

l'initiative de certaines administrations communales, permettant d'y inscrire les fœtus accouchés sans vie ne répondant pas aux conditions nécessaires pour pouvoir faire dresser un acte de déclaration d'enfant sans vie¹⁹⁰. Parallèlement à cette mesure spécifique, dont pourrait utilement s'inspirer le droit belge, la démarche adoptée par certains hôpitaux permet également de soutenir les parents dans leur processus de deuil. En effet, les hôpitaux, confrontés au vide juridique dans lequel se trouvent les fœtus de moins de 180 jours, développent des projets de qualité concernant la prise en charge globale de l'accompagnement du deuil. « Eu égard à la loi, les fœtus de moins de 180 jours n'ont pas d'existence légale, c'est-à-dire pas de noms dans les registres de population, pas de date de naissance ni de décès. Pourtant, pour les parents, lorsque la grossesse s'arrête, à la suite d'une fausse couche tardive ou à une mort *in utero*, il y a eu vie, source de rêves et d'espoir. Face à ce vide entre la loi et la réalité, le deuil s'avère difficile à traverser »¹⁹¹. Ainsi, les parents se voient proposer, mais pas imposer, la possibilité de se recueillir auprès du corps (qui constitue « la stèle du tout petit ») la possibilité, avec l'aide du personnel soignant, d'élaborer une « carte souvenir » de l'enfant jointe au dossier médical de ce dernier. L'accompagnement vise aussi le soutien de la fratrie, cette dernière se voyant offrir une valisette de l'hôpital contenant des livres à dessiner et à colorier afin d'imaginer le décès¹⁹².

35. Autant de démarches émanant de la pratique et comblant le vide juridique ou les limites découlant des réglementations juridiques. Si ces démarches sont honorables à plus d'un titre, il faudra sans doute que les législateurs français et belge se penchent à nouveau sur la question de la reconnaissance du deuil périnatal même s'ils l'ont déjà fait à plusieurs reprises^{193 194}...

Maïté BEAGUE

Assistante au Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine de l'U.C.L.
Juriste au sein de l'équipe S.O.S. Enfants-Famille
des Cliniques universitaires Saint-Luc

(190) *Cfr supra*, n° 8.

(191) Article de presse : « Inauguration de la stèle "A nos tout-petits" réalisée dans le cadre du projet "Deuil périnatal" de la clinique Saint-Vincent à Rocourt », communiqué de presse du 24 juin 2005, contact presse M. Lebrun. Article disponible en ligne sur le site de la clinique Saint-Vincent, rubrique presse, <http://www.chc.be>.

(192) Article de presse : « Inauguration de la stèle "A nos tout-petits" réalisée dans le cadre du projet "Deuil périnatal" de la clinique Saint-Vincent à Rocourt », communiqué de presse du 24 juin 2005, contact presse M. Lebrun. Article disponible en ligne sur le site de la clinique Saint-Vincent, rubrique presse. <http://www.chc.be>.

(193) Par l'adoption respective, en droit français et en droit belge, de la loi du 8 janvier 1993 ayant inséré l'article 79-1 du Code civil français (loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *op. cit.*) et de la loi du 27 avril 1999 ayant introduit l'article 80bis dans le Code civil belge (loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *op. cit.*).

(194) Nous tenons à remercier Jean-Louis Renchon pour les précieuses remarques qu'il a pu formuler à l'égard de la présente contribution.

**MARCHÉS PUBLICS. —
Recours efficace
contre la décision d'attribution. —
Protection du secret des affaires. —
Principe du contradictoire. —
Mise en balance des intérêts.**

C.J.C.E. (3^e ch.), 14 février 2008

Siég. : A. Rosas (prés. ch.), J.N. Cunha Rodrigues (rapp.), J. Klucka, P. Lindh et M.A. Arabadjev.

Min. publ. : E. Sharpston (av. gén.).

Plaid. : MM^{es} J. Bourtembourg, C. Molitor, N. Cahen, A. Hubert (agent gouv. belge), M. Fruhmant (agent gouv. autrichien), B. Stromsky et D. Kukovec (agents Commission).

(arrêt n° C-450/06 - Varec).

L'instance responsable du 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 le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.

(Extraits)

31. La directive 89/665 ne contient aucune disposition qui règle explicitement la question de la protection des informations confidentielles. A cet égard, il est nécessaire de se reporter aux dispositions générales de cette directive, et notamment à son article 1^{er}, § 1^{er}.

32. Cette dernière disposition prévoit que les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application notamment de la directive 93/36, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

33. La directive 89/665 ayant pour objet d'assurer le respect du droit communautaire en matière de marchés publics, il y a lieu d'interpréter son article 1^{er}, § 1^{er}, à la lumière tant des dispositions de la directive 93/36 que des autres dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics.

34. L'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics comprend l'ouverture à la concurrence non faussée dans

tous les États membres (voy., en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, *Rec.*, p. I-1, point 44).

