

Commission d'accès aux documents administratifs

Avis

En cause : La S.A. STERIA BENELUX

1. Objet de la demande

La S.A. STERIA BENELUX sollicite l'avis de la Commission sur sa demande d'accès aux documents suivants :

- les décisions d'attribution des marchés publics relatifs, d'une part, à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012 et, d'autre part, à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES à l'occasion du même scrutin ;
- l'avis de marché et le cahier spécial des charges relatifs à ce second marché pour l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES à l'occasion du scrutin du 14 octobre 2012.

2. Procédure

1. Le 28 septembre 2012, la S.A. STERIA BENELUX adresse un courrier recommandé avec accusé de réception au Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale (administration des Pouvoirs locaux), afin d'obtenir une copie des documents suivants :

- « - la décision motivée d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012 ; et
- la décision motivée d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek ».

Elle sollicite également « une copie des cahiers spéciaux des charges, qui ont été émis par [l'] administration dans le cadre de la passation de ces marchés, ainsi que de tout acte posé par [l'] administration dans le cadre de ces différentes procédures ».

2. Le 5 novembre 2012, l'administration apporte une réponse circonstanciée à cette demande.

Concernant le marché relatif à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012, l'administration indique qu'il a été passé par un appel d'offres général, auquel la société STERIA BENELUX n'a pas participé ; elle s'étonne, dès lors, de son intérêt actuel pour les documents relatifs à la passation du marché.

Concernant le marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES, l'administration indique qu'il a été attribué selon la procédure négociée sans publicité, parce que, d'une part, seule la société STESUD dispose du matériel JITES et parce que, d'autre part, il n'atteint pas le seuil de 67.000 euros.

L'administration apporte une réponse favorable à la demande, en tant qu'elle porte sur l'avis de marché et sur le cahier spécial des charges relatifs à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012.

En revanche, elle ne fait pas droit à la demande, en tant qu'elle porte sur :

- la décision motivée d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012 ;
- la décision motivée d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek ;
- le cahier spécial des charges ainsi que tout acte posé dans le cadre la passation du marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek attribué selon la procédure négociée à la société STESUD, seul fournisseur du matériel JITES.

En substance, l'administration fonde son refus sur les considérations suivantes :

- le marché relatif à l'assistance technique dans les communes a été attribué selon la procédure négociée sans publicité et les documents existants sont couverts par le secret d'affaires et la confidentialité ;
- le législateur a prévu, dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, modifiée par la loi du 23 décembre 2009, un régime spécifique d'accès aux documents administratifs en matière de marchés publics ;
- à supposer que l'ordonnance s'applique en dépit de l'existence d'une norme spécifique, la demande d'accès aux décisions motivées ne répond ni aux conditions de la loi du 24 décembre 1993, ni à celles de l'ordonnance du 30 mars 1995 ;
- l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 et l'article 25 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (pour les marchés d'un montant inférieur à 67.000 euros) démontrent de manière éloquent la volonté du législateur de limiter la communication à ce qui est nécessaire pour le soumissionnaire concerné ; faire droit à la demande reviendrait à communiquer à une entreprise qui n'a pas participé à la procédure davantage que ce qui doit être communiqué aux soumissionnaires non sélectionnés ou dont l'offre a été déclarée irrégulière ;
- à titre surabondant, tant la réglementation sur les marchés publics que l'ordonnance du 30 mars 1995 établissent des exceptions au droit d'accès, notamment en vue de protéger le secret d'affaires et la confidentialité, qui imposent à l'autorité de refuser l'accès à un document ; « en l'espèce, les décisions d'attribution dont il est question et les documents relatifs au marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek, contiennent des informations couvertes par le secret d'affaires et la confidentialité, notamment concernant les prix des soumissionnaires ou leur fonctionnement interne » ; en particulier « si l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 permet à l'autorité administrative de refuser l'accès à un document en vertu du secret d'affaires, l'article 10, § 1, de l'ordonnance impose à l'administration de rejeter la demande d'accès, contrairement aux cas prévus à l'article 10, § 3, de l'Ordonnance » ;
- enfin, la S.A. STERIA BENELUX est étrangère à la passation des deux marchés publics ; elle n'aperçoit dès lors pas l'intérêt individuel, certain, direct et légitime qui motive cette demande d'accès.

3. Le 26 novembre 2012, la S.A. STERIA BENELUX adresse une demande de reconsidération à l'administration. Le même jour, elle adresse, également par courrier recommandé, une demande d'avis à la Commission.

