni les modalités de prolongation du délai d'attente, habilitant le Roi pour régler ces aspects fondamentaux ainsi que les exceptions à ce délai d'attente, tout en renvoyant aux exigences du droit communautaire.

l'article 296, § 1er, b, du Traité ; dans les cas exceptionnels et dûment motivés où l'urgence impose une réduction du délai de réception des demandes de participation à moins de vingt jours et du délai de réception des offres à moins de quinze jours dans le cadre d'une procédure accélérée au sens du § 1er, alinéa 2, des articles 6, 32 et 58 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

²⁵ L'art. 5 de la loi du 16 juin 2006 dispose que le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi, à l'exception du présent article qui entre en vigueur le jour de la publication de la présente loi au Moniteur belge. L'art. 5 a été inséré par la loi du 12 janvier 2007, art. 3, qui ne contenait aucune disposition spécifique relative à son entrée en vigueur et a été publiée le 15 février 2007.

²⁶ Loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services (Mon. 15 février 2007).

²⁷ La loi est présentée comme une transposition la directive 2004/17/C.E. du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/C.E. du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Le lecteur restera cependant attentif à la directive modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, postérieure à la loi du 16 juin 2006.

²⁸ Art. 2.

²⁹ Les arrêtés d'exécution devront être délibérés en conseil des ministre, selon l'art. 4 de la loi, inséré par la loi du 12 janvier 2007, art. 2, qui ne contient aucune disposition spécifique relative à son entrée en vigueur et a été publiée le 15 février 2007.

De manière plus mystérieuse, le législateur a prévu que lorsqu'une requête (devant le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire) est introduite à temps, « *le délai d'attente est prolongé pour permettre le déroulement de la procédure de suspension. Si, au terme de cette prolongation, le prononcé d'une décision n'est pas intervenu, la conclusion du marché peut avoir lieu sans plus attendre* ». Devant le Conseil d'Etat saisi en extrême urgence, les procédures sont relativement rapides. Par contre, les procédures introduites devant les tribunaux ordinaires peuvent durer plusieurs semaines. Il s'agit, sans doute, pour le législateur de mettre une pression implicite pour raccourcir celles-ci. Cependant, il restera délicat, pour un pouvoir adjudicateur, de prendre la décision de notifier un marché si le juge ne se prononce pas dans le délai qu'il aura lui-même déterminé, alors qu'il est toujours saisi du problème et que l'affaire est prise en délibéré. Le système gagnerait à être simplifié.

Si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas le délai d'attente, le président du tribunal de première instance compétent, statuant comme en référé, peut être saisi d'une demande en annulation du contrat, dirigée contre le pouvoir adjudicateur et contre l'adjudicataire du marché. Le juge peut rejeter la demande si, l'attribution a eu lieu manifestement de manière régulière (hormis le respect du délai d'attente), si le demandeur ne peut prétendre à l'attribution du marché³⁰, si le marché est partiellement ou totalement exécuté au moment du prononcé.

B. L'idéal du secret dans la vie des affaires

4. La notion de secret des affaires

Certains secrets sont protégés par des dispositions législatives.

Le secret de fabrication³¹, c'est-à-dire les éléments techniques de fabrication, est protégé par l'article 309 du code pénal. L'article 17,3 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail protège les secrets dont le travailleur aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle. Par ailleurs, les articles 93 et 95 de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur interdisent tout acte contraire aux usages honnêtes par lequel un vendeur porte atteinte ou risque de porter atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs vendeurs.

Monsieur Buyle propose de définir le secret des affaires par rapport à ces autres secrets protégés³². Il s'agit de « *toutes informations ou connaissances de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'un secret de fabrication), ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts. À ce titre, il peut s'agir de données relatives à la rentabilité, le chiffre d'affaires, la clientèle, les distributeurs, les pratiques commerciales, les coûts, les prix, les parts de*

³⁰ Sans doute, s'agit-il d'exclure les soumissionnaires irréguliers ou non classés en ordre utile pour l'attribution du marché.

³¹ Le secret de fabrication se distingue du secret des affaires en ce que ce dernier ne vise pas les éléments techniques de fabrication mais bien les informations commerciales, financières ou administratives de la société.