35. Pour atteindre cet objectif, il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence, soit dans une procédure de passation en cours, soit dans des procédures de passation ultérieures.

36. En outre, tant par leur nature que selon le système de la réglementation communautaire en la matière, les procédures de passation de marchés publics sont fondées sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques qui participent à celles-ci. Ces derniers doivent pouvoir communiquer à ces pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs.

37. Pour ces raisons, l'article 15, § 2, de la directive 93/36 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs.

38. Dans le cadre spécifique de la communication à un candidat ou à un soumissionnaire écarté des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que dans celui de la publication de l'avis d'attribution d'un marché, les articles 7, § 1^{er}, et 9, § 3, de ladite directive reconnaissent aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de ne pas communiquer certaines informations lorsque leur divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs.

39. Certes, ces dispositions visent la conduite des pouvoirs adjudicateurs. Il convient néanmoins de reconnaître que leur effet utile serait gravement compromis si, lors d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, l'ensemble des informations relatives à cette procédure de passation devait, sans aucune limitation, être mis à la disposition de l'auteur de ce recours, voire même d'autres personnes telles que des parties intervenantes.

40. Dans une telle hypothèse, la simple introduction d'un recours donnerait accès à des informations qui pourraient être utilisées pour fausser la concurrence ou pour nuire aux intérêts légitimes d'opérateurs économiques ayant participé à la procédure de passation du marché public en cause. Une telle possibilité pourrait même inciter des opérateurs économiques à former des recours dans le seul but d'accéder aux secrets d'affaires de leurs concurrents.

41. Dans un tel recours, le défendeur est le pouvoir adjudicateur, l'opérateur économique dont les intérêts risquent d'être lésés n'étant pas nécessairement partie au litige ni appelé à la cause pour défendre ceux-ci. Pour cette raison, il est d'autant plus important de prévoir des mé-

canismes qui sauvegardent de manière adéquate les intérêts de tels opérateurs économiques.

42. Les obligations prévues par la directive 93/36 en ce qui concerne le respect de la confidentialité des informations par le pouvoir adjudicateur sont assumées, dans le cadre d'un recours, par l'instance responsable de la procédure de recours. L'exigence d'un recours efficace prévue à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665, lu en combinaison avec les articles 7, § 1^{er}, 9, § 3, et 15, § 2, de la directive 93/36, impose donc à cette instance de prendre les mesures nécessaires pour garantir l'effet utile de ces dispositions et, par ce moyen, d'assurer le maintien d'une concurrence loyale ainsi que la protection des intérêts légitimes des opérateurs économiques concernés.

43. Il s'ensuit que, dans le cadre d'une procédure de recours en matière de passation d'un marché public, l'instance responsable de cette procédure doit pouvoir décider que des informations contenues dans le dossier relatif à une telle passation ne sont pas transmises aux parties et à leurs avocats, si cela est nécessaire pour assurer la protection de la concurrence loyale ou des intérêts légitimes des opérateurs économiques voulue par le droit communautaire.

44. La question se pose de savoir si cette interprétation est conforme à la notion de procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « Convention »).

45. En effet, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, Varec a fait valoir devant le Conseil d'État que le droit à un procès équitable implique que soit garanti le caractère contradictoire de toute procédure juridictionnelle, que le principe du contradictoire constitue un principe général du droit, qu'il trouve un fondement dans l'article 6 de la Convention, et que ce principe implique le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toutes les pièces ou observations présentées au juge en vue d'influencer sa décision et de les discuter.

46. A cet égard, il y a lieu de souligner que l'article 6, § 1^{er}, de la Convention prévoit notamment que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial [...] ». D'après la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, le caractère contradictoire d'une procédure constitue l'un des éléments qui permettent d'apprécier le caractère équitable de celle-ci, mais il est susceptible d'être mis en balance avec d'autres droits et intérêts.

47. Le principe du contradictoire implique, en règle générale, le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance des preuves et des observations présentées devant le juge et de les discuter. Cependant, dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d'un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important (voy. C.E.D.H., arrêts *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-II, § 61, et *V. c. Finlande* du 24 avril

2007, non encore publié au *Recueil des arrêts et décisions*, § 75).

48. Parmi les droits fondamentaux susceptibles d'être ainsi protégés figure le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et est réaffirmé à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (J.O. C 364, p. 1) (voy., notamment, arrêts du 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, *Rec.*, p. I-2575, point 23, et du 5 octobre 1994, *X c. Commission*, C-404/92 P, *Rec.*, p. I-4737, point 17). Il ressort, à cet égard, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doit être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales (voy. C.E.D.H., arrêts *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, § 29; *Société Colas Est e.a. c. France* du 16 avril 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, § 41, ainsi que *Peck c. Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-I, § 57), activités qui peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public.

49. Par ailleurs, la Cour de justice a reconnu la protection des secrets d'affaires comme un principe général (voy. arrêts du 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c. Commission*, 53/85, *Rec.*, p. 1965, point 28, ainsi que du 19 mai 1994, *SEP c. Commission*, C-36/92 P, *Rec.*, p. I-1911, point 37).