4. A la demande de la Commission, l'administration a transmis, sous le couvert de la confidentialité, les documents visés par la demande.

3. Recevabilité de la demande

La demande concerne des documents administratifs au sens de l'article 3, 2°, de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration (ci-après « l'ordonnance »), dont dispose une autorité administrative régionale au sens des articles 2, 1°, et 3, 1° de l'ordonnance.

La demande d'avis a été introduite auprès de la Commission, simultanément à l'envoi d'une demande de reconsidération à l'administration, conformément à l'article 20, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance.

La demande est recevable.

4. Examen de la demande

A. *L'articulation de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration avec les dispositions de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services quant à « l'information des candidats et des soumissionnaires » (art. 65/7 à 65/10 et 65/29)*

1. « La législation générale sur l'accès à l'information coexiste [...] avec maintes dispositions qui ont pour objet de régler la même question dans un domaine spécifique, c'est-à-dire à propos de certains types de documents administratifs »¹. le cadre des marchés publics².

Il s'agit, en particulier, de l'article 65/8, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993³, qui dispose – fédérales – relatives à l'information des soumissionnaires dans 24 décembre 1993³, qui dispose comme suit:

« § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};

2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;

¹ D. DEOM, T. BOMBOIS, L. GALLEZ, « Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs », in *L'accès aux documents administratifs* (Dir. D. RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 204.

² Comme le souligne la doctrine, « dans la passation des marchés publics, une certaine idée de la transparence est antérieure à la consécration constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs et à la montée en puissance de l'idée de transparence administrative » (A.L. DURVIAUX, « Le droit d'accès aux documents administratifs et les marchés publics », in *L'accès aux documents administratifs* (Dir. D. RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 725.

³ Rendu applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils européens par l'article 65/29.

3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée ».

Il s'agit également, pour les marchés n'atteignant pas le seuil de 67.000 euros, de l'article 25, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996⁴ :

« § 1^{er}. Les articles 65/4, 65/5, 65/7, 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65/9 de la loi ne sont pas applicables aux marchés dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas 67.000 euros, quelle que soit la procédure de passation.

§ 2. Pour les marchés visés au paragraphe 1^{er}, le pouvoir adjudicateur établit une décision motivée:

- 1° pour la sélection, quand la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;
- 2° pour l'attribution du marché;
- 3° lorsqu'il renonce à la passation d'un marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit :

1° tout candidat non sélectionné de sa non-sélection, lorsque la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation et ce, dès qu'il a pris la décision motivée de sélection;

2° tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné de sa non-sélection, tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ou n'a pas été choisie, du rejet de son offre ou du fait qu'elle n'a pas été choisie, et le soumissionnaire retenu, de la décision relative à son choix et ce, dès qu'il a pris la décision d'attribution.

Les informations fournies au soumissionnaire retenu telles que visées à l'alinéa 2, 2°, ne créent aucun engagement contractuel.

Dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi des informations visées à l'alinéa 2, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit au pouvoir adjudicateur de lui communiquer les informations complémentaires suivantes :

1° tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné : les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée : les motifs du rejet, extraits de la décision motivée;

3° tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue et l'adjudicataire : la décision motivée.

Le pouvoir adjudicateur communique par écrit ces informations complémentaires dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.

Le pouvoir adjudicateur peut cependant utiliser les modalités de l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi et joindre à l'information, selon le cas, les motifs indiqués à l'alinéa 2 ci-dessus. La décision motivée est jointe à l'information lorsque le pouvoir adjudicateur rend applicable l'article 65/11, alinéa 1^{er}, de la loi, conformément à l'article 65/30, alinéa 2, de la même loi ».

⁴ Adopté en vertu de l'article 65/29 de la loi du 24 décembre 1993, qui dispose : « Les articles 65/4, 65/5, 65/7, 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 65/9 et 65/10 sont applicables aux marchés visés au présent titre. Le Roi peut prévoir des exceptions pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants ».

Ces dispositions, relatives à l'information des soumissionnaires dans le domaine des marchés publics dérogent-elles à celles consacrées par les législations fédérale, communautaires et régionales relatives à la publicité de l'administration ?

2. L'article 32 de la Constitution consacre le droit de chacun « de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle fixée à l'article 134 ».

Selon la Cour constitutionnelle :

« En déclarant, à l'article 32 de la Constitution, que chaque document administratif – notion qui, selon le Constituant, doit être interprétée très largement – est en principe public, le Constituant a érigé le droit à la publicité des documents administratifs en un droit fondamental.