³² J.P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel », *In Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93-132, spéc. p.117.

marché, les méthodes d'évaluation des coûts de fabrication, la stratégie commerciale, l'organisation interne de l'entreprise (...) »³³.

La Cour de Justice et la Commission européenne mettent l'accent, dans la définition, sur la « lésion » pour caractériser les secrets d'affaires : « *si la divulgation d'informations sur l'activité professionnelle d'une entreprise peut gravement léser ses intérêts, ces informations constituent des secrets d'affaires. A titre d'exemple de ce type d'informations, on peut citer : les informations techniques et/ou financières relatives au savoir faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marchés, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure des coûts et de prix et la politique de vente d'une entreprise »³⁴.*

Ces précisions illustrent les points de rencontre du secret des affaires et de la passation des marchés publics. La sélection qualitative des entreprises implique la production par les entreprises de données susceptibles de relever du secret des affaires. Dans le cadre de la vérification de la régularité des offres et des prix³⁵, des renseignements techniques et économiques doivent être produits par les entreprises, sur demande du pouvoir adjudicateur.

5. La protection du secret des affaires

En droit international, la protection du secret d'affaires est assurée notamment par la protection du droit au respect de la vie privée et familiale³⁶, l'article 287 du Traité C.E.³⁷ et la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne³⁸. De nombreux règlements

³³ BUYLE, J.P., « *Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel* », *op.cit.*, spéc. p.122.

³⁴ T 353/94, T.P.I.C.E., 18 septembre 1996, POSTBANK/Commission et Communication de la Communication C325/07 relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'accord EEE et du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, *J.O.C.E.* du 22/12/2005.

³⁵ En application par ex. pour le secteur classique, de l'art. 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

³⁶ Article 8 CEDH et article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³⁷ L'article 287 du Traité C.E. dispose que : « *Les membres des institutions de la Communauté, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient* ».

³⁸ Ce droit comporte notamment le droit de toute personne d'être entendue avant même qu'une décision individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

européens sectoriels prévoient également une telle protection³⁹. Il en est de même au niveau des directives et notamment des directives cadres relatives aux marchés publics⁴⁰.

En droit belge, la protection du secret des affaires est reprise directement ou indirectement dans de nombreuses législations et dans des secteurs très différents, comme la transparence administrative⁴¹, la protection de la concurrence économique⁴² ou encore la législation relative aux marchés publics, tant dans le cadre de la loi du 24 décembre 1993, de ses arrêtés d'exécution⁴³, du cahier général des charges⁴⁴ que des législations des 15 juin 2006⁴⁵ et 16 juin 2006⁴⁶.

II. Les applications jurisprudentielles : transparence, motivation formelle des actes administratifs et secret des affaires dans la passation des marchés publics

6. Présentation

La protection du secret des affaires se pose en des termes particuliers lorsqu'il est invoqué dans le cadre d'un recours juridictionnel. En effet, les principes du débat contradictoire et de la communication des pièces, inhérents à toute procédure juridictionnelle, supposent une information largement diffusée. Par définition, les données sensibles seront très souvent au cœur des débats dans le cadre des contentieux économiques.

A. Évolution jurisprudentielle : la protection du secret des affaires dans le cadre d'une procédure juridictionnelle

³⁹ Par exemple : Règlement 1/2003/CE du 16 décembre 2002 du conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité de Rome, J.O. L1 du 4/01/2003 (p.1-25) ; Règlement 773/2004/CE du 7 avril 2004 relatif aux procédures de mise en œuvre par la commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, J.O. L123 du 27/04/2004 (articles 8 et 16) ; Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O. L24 du 29/01/2004, p.1-22 ; Règlement 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement CE n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O. L133 du 30/04/2004, p.1-39 (corrigé au J.O. L172 du 6/05/2004 ; Communication de la Commission C-325/07 relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53,54 et 57 de l'accord EEE et du Règlement CE n°139/2004, J.O. 22/12/2005.

⁴⁰ Par ex. les articles 6 et 41§3 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Il existe des articles similaires dans la directive 2004/17/CE.

⁴¹ Article 6, §1 et 2, 7° de la loi du 11 avril 1994.

⁴² Article 44 §6 à 8, article 48 §2, article 55 §5, article 67 al.2, article 68 §2, al.5 de la loi du 15/09/2006 sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15/09/2006 (M.B. 1/01/2007).