50. Enfin, le maintien d'une concurrence loyale dans le cadre des procédures de passation de marchés publics constitue un intérêt public important dont la sauvegarde est admise en vertu de la jurisprudence citée au point 47 du présent arrêt.

51. Il en résulte que, dans le cadre d'un recours formé contre une décision prise par un pouvoir adjudicateur relative à une procédure de passation d'un marché public, le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation en cause qui ont été déposées devant l'instance responsable du recours. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires.

52. Le principe de la protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être mis en œuvre de manière à le concilier avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige (voy., par analogie, arrêt du 13 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04, *Rec.*, p. I-6675, point 40) et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, de manière à assurer que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.

53. A cette fin, l'instance responsable des recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y

compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires (voy., par analogie, arrêt *Mobistar*, précité, point 40).

54. Eu égard au préjudice extrêmement grave qui pourrait résulter de la communication irrégulière de certaines informations à un concurrent, ladite instance doit, avant de communiquer ces informations à une partie au litige, donner à l'opérateur économique concerné la possibilité de faire valoir le caractère confidentiel ou de secret d'affaires de celles-ci (voy., par analogie, arrêt *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c. Commission*, précité, point 29).

55. Dès lors, il convient de répondre à la question posée que l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665, lu en combinaison avec l'article 15, § 2, de la directive 93/36, doit être interprété en ce sens que l'instance responsable des recours prévus audit article 1^{er}, § 1^{er}, doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable.



OBSERVATIONS

La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt Varec de la Cour de justice

La société anonyme Varec poursuit devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision du ministre de la Défense nationale d'attribuer à la société Diehl un marché pluriannuel relatif à la livraison de 32.000 maillons de chenille pour véhicules blindés⁽¹⁾.

L'article 21 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat oblige la partie adverse à déposer, auprès du greffe du Conseil d'Etat, le dossier administratif reprenant « l'ensemble des documents qui ont été rassemblés en vue de la décision »⁽²⁾.

(1) Sur l'historique de ce qui constitue une véritable saga juridictionnelle, voy. Th. BOMBOIS et Ch. DUBOIS, « La chenille et le référé - Quelques observations sur le contrôle de la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004, pp. 296 et s.

(2) M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 557 et les précisions qui y sont mentionnées.

Afin de garantir le caractère contradictoire de la procédure, ce dossier peut être consulté par toutes les parties à la cause. A défaut pour la partie adverse de s'exécuter dans le délai imparti, les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ceux-ci soient manifestement inexacts³. Or, en l'espèce, le ministre de la Défense refuse de transmettre au Conseil d'Etat la copie de plans annexés à l'offre de la société Dhiei au motif que ces plans contiennent des secrets d'affaires. Confronté à cet incident, le Conseil d'Etat pose deux questions préjudicielles.

La première d'entre elles est adressée à la Cour constitutionnelle. Elle porte sur la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée des articles 21 et 23⁴ des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat si ces dispositions sont interprétées comme imposant le dépôt de l'intégralité du dossier administratif, en ce compris les secrets d'affaires qui y sont contenus. Le juge constitutionnel rend son arrêt le 19 septembre 2007 (publié ci-après, p. 432).

La seconde question s'adresse à la Cour de justice. Il s'agit d'une question non plus en validité, mais en interprétation de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665 (ci-après : directive « recours »)⁵. Cet article prévoit l'existence d'un recours efficace contre la décision d'attribution d'un marché public. Faut-il toutefois l'interpréter comme imposant à la juridiction, saisie d'un tel recours, de préserver les secrets d'affaires qui lui sont communiqués au détriment du caractère contradictoire de la procédure?

Dans son arrêt du 14 février 2008, la Cour de justice confie au juge national le soin de procéder à la balance des intérêts contradictoires protégés par le principe du secret des affaires, d'une part, et par le principe du contradictoire, d'autre part. Le raisonnement du juge communautaire s'articule en deux temps. Il détermine tout d'abord l'interprétation qu'il convient de donner à la directive « recours » en tant que telle (I) avant de s'interroger sur la compatibilité de cette interprétation avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (II).

I. L'interprétation de la directive « recours »

Si la Cour de justice ne s'attarde pas sur la question de l'applicabilité du droit communautaire aux marchés publics de défense (a), elle développe en revanche une analyse intégrée des directives applicables aux marchés publics (b) au terme de laquelle elle aboutit — provisoirement — à consacrer la protection absolue des secrets d'affaires (c).

(3) A la demande de la partie intervenante ou de l'auditeur général, une astreinte peut également être prononcée (article 21bis des lois coordonnées). Cette sanction particulière ne semble se justifier que lorsqu'une partie intervenante, bénéficiaire de l'acte attaqué, est présente à la cause (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 984/1, p. 5. Voy. toutefois C.E., arrêt *Nysthoven* du 14 décembre 1999, n° 84.102 et C.E., arrêt X du 28 mars 2003, n° 117.676).