Des exceptions au principe de la publicité des documents administratifs ne sont possibles que dans les conditions fixées par la loi, le décret ou l'ordonnance. Elles doivent être justifiées et sont de stricte interprétation (*Doc. Parl., Sénat, 1991-1992, n° 100-49/2°, p. 9*) »⁵.

3. L'on doit tout d'abord constater que l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration ne prévoit aucune exception ou limitation au droit d'accès, en cas d'application de dispositions spécifiques consacrant une obligation d'information plus ciblée, telles que les dispositions relatives à l'information des candidats et soumissionnaires ayant participé à un marché public⁶.

A l'inverse, les dispositions législatives et réglementaires qui concrétisent le droit à l'information des candidats et soumissionnaires ayant participé à un marché public n'écartent pas expressément les législations fédérale, communautaires et régionales relatives à la publicité de l'administration. Les travaux préparatoires de ces dispositions ne témoignent pas non plus d'une quelconque intention de déroger aux législations relatives à la publicité de l'administration.

4. Les deux législations ont une portée distincte et couvrent des champs d'application qui ne se recoupent que partiellement⁷.

La loi du 24 décembre 1993 impose aux *autorités adjudicatrices* une obligation d'*information active, limitée* quant à son objet, au profit des seuls *candidats et soumissionnaires évincés* d'un marché public ; tandis que l'ordonnance du 30 mars 1995 impose aux *autorités administratives* une obligation d'*information passive* au profit de *tout administré* demandant de pouvoir prendre connaissance de *tout document administratif* émanant d'une autorité administrative régionale.

Dans le premier cas, l'autorité adjudicatrice doit, spontanément et immédiatement communiquer [des extraits de] la décision motivée d'attribution aux candidats et

⁵ C. Arb., arrêt n° 150/2004 du 15 septembre 2004, B.3.2.

⁶ En revanche, l'article 22 précise que « la présente ordonnance ne préjudicie pas aux dispositions législatives qui prévoient une publicité plus étendue de l'administration ».

⁷ Rapport 2011 de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs - Section publicité de l'administration, p. 26 : « La Commission souhaite ici attirer une attention particulière sur deux lois qui ont des conséquences sur la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Il s'agit d'abord [...]. Ensuite, la Commission souhaite attirer l'attention sur l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, telle que modifiée par la loi du 23 décembre 2009 (M.B. du 28 décembre 2009). Dans ce cas, le manque de clarté de la formulation et la confusion entre la publicité et un droit d'information spécifique pour les soumissionnaires engendrent également de nombreux problèmes d'interprétation et d'application. Cette disposition est entrée en vigueur le 25 février 2010 par l'article 76 de l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B. du 16 février 2010) ».

soumissionnaires intéressés⁸. Dans le second cas, l'administration doit répondre, en principe dans un délai de trente jours, à la demande d'accès à un document administratif quelconque qui lui est adressée par un administré.

La thèse de l'administration, selon laquelle les dispositions relatives à l'information des soumissionnaires dans le domaine des marchés publics dérogeraient à celles consacrées par les législations relatives à la publicité de l'administration, ne peut être retenue.

Les deux législations doivent, le cas échéant être appliquées cumulativement. Les autorités adjudicatrices, soumises à l'obligation d'information des soumissionnaires, doivent, lorsqu'elles revêtent la qualité d'autorités administratives, appliquer – en outre – les dispositions générales relatives à la publicité de l'administration⁹.

La Commission doit donc donner un avis, en l'espèce, sur l'application de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration.

B. L'intérêt requis pour obtenir la copie d'un document administratif, sur la base de l'ordonnance du 30 mars 1995

1. L'article 8 de l'ordonnance du 30 mars 1995 dispose comme suit:

« Chacun, selon les conditions prévues par la présente ordonnance, peut prendre connaissance sur place de tout document administratif émanant d'une autorité administrative régionale, obtenir des explications à son sujet et en recevoir communication sous forme de copie.

Pour les documents à caractère personnel, le demandeur doit justifier d'un intérêt ».

2. Comme le souligne la demanderesse, l'article 3, 3°, de l'ordonnance définit le « document à caractère personnel » comme étant un « document administratif comportant une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer un préjudice à cette personne ».

Ni les décisions d'attribution de marchés publics relatifs, respectivement, à la fourniture d'un logiciel et à des services d'assistance technique, ni le cahier spécial des charges d'un marché public (quel qu'il soit) ne répondent à la définition de « document à caractère personnel ».

En conséquence, la demanderesse n'a pas à justifier d'un intérêt particulier, pour prendre connaissance de ces documents administratifs.