⁴³ Articles 51§4 et 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

⁴⁴ Article 14 de l'annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 contenant les règles générales d'exécution des marchés publics. La section 8 du CGC vise les « droits intellectuels ». Le §3 vise plus particulièrement les « inventions, connaissances acquises, méthodes et savoir faire ».

⁴⁵ Article 11 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B. 15/02/2007).

⁴⁶ Art. 2§2 de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B. 15/02/2007). Une disposition similaire est prévue à l'article 3§1 de la même loi en ce qui concerne les marchés dans les secteurs spéciaux.

7. L'arrêt AKZO de la Cour de Justice des Communautés européennes

La question fut très vite abordée par la Cour de justice des Communautés européennes qui a rendu un arrêt de principe⁴⁷ le 24 juin 1986 : « *une protection toute spéciale est ainsi assurée aux secrets d'affaires. Ces dispositions, bien qu'ayant trait à des hypothèses particulières, doivent être considérées comme l'expression d'un principe général qui s'applique pendant le déroulement de la procédure administrative. Il en résulte que le tiers plaignant ne peut en aucun cas recevoir communication de documents qui contiennent des secrets d'affaires. Toute autre solution aboutirait au résultat inadmissible qu'une entreprise pourrait être incitée à déposer plainte auprès de la Commission uniquement en vue d'avoir accès aux secrets d'affaires de concurrents* ».

Dans cet arrêt, la Cour de justice pose donc un principe général d'interdiction de communiquer, dans le cadre d'une procédure administrative, des documents qui contiennent des secrets d'affaires. Toutefois, elle ne rencontre pas les difficultés de concilier la protection du secret des affaires avec l'organisation d'un débat contradictoire impliquant le respect des droits de la défense.

8. L'arrêt NIEMETZ de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme estime que le droit au respect du secret d'affaires doit être rattaché au respect du droit à la vie privée et familiale⁴⁸. Une entreprise, comme une personne physique, a droit au respect de sa vie privée. Celle-ci consiste avant tout dans la préservation du cœur de son activité commerciale et industrielle face à ses concurrents. Une entreprise a un intérêt évident à ce que certains tiers ne soient pas mis au courant de certaines informations⁴⁹. L'arrêt NIEMETZ de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 1992 consacre l'extension de la vie privée aux activités professionnelles ou commerciales⁵⁰.

9. La protection des données confidentielles et le droit de la concurrence

La protection des secrets des affaires est un principe général reconnu par la jurisprudence en droit de la concurrence, qui s'applique pendant le déroulement de la procédure devant la cour⁵¹. La cour doit donc « *veiller, pour des raisons d'intérêt public, à ce que l'exercice du recours prévu par la loi du 17 janvier 2003 n'aboutisse pas à un échange d'informations sensibles sur le plan commercial entre les entreprises, parties à la procédure* »⁵².

⁴⁷ Aff. C-53/85, C.J.C.E., 24 juin 1986, Akzo/Commission, Rec. 1986, p.1965 et s., et spéc., §28.

⁴⁸ Art. 8 de la CEDH.

⁴⁹ J.P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel », *op. cit.*, spéc. p.128.

⁵⁰ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemetz /Allemagne, §29 ; voy. également, Cour eur. D.H, 25 juin 1997, Halford/UK, §42 ; Cour eur. D.H, 16 février 2000, Amann/Suisse ; Cour eur. D.H, 28 janvier 2003, Peck/UK, §57.

⁵¹ Bruxelles, 9 décembre 2005, RG 2004/AR/174, www.juridat.be.

⁵² Cette jurisprudence va recevoir une confirmation importante par le biais de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 13 juillet 2006.

La Cour d'Appel de Bruxelles, dans un arrêt du 30 juin 2003⁵³, a décidé que le respect des droits de la défense ne conférait pas à la partie qui a introduit un recours juridictionnel un droit d'accès aux secrets d'affaires qui n'existait pas dans le cadre de la procédure administrative. La procédure administrative en matière de concurrence prévoit une protection des données confidentielles moyennant le respect de certaines règles. Dans le cadre de cette procédure, il n'appartient pas à l'une des parties de décider elle-même quelle pièce présente un caractère confidentiel. Toutes les pièces doivent être soumises au Président du conseil de la concurrence. Dans le prolongement de cette procédure, la juridiction a décidé de prendre connaissance de toutes les pièces avant de préciser celles qui pouvaient recevoir un traitement confidentiel⁵⁴.