(4) L'article 23 consacre le caractère inquisitorial de la procédure devant le Conseil d'Etat.

(5) Lu en combinaison avec l'article 15, § 2, de la directive 93/36 et avec l'article 6 de la directive 2004/18.

a) Une question méconnue : l'applicabilité du droit communautaire aux marchés publics de défense

L'arrêt commenté se dispense d'examiner si la directive « recours » et, plus généralement, le droit communautaire trouvent à s'appliquer au litige pendant devant le Conseil d'Etat. Ce silence peut surprendre lorsqu'on sait que la Cour de Luxembourg se reconnaît le pouvoir de vérifier, sous certaines conditions, la pertinence de la question d'interprétation qui lui est déferée⁶ et que tant le Traité que les directives relatives aux marchés publics permettent d'exclure de leur champ d'application respectif certains marchés attribués dans le domaine de la défense⁷.

L'article 296, § 1^{er}, b, du Traité CE⁸ autorise tout d'abord les Etats membres à prendre les mesures relatives à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre qu'ils estiment nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité sans qu'aucune disposition du Traité ne puisse y faire obstacle⁹. En d'autres termes, l'Etat est en mesure de méconnaître les règles communautaires lors de l'attribution d'un marché strictement militaire¹⁰ si cette dérogation au droit européen s'avère nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

L'arrêt commenté n'évoque pas cette clause dérogatoire. Pourtant, les visas de la décision d'attribution, contestée devant le Conseil d'Etat, mentionnent expressément l'article 296 du Traité CE¹¹. En revanche, rien ne laisse apparaître que l'Etat belge se soit appuyé sur une telle disposition au cours de la procédure devant la Cour de justice. Rien d'étonnant à cela néanmoins puisque c'est le ministre de la Défense qui a sollicité que soit posée la question en interprétation, dont le libellé suppose implicitement l'application du droit communautaire au litige pendant devant le Conseil d'Etat.

La directive « recours » régit, quant à elle, les marchés de fourniture soumis à la directive 93/36/CEE¹². Or, cette dernière ne s'applique pas

(6) Elle peut ainsi relever que l'interprétation du droit communautaire demandée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige (voy. récemment C.J.C.E., gde ch., arrêt *Promusicae* du 29 janvier 2008, point 37. Voy. aussi G. VANDERSANDEN, *Droit de l'Union européenne - Aspects institutionnels*, vol. 3, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 2006, pp. 205 et 206).

(7) Selon la Commission européenne, il est fréquent que les Etats membres recourent abusivement aux dispositions dérogatoires contenues dans le Traité ou dans la directive pour éluder les règles prévues par le droit communautaire, estimant celles-ci inadaptées aux spécificités du marché à passer (communication interprétative sur l'application de l'article 296 du Traité dans le domaine des marchés publics de la défense (COM/2006/0779 final)).

(8) Aux dispositions duquel fait écho l'article 2, § 2, de la directive 93/36. Voy. aussi l'article 10 de la directive 2004/18 qui la remplace.

(9) Encore faut-il que ces mesures n'altèrent pas les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins militaires. Pour un commentaire plus fouillé de cette disposition, voy. Th. BOMBOIS et Ch. DUBOIS, *op. cit.*, pp. 316 et s. et les références citées.

(10) C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie* du 8 avril 2008, C-337/05, point 47.

(11) Voy. C.E., arrêt *Varec* du 24 octobre 2006, n° 164.028, p. 3. Il est vrai que l'acte attaqué n'en tire aucune conséquence pratique. Sans doute, le ministre de la Défense entendait-il, par là, se donner une garantie supplémentaire quant à la validité de sa décision au regard du droit communautaire.

(12) Article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 89/665 lu en combinaison avec l'article 33 de la directive 93/36/CEE.

« aux marchés de fournitures déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet Etat membre l'exige »¹³. Ces marchés publics échappent donc aussi aux prescriptions de la directive « recours ». En revanche, le droit communautaire primaire — qui comprend les principes généraux du procès équitable et du respect des secrets d'affaires¹⁴ — demeure d'application.

L'arrêt commenté n'évoque pas davantage cette exception à l'application de la directive « recours »¹⁵. Il est vrai qu'aucune des parties à la cause ne semble s'en être prévalu.

b) Une approche intégrée des directives « marchés publics »

Plusieurs articles de la directive 93/36 garantissent la confidentialité des offres au cours de la phase administrative de passation du marché public¹⁶. En revanche, la directive « recours » est muette à ce sujet (point 31)¹⁷.

La Cour de justice considère cependant que l'effet des dispositions contenues dans la directive 93/36 « serait gravement compromis » si les obligations qui en découlent n'étaient pas assumées par l'instance responsable de la procédure de recours. Comme elle l'avait déjà souligné dans son arrêt *Akzo*¹⁸, raisonner autrement aboutirait au résultat inacceptable que « la simple introduction d'un recours donnerait accès à des informations qui pourraient être utilisées pour fausser la concurrence ou pour nuire aux intérêts légitimes d'opérateurs économiques ayant participé à la procédure de passation du marché public en cause » (point 40).