C. L'exception au droit d'accès fondée sur le caractère confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité

1. L'article 10, § 1^{er}, de l'ordonnance du 30 mars 1995 dispose comme suit:

« § 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 constate que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants :

⁸ En tout cas en dessous du seuil de 67.000 euros

⁹ I. COOREMAN et K. PHILIPS « Informatieverplichting van de aanbestedende overheid en openbaarheid van bestuur in het kader van de gunning van overheidsopdrachten », in *Jaarboek overheidsopdrachten – Chronique des marchés publics 2008 – 2009*, p. 479 : « Naast de specifieke regels op het verlenen van informatie aan de deelnemers van een gunningsprocedure voorzien in de Overheidsopdrachtenreglementering zijn de aanbestedend en overheden als 'bestuurinstanties' eveneens onderworpen aan de algemene regelgeving van de 'Openbaarheid van Bestuur' toepasselijk op elke bestuursinstantie in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taken ».

[...] 7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité;

[...] »

2. Par ailleurs, l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 admet la confidentialité de certains renseignements relatifs à des marchés publics et en interdit formellement la divulgation. Cette disposition, de valeur législative, constitue le cas échéant une exception, dans un domaine particulier, au droit d'accès aux documents administratifs¹⁰.

« § 1^{er}. 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.

§ 2. L'autorité adjudicatrice et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées par celle-ci, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'autorité adjudicatrice. »

3. Ces exceptions doivent, comme toutes les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées strictement. Elles ne permettent donc pas de refuser l'accès à l'ensemble du dossier administratif relatif à l'attribution d'un marché public.

Selon une analyse doctrinale approfondie, « les 'secrets d'affaires', qui pourraient être opposés à la publicité de l'administration [...] comprennent trois catégories d'informations. La première est celle des 'secrets de fabrique'. La deuxième est celle du 'savoir-faire'. La troisième constitue une catégorie résiduaire d'informations que nous appellerons, pour les besoins de la cause, le 'secret commercial' »¹¹.

Le « secret de fabrique » est défini comme « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabriquant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité d'une nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »¹².

« Le 'savoir-faire' qui ne constitue pas un secret de fabrique se distingue de ce dernier en ce qu'il s'agit d'un procédé technique qui ne sert pas à fabriquer un produit »¹³.

Enfin, le « secret commercial » peut être défini comme étant « toute information ou connaissance de nature commerciale, financière ou administrative (voire technique dans l'hypothèse où il ne s'agirait pas d'un secret de fabrication), ayant une valeur réelle pour l'entreprise qui les détient et

¹⁰ Le deuxième alinéa du paragraphe 2 soustrait expressément les documents relatifs à la passation d'un marché public à « l'accès aux documents administratifs », aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision.

¹¹ E. GONTHIER et M. VASTMANS, « Le secret d'affaires : un char à l'assaut de la transparence administrative, de la motivation formelle des actes administratifs et du principe du contradictoire ? », *A.P.T.*, 2010, p. 321.

¹² Cass. 27 septembre 1943, *Pas.* 1943, I, p. 358, cité par E. GONTHIER et M. VASTMANS, *ibid.*, p. 322.

¹³ *Ibid.*, p. 322.

qui, de ce fait, bénéficie d'une protection contre leur divulgation à tout tiers susceptible de nuire à ses intérêts »¹⁴.

« A titre d'exemples d'informations pouvant constituer des 'secrets commerciaux', l'on peut citer des méthodes de calcul des coûts de fabrication, les sources d'approvisionnement d'une entreprise, la quantité produite et vendue, les parts de marché, les fichiers clients ou de distributeurs, une stratégie commerciale, la structure du coût et du prix d'un produit ou d'un service, une politique de vente, un plan de restructuration, les tarifs préférentiels dont bénéficie une entreprise ou encore des données relatives à sa rentabilité, telles que son chiffre d'affaires »¹⁵. A cet égard, les mêmes auteurs précisent qu' « aucune de ces informations ne constitue, par essence, un 'secret commercial'. Il convient de vérifier, dans chaque cas d'espèce, le caractère secret et l'avantage concurrentiel réel que l'information en cause procure à son détenteur ».

4. L'on n'aperçoit pas comment un avis de marché ou un cahier spécial des charges, rédigés par l'autorité adjudicatrice, contiendraient « des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité » (art. 10, § 1^{er}, de l'ordonnance du 30 mars 1995) ou des « renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services »¹⁶ (art. 65/10, § 2, de la loi du 24 décembre 1993).

La Commission est d'avis que les documents du marché relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek, sont intégralement soumis au droit d'accès.