10. L'extension de la protection du secret des affaires à d'autres contentieux

La Cour d'appel de Bruxelles a posé à la Cour de justice la question suivante : dans le cadre du recours d'un opérateur téléphonique contre une décision de l'I.B.P.T. relative à la fixation du coût d'établissement par numéro de téléphone transféré, la juridiction de renvoi doit-elle disposer de l'ensemble des données nécessaires à l'examen du bien-fondé dudit recours dont elle est saisie, y compris des données qui, d'après la réglementation applicable en matière de secrets d'affaires, sont confidentielles ?

La Cour de justice⁵⁵ a répondu par l'affirmative, tout en précisant, par une formule incantatoire dont elle a le secret, qu'il appartenait à cet organisme de garantir le traitement confidentiel des données en cause tout en respectant les exigences d'une protection juridique effective et en assurant le respect des droits de la défense des parties au litige.

L'arrêt de la Cour de justice semble important dans la mesure où elle y reconnaît le droit au respect du secret des affaires, compte tenu des termes utilisés, dans le cadre de toute procédure juridictionnelle⁵⁶.

11. Application dans le contentieux de l'attribution des marchés publics

Jusqu'il y a peu, la protection du secret des affaires dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics n'a pas été une priorité du Conseil d'Etat. Il ordonnait ainsi, sans nuance, le dépôt d'un dossier administratif « complet », c'est-à-dire comportant les offres de tous les concurrents, sans laisser le soin au pouvoir adjudicateur de réserver un caractère confidentiel à certains documents⁵⁷, au motif qu'il n'était pas établi que la production des soumissions porterait préjudice aux intérêts commerciaux des soumissionnaires par la divulgation de secrets techniques. Il ne sanctionnait pas plus d'irrecevabilité les requêtes en suspension déposées sans aucune pièce justificative relative au

⁵³ Bruxelles, 30 juin 2003, *Ann. prat. Comm. Conc.* 2003, p. 886.

⁵⁴ Pour un ex. concret d'examen du caractère confidentiel des pièces, voy. Bruxelles, 10 mai 2007, 2004/AR/2962, www.juridat.be.

⁵⁵ Aff. C-438/04, C.J.C.E., *Mobistar / I.B.P.T.*, 13 juillet 2006.

⁵⁶ Dans le même sens, P.O. DEBROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.C.*, 2007/6, pp. 553 à 564, spéc., p.564.

⁵⁷ Par ex. en application de l'article 25, §4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

préjudice grave difficilement réparable, en exigeant, sans fléchir en de telles circonstances, le dépôt de l'intégralité du dossier administratif !

Dans le cadre de l'attribution du marché de remplacement des chenilles de chars de l'armée belge, la question de la protection du secret des affaires allait à nouveau se poser. Le Conseil d'Etat⁵⁸, la Cour constitutionnelle et la Cour de justice allaient se pencher sur cette délicate question.

La société VAREC poursuivait l'annulation devant le Conseil d'Etat de la décision du Ministre de la Défense d'attribuer le marché à la société DIELH. Au cours de la procédure, l'auditeur avait demandé au Ministre de la Défense de lui communiquer l'annexe 14 du dossier de la société DIELH qui n'avait pas été versée au dossier administratif. Celui-ci répondit que ce document avait été restitué à la société DIELH, conformément aux dispositions du cahier spécial des charges. La société DIELH a informé l'auditeur du Conseil d'Etat que son offre contenait des données et informations confidentielles. Elle s'est donc opposée à ce que d'autres personnes, dont notamment la société VAREC, puissent prendre connaissance de ce document. L'auditeur du Conseil d'Etat a alors conclu à l'annulation de la décision attaquée en faisant état du caractère incomplet du dossier administratif.

Dans son arrêt n°164.028 du 24/10/2006, le Conseil d'Etat a estimé qu'il fallait « *rechercher si, en application du principe du débat contradictoire, des pièces contenant des données et des informations confidentielles ou sensibles liées à des secrets commerciaux inclus dans une offre doivent être versées au dossier administratif et, dès lors rendues accessibles tant au juge qu'à l'ensemble des parties* ».

Le Conseil d'Etat a alors posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes : " *L'article 1er, § 1er, 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 ?*".