Le raisonnement emprunté par la Cour aboutit à cet effet en apparence paradoxal : une directive destinée à garantir l'effectivité des recours postérieurs à la décision d'attribution aboutit, via le jeu d'une interprétation combinée des directives applicables aux marchés publics, à réduire les garanties du procès équitable. Il n'y a point de contradiction pour autant. Comme le rappelle à propos le juge communautaire, l'économie générale de toutes ces directives, qu'elles concernent la procédure de passation ou les recours postérieurs, est de garantir une saine concurrence entre les opérateurs (point 34). C'est en prenant appui sur cet objectif principal que ces directives doivent être interprétées en dernière analyse et non en se ré-

(13) Article 2, § 1^{er}, b, de la directive 93/36. L'article 14 de la directive 2004/18 reprend cette exception. A ce sujet, voy. Th. KIRAT et D. BAYON, *Les marchés publics de la défense - Droit du contrat public, pratique administrative et enjeux économiques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 102 et s.

(14) Voy. *infra*.

(15) Pour une application de cette cause d'exception lors de l'attribution d'un marché de service, voy. C.J.C.E., arrêt *Commission c. Belgique* du 16 octobre 2003, C-252/01.

(16) A savoir les articles 7, § 1^{er}, alinéa 2, 9, § 3 et 15, § 2. Ces dispositions sont désormais reprises aux articles 6, 35, § 4, alinéa 4 et 41, § 3 de la directive 2004/18.

(17) Dans le même sens, voy. V. MICHEL, « Les chars contribuent à la protection des secrets d'affaires », *Euro-pe*, avril 2008, p. 10.

(18) C.J.C.E., arrêt *Akzo c. Commission* du 24 juin 1986, C-53/85, § 28. Cet arrêt concernait toutefois une procédure non juridictionnelle mue devant la Commission européenne.

férant exclusivement aux objectifs sectoriels consacrés par chacune d'elles¹⁹.

c) Une protection absolue des secrets d'affaires

La Cour en conclut qu'en vertu de la directive « recours », interprétée en combinaison avec les articles 7 et 15 de la directive 93/36, la juridiction doit pouvoir décider que des informations contenues dans le dossier administratif ne sont pas transmises aux autres parties et à leurs avocats, « si cela est nécessaire pour assurer la protection de la concurrence loyale ou des intérêts légitimes des opérateurs économiques voulue par le droit communautaire » (point 43).

A ce stade du raisonnement, le seul critère que le juge national doit prendre en compte est donc celui de l'impact qu'aurait la divulgation des secrets d'affaires sur la valeur économique et concurrentielle qu'ils représentent.

II. La validité de la directive « recours »

Encore faut-il que cette interprétation soit compatible avec les règles hiérarchiquement supérieures à la directive et, spécialement, avec le droit au procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et disposant, en droit communautaire, du rang de principe général en vertu de l'article 6, § 2, du Traité UE²⁰.

Ici aussi, trois questions méritent d'être posées. La première est pourtant délaissée par la Cour de justice. L'article 6 de la Convention européenne trouve-t-il à s'appliquer au contentieux relatif aux marchés publics, qui plus est militaires (a)? Dans l'affirmative, la Cour de Luxembourg se trouve confronté à un conflit entre droits fondamentaux : le respect dû aux secrets des affaires, d'une part, le respect dû aux garanties du procès équitable, de l'autre. Quelle approche convient-il de suivre (b)? Pour aboutir à quel résultat (c)?

a) Une question méconnue :

l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux marchés publics de défense

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « l'article 6, § 1^{er}, de la Convention garantit le droit d'accès à un tribunal à un requérant qui avance, au moins de manière défendable, des prétentions sur un droit ou une obligation de caractère civil »²¹. Deux conditions sont ainsi mises à l'application des garanties du procès équitable. Il doit tout d'abord s'agir d'une contestation réelle et sérieuse sur l'existence, l'étendue ou les modalités d'un droit dont l'issue est directement déterminante pour un tel

droit (1). Il faut ensuite que ce droit puisse être qualifié de civil (2).

1. Une contestation sur un droit

L'article 6 de la Convention n'a pas pour objet de créer de nouveaux droits matériels, mais vise au contraire à conférer une protection procédurale aux droits que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne²². Toute la question est donc de savoir si la législation relative aux marchés publics instaure des droits au profit des soumissionnaires.

Si, comme dans l'affaire *Varec*, la procédure d'attribution prend la forme d'une adjudication, il est permis de penser que l'aboutissement de cette procédure fait naître un véritable droit à l'obtention du marché dans le chef du soumissionnaire ayant déposé l'offre régulière la plus basse. En effet l'autorité adjudicatrice est, dans ce cas, tenue de lui attribuer le marché²³. L'application de l'article 6 de la Convention européenne au cas d'espèce soumis à la Cour de justice ne paraît dès lors souffrir aucune critique.