5. La décision d'attribution d'un marché public fait également partie des documents en principe communicables. Un conflit entre la transparence administrative et la confidentialité peut toutefois se poser lorsque la décision d'attribution révèle des éléments confidentiels des offres.

- En l'occurrence, la décision d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à la fourniture du logiciel de vote automatisé lié au scrutin communal du 14 octobre 2012 ne contient, à première vue, aucun secret de fabrication (ou de 'savoir-faire'). Elle annonce, en revanche, le prix global de l'offre de STESUD.

- La décision d'attribuer à la société anonyme STESUD le marché public relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin communal ne contient pas non plus, à première vue, de secret de fabrication (ou de 'savoir-faire'). Elle annonce, en revanche, non seulement le prix global de l'offre de STESUD, mais aussi le détail de ce prix.

La Commission est d'avis que le prix global d'une offre ne relève pas « des informations d'entreprise » couvertes par la confidentialité ou, pour reprendre une expression plus générale, du « secret d'affaires »¹⁷. En adjudication, le prix global des offres doit être proclamé publiquement le jour de l'ouverture des offres. En appel d'offres, il constitue le plus souvent un

¹⁴ J.P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122, cité par E. GONTHIER et M. VASTMANS, *ibid.*, p. 323.

¹⁵ E. GONTHIER et M. VASTMANS, *ibid.*, p. 323, se référant à J.P. BUYLE, *ibid.*

¹⁶ Italiques ajoutés par la Commission.

¹⁷ En ce sens, voy. not. K. MAN « Over de toepassing van het beginsel van de openbaarheid van bestuur en het transparantiebeginsel in het raam van de gunning van overheidsopdrachten », *C.D.P.K.*, 2008, p. 601, qui se réfère aux décisions des instances de recours instituées par les décrets de la Communauté flamande 18 mai 1999 et du 26 mars 2004 relatifs à la publicité de l'administration : "Zo werd geoordeeld dat individuele offertes en inzonderheid éénheidsprijzen van inschrijvers, in het kader van een openbare aanbesteding, als vertrouwelijke ondernemingsgegevens moeten worden beschouwd en om die redenen niet voor openbaarmaking in aanmerking komen. [...] Een algemene offerteaanvraag dat slechts totaalprijzen voor de gehele opdracht bevat, kan wel worden openbaar gemaakt volgens de beroepsinstantie".

critère d'attribution et fait donc l'objet d'une comparaison dans la décision d'attribution du marché.

En revanche, la structure, le mode de calcul ou le détail du prix peuvent constituer « des informations d'entreprise » couvertes par la confidentialité ou le « secret d'affaires ».

La Commission est d'avis que seuls les prix unitaires contenus dans la décision d'attribution du marché relatif à l'assistance technique peuvent être soustraits à la publicité, sur la base de l'article 10, § 1^{er}, 7^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

6. Eu égard au nombre apparemment restreint d'entreprises actives dans le secteur concerné, la Commission estime que le prix global de chaque offre déposée dans le cadre des deux marchés relève, dans ce cas précis, de l'exception – plus large – contenue à l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993, en ce que leur communication pourrait « nuire à une concurrence loyale entre entreprises ».

7. La Commission suggère de faire application de l'article 11 de l'ordonnance, selon lequel « lorsque, en application de l'article 10, §§ 1^{er} à 3, un document administratif ne doit ou ne peut être soustrait que partiellement à la publicité, la consultation, l'explication ou la communication sous forme de copie est limitée à la partie restante », et de masquer les prix unitaires et globaux des deux décisions d'attribution.

Conclusion

- La Commission est d'avis que les documents du marché relatif à l'assistance technique dans les communes pour le matériel JITES le jour du scrutin pour les communes de Woluwe-Saint-Lambert, Saint-Josse-Ten-Noode et Etterbeek, sont soumis au droit d'accès aux documents administratifs.

- La Commission est d'avis les décisions d'attribution des deux marchés sont soumises au droit d'accès aux documents administratifs, sous réserve des prix unitaires et globaux qu'elles contiennent et qui peuvent être soustraits à la publicité, sur la base de l'article 10, § 1^{er}, 7^o, de l'ordonnance du 30 mars 1995.

La Commission a formulé cet avis en sa séance du 19 décembre 2012, sur rapport de Mme Willemart. Étaient présents : M. M. Leroy, Président, Mmes V. Goret et E. Willemart, membres et Mme K. Maerten, secrétaire.

La Secrétaire,

Le Président,

Karolien Maerten

Michel Leroy