Le Conseil d'Etat a également posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle : "*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 ?*".

⁵⁸ C.E., 24 octobre 2006, Varec c/ Etat belge, n°164.028.

Dans son arrêt du 19 septembre 2007 (n°118/2007), la Cour constitutionnelle a rappelé que les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat avaient pour objet non seulement de remédier à la longueur des procédures devant le Conseil d'Etat, de lutter contre l'immobilisme ou l'inertie de l'administration mais aussi de garantir un procès équitable en assurant le caractère contradictoire de la procédure. Fondant sa décision sur les articles 6 et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'homme⁵⁹, la Cour Constitutionnelle a décidé que :

« 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 ».

En revanche, la Cour a reconnu la constitutionnalité des articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat lorsque :

« 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 ».

La Cour constitutionnelle a admis que :

« Dans ces hypothèses, des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles. 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 de leur exactitude et de leur pertinence. C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient d'apprécier la confidentialité alléguée de certaines pièces contenues dans le dossier administratif, en faisant dans chaque cas, la balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret d'affaires ».

La solution réside donc dans un difficile équilibre à trouver entre les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection du secret des affaires.

Au moment de la rédaction de la présente contribution, la Cour de Justice n'a pas encore répondu à la question préjudicielle qui lui était posée par le Conseil d'Etat. En revanche, les conclusions de l'avocat général Sharpston ont été déposées. Il rappelle que le problème précis consiste en un conflit susceptible de naître entre le droit d'une partie à exiger la

⁵⁹ CEDH, 16 décembre 1992, NIEMETZ c. Allemagne, § 29 ; CEDH, 23 mars 2006, VITIELLO c. Italie, § 47.

production de pièces pertinentes ainsi que l'accès à ces pièces et celui d'une autre partie à préserver la confidentialité de certaines pièces à l'égard des concurrents. Il souligne que le Conseil d'Etat belge considère que ni la loi du 11 avril 1994, ni l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne peuvent être invoqués pour soustraire à l'examen du juge de l'excès de pouvoir les documents qui lui seraient indispensables pour apprécier le fondement d'un moyen d'annulation⁶⁰. Il souligne enfin qu'aucune disposition régissant la procédure devant le Conseil d'Etat ne permet expressément le traitement confidentiel, à l'égard d'une partie à la procédure, de certaines informations figurant dans les pièces transmises.

L'avocat général identifie ensuite trois intérêts en conflit : la transparence et le contrôle effectif, le droit à une procédure équitable et le droit à la protection des secrets d'affaires. Tout comme l'a fait la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 19 septembre 2007, l'avocat général opère une balance d'intérêts entre les intérêts susmentionnés et propose ce qu'il qualifie lui-même de « *solution raisonnable et pragmatique* »⁶¹ au niveau des procédures de recours en matière de marchés publics : « *dans les procédures de recours en matière de passation de marché public du type de celle en cause dans la présente affaire, l'instance de recours pourrait examiner isolément, à titre liminaire, toute pièce litigieuse, et ne verser au dossier accessible à toutes les parties principales que les seules pièces jugées nécessaires à la solution du litige pendant devant elle. Il conviendrait de ne pas prendre en considération les pièces n'ayant pas été versées au dossier. Certaines pièces pourraient cependant être versées au dossier avec des éléments masqués, tronqués ou modifiés de toute autre manière de façon à assurer la protection de secrets d'affaires, si la juridiction concernée estimait que la divulgation de l'intégralité de la pièce en question porterait véritablement atteinte aux intérêts légitimes de la partie ayant sollicité le traitement confidentiel des informations en cause. Une solution raisonnable et pragmatique pourrait consister à ce que l'instance de recours demande à la partie en possession de la pièce de fournir une version non confidentielle susceptible d'être communiquée à l'autre partie ou, le cas échéant, aux autres parties – en veillant elle-même à ce que les omissions se limitent aux seuls éléments véritablement confidentiels qui n'apparaissent pas nécessaires à la solution du litige. Dans un tel cas, même si l'instance de recours a pris connaissance de pièces non divulguées à certaines parties, elle devrait veiller à ne pas faire usage de ces pièces d'une manière susceptible de porter atteinte aux droits des parties en question à une procédure équitable et à une égalité des armes* ».