Inversement, le pouvoir discrétionnaire — plus ou moins important — reconnu à l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et *a fortiori* de la procédure négociée pourrait, à première vue, exclure les contestations surgissant à ce propos du champ d'application de l'article 6 de la Convention²⁴. Deux arguments militent cependant en sens contraire.

Le premier a trait à la conception que se fait la jurisprudence interne de ces modes de passation. S'il est vrai que ces deux procédures n'offrent à aucun soumissionnaire un droit inconditionnel à l'obtention du marché, il n'en demeure pas moins que les cours et tribunaux ont déjà reconnu aux soumissionnaires engagés dans pareilles procédures des droits subjectifs — notamment à l'égalité de traitement — pour la défense desquels ils devraient pouvoir se prévaloir des garanties liées à l'article 6 de la Convention²⁵.

(22) C.E.D.H., arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, § 73; C.E.D.H., arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, § 117.

(23) Voy., à ce sujet, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1961-1962, n° 364/1, p. 12. Compar. l'avis de la section de législation qui, se fondant sur le fait que le soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure d'adjudication n'a droit qu'à une indemnité, en déduit qu'on ne peut parler d'un droit à l'obtention du marché pour le soumissionnaire le plus bas, mais seulement [d']un devoir pour l'administration d'adjudger le marché à ce soumissionnaire » (p. 44). Cette description correspond toutefois parfaitement à la définition du droit subjectif donnée par la Cour de cassation, à savoir l'obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre (Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, I, 237). La circonstance que la réparation du préjudice subi par la violation du droit subjectif se limite à une réparation par équivalent est étrangère à ce problème de qualification.

(24) C'est ce que laisse entendre la décision récente *I.T.C. c. Malte* du 11 décembre 2007 où le juge de Strasbourg estime qu'un « droit » ne pouvait être déduit — du moins pas systématiquement — de la législation maltaise applicable avant l'intégration de Malte dans l'Union européenne. Le droit interne excluait en effet expressément tout droit du soumissionnaire à obtenir le marché pour lequel il concourait. Par ailleurs, il n'imposait pas à l'autorité adjudicatrice de contracter avec l'entreprise ayant offert le prix le plus bas. Dès lors, le simple fait de soumissionner ne pouvait faire naître une espérance, ni *a fortiori* un droit, à se voir attribuer le contrat.

(25) Civ. Namur, réf., 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 956; Bruxelles, 18 décembre 1997, *C.D.P.K.*, 1998,

Le second argument renvoie à la jurisprudence européenne. Les décisions strasbourgeoises rendues en la matière rendent compte d'une jurisprudence partagée²⁶. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire est tantôt perçue comme un empêchement dirimant à l'application de l'article 6 de la Convention²⁷, tantôt comme un élément ne permettant pas, à lui seul, d'exclure l'existence d'un droit dans le chef de l'administré²⁸. Cette divergence trouve peut-être sa justification dans l'ampleur — plus ou moins importante — du pouvoir d'appréciation qui est laissé à l'autorité adjudicatrice. Si tel était le cas, seules les contestations relatives à l'attribution d'un marché public par la voie de la procédure négociée devraient échapper à l'emprise de l'article 6 de la Convention européenne²⁹.

La généralité des termes employés dans l'arrêt commenté incite néanmoins à penser qu'aux yeux de la Cour de justice en tout cas, l'article 6 de la Convention est bel et bien applicable à toutes les procédures juridictionnelles liées à l'attribution d'un marché public, quel que soit son mode de passation. Confrontée à la confusion de sa propre jurisprudence et compte tenu de l'importance capitale du droit communautaire dans la réglementation des marchés publics, la Cour de Strasbourg ne gagnerait-elle pas à attacher en la matière « un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti » la Cour de justice, comme elle l'a déjà fait à propos d'autres questions³⁰?

p. 331; Bruxelles, 17 mars 1999, *Entr. et dr.*, 2002, p. 74, note A.-L. DURVIAUX (à propos d'une procédure de gré à gré). Compar. Bruxelles, 17 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 214 (qui reconnaît un droit subjectif à l'obtention d'un marché passé par voie d'appel d'offres « en tant que soumissionnaire le plus avantageux »).

(26) Il est à cet égard piquant de constater que la décision *I.T.C. c. Malte* précitée se réfère à une décision de la Commission européenne relative à la législation belge jadis applicable en matière de marchés publics. Le marché litigieux avait été passé selon l'ancienne procédure de gré à gré, soit celle qui réservait le plus large pouvoir discrétionnaire à l'autorité adjudicatrice. La Commission considéra que, compte tenu des dispositions de la loi du 14 juillet 1976, la requérante ne saurait prétendre avoir un droit à l'attribution du marché litigieux qu'à la condition d'être en mesure de démontrer qu'elle remplissait les conditions posées par cette disposition ». Or, tel n'était pas le cas en l'espèce comme en attestaient deux arrêts du Conseil d'Etat (Comm. eur. dr. h., décision *Jan de Nul* du 2 mars 1994). A contrario, il est dès lors permis de penser qu'un soumissionnaire pouvant de manière défendable se prétendre dans les conditions pour obtenir le marché litigieux, même en procédure négociée, est en mesure d'invoquer l'article 6 de la Convention.

(27) En ce sens, voy. C.E.D.H., décision *Skyradio AG et autres c. Suisse* du 31 août 2004 (relative à l'attribution d'une concession en matière de radiodiffusion).

(28) C.E.D.H., arrêt *Allan Jacobsson c. Suède* du 25 octobre 1989, § 69 (relatif à l'octroi d'un permis). Voy. encore C.E.D.H., arrêts *Pudas c. Suède* du 27 octobre 1987, § 34 (relatif au retrait d'une licence de transport public); arrêt *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède* du 7 juillet 1989, § 39 (relatif au retrait d'une licence de débit de boissons). L'enseignement de ces arrêts a été implicitement confirmé par l'arrêt *Ferrazzini* rendu en grande chambre le 12 juillet 2001 (§ 27).

(29) Voy. cependant Bruxelles, 17 mars 1999 ainsi que la décision *Jan de Nul* précitées. On relèvera encore le lien susceptible d'être fait entre l'existence d'un pouvoir (largement) discrétionnaire et l'exigence que l'issue de la contestation juridictionnelle soit directement déterminante pour le droit en cause. Pour un exemple de lien trop tenu en matière d'attribution d'une licence d'auto-écoles à un concurrent, censée réduire la clientèle potentielle du requérant, voy. C.E.D.H., décision *Levänen et autres c. Finlande* du 11 avril 2006.

(30) C.E.D.H., gde ch., arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 12 avril 2006, § 58 (concernant une différence de traitement en matière sociale).

2. Une contestation sur un droit civil

En dépit de leurs éventuelles conséquences patrimoniales, certains litiges relevant traditionnellement du droit public demeurent étrangers au volet civil de l'article 6 de la Convention européenne³¹. Ainsi en va-t-il des contestations relatives à l'éligibilité, à l'expulsion d'étrangers, à la matière fiscale et, dans une mesure certes de plus en plus restreinte, à la fonction publique. Dès lors, la contestation relative à un marché public porte-t-elle encore sur un droit « civil » lorsque le marché en cause est un marché de défense?

Dans son arrêt *Ferrazzini c. Italie*, rendu en grande chambre, la Cour européenne justifie sa jurisprudence antérieure en soulignant que « la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant ». Certaines contestations liées à la défense nationale ne relèvent-elles pas, elles aussi — on serait même tenté d'écrire : *a fortiori* — du pouvoir régalien de l'Etat³²? Ni la Cour de justice, ni la Cour constitutionnelle n'envisagent cependant une pareille éventualité³³.

b) Une approche conciliante du conflit entre droits fondamentaux

Puisque l'article 6 de la Convention s'applique aux contestations relatives aux marchés publics, même militaires, il appartient à la Cour de justice de vérifier que l'interprétation qu'elle a dégagée de l'article 1^{er} de la directive « recours » est compatible avec les garanties du procès équitable et, plus précisément, avec le principe du contradictoire. Celui-ci reconnaît à chaque partie le droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée devant le juge et de la discuter. Dans le même temps, la Cour de justice relève que la protection des

secrets d'affaires est consacrée, non seulement par les directives « marchés publics », mais aussi par un principe général de droit communautaire et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁴ (1).

Il ne s'agit dès lors plus seulement pour le juge communautaire d'examiner la validité de la directive « recours » au regard des prévisions de l'article 6 de la Convention européenne. Il lui faut aussi — et préalablement — arbitrer le conflit entre droits fondamentaux qui oppose le respect des droits de la défense, d'une part, et le respect du caractère confidentiel de certaines données commerciales, de l'autre (2).

1. L'existence du conflit

Si la Cour de justice considère que l'article 6 de la Convention européenne est en jeu dans l'affaire qui lui est soumise, elle va également dégager, au sein de normes hiérarchiquement supérieures à la directive, un fondement juridique à la protection des secrets d'affaires.

La Cour de Luxembourg relève tout d'abord l'existence d'un principe général de droit communautaire protégeant les secrets d'affaires des entreprises³⁵. Jusqu'alors, l'application de ce principe avait été cantonnée à la seule phase administrative des procédures mettant en cause des informations confidentielles³⁶. L'arrêt commenté étend expressément sa portée à la phase juridictionnelle de la contestation^{37,38}.

La Cour de justice considère aussi que les secrets d'affaires sont couverts par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour ce faire, elle prend appui sur la jurisprudence strasbourgeoise développée à partir de l'arrêt *Niemietz* et selon laquelle aucune raison de principe ne permet d'exclure de la notion de vie privée les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales³⁹. Or, relève le juge com-

munautaire, ces activités peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public (point 48).