L'avocat général prend enfin la précaution de rappeler que cette solution qu'il qualifie lui-même de « *pragmatique* » ne revêt pas de valeur juridique contraignante à l'égard d'une juridiction nationale.

Pour finir, l'avocat général formule trois observations. Premièrement, il est, selon lui, clair que, dès que l'article 11 de la loi du 15 juin 2006 entrera en vigueur, l'obligation de protéger la confidentialité des secrets d'affaires dans le cadre des procédures de recours sera explicite en Belgique. Deuxièmement, le Conseil d'Etat a déjà suivi une approche similaire dans une affaire précédente⁶². Troisièmement, la réponse de la Cour constitutionnelle est largement conforme à ce qu'il propose comme solution puisque « *après avoir examiné les principes généraux du droit à un procès équitable, sous l'angle du principe du contradictoire, et le droit à la protection des secrets d'affaires, cette juridiction a conclu que le Conseil d'Etat*

⁶⁰ Arrêts C.E., 14 décembre 1999, n°84.102 ; C.E., 23 décembre 1999, n°83.593 ; C.E., 21 mars 2000, n°86.150 et C.E., 6 mai 2003, n°119.018.

⁶¹ Concl. de l'avocat général SHARPSTON du 25 octobre 2007 dans l'affaire C-450/06 Varec c/Etat belge, p.7.

⁶² C.E., 22 octobre 2004, n°137.993.

devrait pouvoir apprécier la confidentialité des informations en faisant la balance entre les exigences de ces deux droits ».

B. Évolution jurisprudentielle : l'exigence de motivation formelle des décisions prises dans le cadre de la passation des marchés publics

12. Extension de l'obligation de motivation formelle

Depuis l'entrée en vigueur de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, les exigences d'une motivation adéquate, notamment en matière de passation de marchés publics, se sont révélées redoutables, singulièrement si elles sont combinées avec les exigences liées au respect des secrets de fabrication et du secret des affaires.

Un pouvoir adjudicateur peut-il rédiger une décision de sélection qualitative et d'attribution répondant aux exigences de motivation formelle sans violer le respect dû au secret de fabrication et au secret des affaires ? Dans l'état actuel de la jurisprudence, une réponse négative s'impose.

Lors de la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur est mis en possession de documents financiers (comptes publiés) ou économiques (ratios financiers, stratégie à court et long terme), commerciaux (références pertinentes qui peuvent impliquer l'identité et le degré de satisfaction des principaux clients des entreprises). Il est censé les analyser pour opérer un choix et expliquer ses raisons. Par définition, les explications écrites impliqueront le maniement de données et la formulation de jugements de valeurs, susceptibles de nuire aux entreprises qui en font l'objet et d'être exploités de manière négative par les concurrents.

Lors de la comparaison des offres et du choix de l'adjudicataire, l'analyse des données techniques (susceptibles d'être couvertes soit par le secret de fabrication soit par le secret des affaires) est au cœur de l'analyse. Or, le Conseil d'Etat est particulièrement exigeant en termes de motivation formelle : un classement ou des points accordés ne suffisent pas à éclairer les choix⁶³ ; encore faut-il énoncer les raisons concrètes qui sous-tendent les notations ou le classement. Ces raisons concrètes impliquent à nouveau l'énoncé de données susceptibles de relever du secret de fabrication ou du secret des affaires. Il en va également ainsi lors du contrôle de la normalité des prix. Si la décision se réfère à un document technique, comme un rapport de comparaison, souvent plus détaillé et explicite sur les raisons concrètes des choix, ce document doit être communiqué en même temps que la décision selon une jurisprudence constante⁶⁴. S'il s'agit d'énoncer de manière précise les points forts et les points faibles de toutes les offres⁶⁵, il est inévitable de dévoiler des éléments relevant du secret de fabrication ou des affaires.

⁶³ Voy. not., C.E., 18 novembre 2005, S.A. Walonne de Photogrammetrie et al. c/ Région wallonne, n°151.452 ; C.E., 6 février 2006, S.A. (droit français) Constructions industrielles de la Méditerranée et al. c/S.C.R.L. Association intercommunale de traitement des déchets de la Région liégeoise-Intradel, n°154.549, et C.E., 7 mars 2006, S.A. (droit français) Constructions industrielles de la Méditerranée et al. c/S.C.R.L. Association intercommunale de traitement des déchets de la Région liégeoise-Intradel, n°155.931.

⁶⁴ Par ex., C.E., 16 décembre 2005, S.A. Modal Voice Networks C/S.C.R.L., Intercommunale de santé publique du pays de Charleroi, n°152.843.

⁶⁵ *Ibid.*

L'évolution jurisprudentielle relative à la protection du secret des affaires dans le cadre du contentieux paraît dès lors bien anecdotique par rapport aux contraintes de l'obligation de motiver formellement les décisions en matière de marché public.

La Cour constitutionnelle a reconnu la constitutionnalité des articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat interprétés en ce sens qu'ils 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'ils 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.

Dans la suite de cette jurisprudence, les exigences relatives à la motivation formelle des actes pris dans le cadre de l'attribution des marchés publics devraient également s'assouplir. En effet, la confidentialité de certaines informations implique également qu'elles ne puissent être consignées dans un document destiné à être communiqué sans autre précaution. Aussi, les rapports de comparaison des offres et les décisions d'attribution devraient logiquement pouvoir être communiqués de manière différenciée en fonction de leur destinataire, ce que prévoit la législation mais qui n'a jamais été admis par le Conseil d'Etat à notre connaissance⁶⁶.

Les conclusions de l'avocat général illustrent parfaitement l'impossibilité de résoudre les tensions contradictoires et n'offrent, en définitive, guère de pistes concrètes nouvelles. Il va de soi que seules les pièces nécessaires à la solution du litige doivent être rendues accessibles aux parties, mais comment décider celles qui peuvent être masquées, tronquées ou modifiées afin d'assurer le secret des affaires ? Peut-on renvoyer la responsabilité au soumissionnaire d'indiquer lui-même ce qui relève des divers secrets protégés ? Comment réagir s'il décide, dans cette hypothèse, que toute son offre est de cette nature dès lors que le marché n'est pas notifié ? La solution qui consiste à demander la production par l'auteur d'une version non confidentielle ne résout rien du point de vue du débat contradictoire : l'adversaire se méfiera, par définition, de cette seconde version qui n'intéressera personne. Autre impossibilité, l'instance de recours qui aurait pris connaissance d'une pièce confidentielle, ne pourra l'utiliser d'une manière susceptible de porter atteinte aux droits des parties en question à une procédure équitable et à une égalité des armes ! Si cela signifie qu'il ne pourra pas faire état de la pièce, quel est l'intérêt de pouvoir en prendre connaissance ? Et si la consultation de cette pièce participe à la formation de sa conviction de juge, comment pourra-t-il, lui-même, motiver légalement son jugement ?

Conclusions : des valeurs inconciliables ?

Toujours soucieux d'assurer une certaine efficacité du contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics, les différents législateurs et magistrats de nombreux Etats membres et de l'Union européenne ont minimisé la difficulté d'intégrer la finalité du processus de passation : une mise en concurrence efficace.

⁶⁶ La question est clairement posée dans une affaire en cours.

Cette dernière suppose, comme tout processus concurrentiel, que les entreprises n'aient pas connaissance d'informations stratégiques de leurs concurrents, avant, pendant ou immédiatement après une compétition.

Dans son état actuel, le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics ne permet pas pareil processus de mise en compétition. Les dernières réformes accentuent le problème puisque la contestation se noue avant la conclusion du marché avec la conséquence très concrète de devoir communiquer des offres ou des données contenues dans des offres à des entreprises qui sont en compétition pour l'obtention d'un marché. Le temps des procédures juridictionnelles, les obstacles inattendus à la notification, peuvent impliquer l'obligation de recommencer une procédure alors que toutes les offres sont connues de tous les participants.

Et si le conflit juridictionnel était devenu un élément de plus d'une concurrence aussi féroce que « mortifère »⁶⁷ entre les entreprises, sans plus nécessairement servir ni le droit, ni la justice ?

Il ne s'agirait, sans doute, qu'un paradoxe de plus du contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics qui est passé du platonique au bestial, l'air de rien !

⁶⁷ La compétition et la concurrence peuvent être qualifiées de mortifère en ce qu'elles impliquent, en elles-mêmes, la disparition des unités les plus faibles, dans la théorie classique du fonctionnement des marchés.