Si l'on souscrit à la conclusion de la Cour de justice, le raisonnement qu'elle emprunte nous paraît quelque peu abrupt. Toute activité commerciale ou professionnelle ne relève pas de la vie privée de l'individu — et encore moins de la personne morale — qui l'exerce⁴⁰. Des précisions supplémentaires s'imposent.

Selon la Cour de Strasbourg, le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables au-delà de son cercle intime et, notamment, sur son lieu de travail⁴¹. Par ailleurs, la possibilité de gagner sa vie représente un facteur déterminant dans la jouissance effective d'une vie privée⁴². Or, la confidentialité de certaines données commerciales peut jouer un rôle décisif dans le maintien de l'activité professionnelle de l'individu. Il s'ensuit que les secrets d'affaires détenus par une personne physique paraissent bien constituer une part intégrante de sa vie privée. En outre, l'offre que cette personne adresse à l'autorité adjudicatrice prend la forme d'une correspondance protégée, elle aussi, par l'article 8 de la Convention⁴³.

Récemment, la Cour européenne a permis aux personnes morales de se prévaloir du secret de leur correspondance⁴⁴. Les secrets d'affaires communiqués par la société soumissionnaire à l'autorité adjudicatrice en font dès lors partie. Sans doute font-ils également partie de la « vie privée » de la société puisque leur préservation permet de développer une activité économique fournissant l'occasion à des personnes physiques de se côtoyer et de gagner leur vie⁴⁵. Raisonner autrement aboutirait d'ailleurs à créer une distorsion de concurrence entre les commerçants personnes physiques et personnes morales⁴⁶.

(31) En revanche, le caractère civil du droit en cause est indépendant de la qualité des parties comme de la nature de la loi régissant la contestation et de l'autorité compétente pour la trancher.

(32) Relevons toutefois l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de fonction publique. Selon l'arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999, les contestations — autres que celles relatives à la pension — opposant l'autorité publique et des fonctionnaires détenant une parcelle de la souveraineté de l'Etat échappaient aux prévisions de l'article 6. La Cour européenne justifiait sa position en se référant notamment à l'état du droit communautaire qui, lui aussi, réservait un statut particulier à ce type de fonctionnaires. Par analogie, une contestation relative à un marché de défense porte sur une question touchant — de près ou de loin — à la souveraineté nationale. En outre, ce type de marchés est soumis à une réglementation européenne dérogatoire, sous certains aspects, au droit commun des commandes publiques. Par son arrêt *Vilho Eskelinen et consorts c. Finlande* du 19 avril 2007, la Cour européenne est cependant revenue sur sa jurisprudence *Pellegrin* en limitant drastiquement les contestations en matière de fonction publique encore susceptibles d'échapper à l'emprise de l'article 6 de la Convention. Le critère de participation à l'exercice de la puissance publique n'y est plus suffisant. Toute référence à la jurisprudence communautaire a par ailleurs disparu du raisonnement au motif probable qu'elle concernait une question totalement étrangère aux garanties du procès équitable (voy., notamment, D. RENDERS et D. CACCAMISI, « L'irrésistible extension du champ d'application de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, pp. 640 et s.).

(33) La Cour de justice ne fait pas davantage référence à l'article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux, lequel consacre les garanties du procès équitable mais en étendant leur champ d'application aux contestations portant sur tout droit ou toute liberté consacrés par le droit de l'Union.

(34) La Cour de justice relève également que le maintien d'une concurrence loyale constitue un intérêt public important susceptible de justifier une limite au principe du contradictoire (point 50).

(35) Il s'agit du point 49 de l'arrêt commenté, lequel renvoie à C.J.C.E., arrêt *SEP c. Commission* du 19 mai 1994, C-36/92.

(36) Compris comme tel, ce principe est d'ailleurs consacré par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en tant que corollaire du droit à une bonne administration (à ce sujet, voy. R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire - Origines et concrétisation*, Bruxelles, Athènes, Bruylant, Sakkoulas, 1996, pp. 127 et s.). Rappelons que la Charte européenne des droits fondamentaux est, pour l'heure, une « source d'inspiration » très importante dans l'interprétation des principes généraux de droit communautaire bien que dénuée de force juridique contraignante (voy. récemment C.J.C.E., arrêt *The International Transport Workers' Federation et al.* du 11 décembre 2007, C-438/05, point 43 et 44). Conformément au Traité de Lisbonne, la Charte aura désormais « la même valeur juridique que les traités » (article 6, § 1^{er}, TUE).

(37) Même s'il est vrai que des décisions antérieures des juridictions communautaires s'inscrivaient déjà implicitement dans une telle évolution (voy., à ce sujet, P.-O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », *R.D.C.*, 2007, pp. 557-558).

(38) Sans doute, faut-il considérer que, sur ce point, la Cour de justice adhère implicitement aux conclusions de son avocat générale pour qui l'intérêt qu'il y a à protéger le secret des affaires au stade administratif ne saurait disparaître par le simple fait qu'un recours juridictionnel a été introduit (conclusions de l'avocat général Sharpston, points 44 et 45).

(39) C.E.D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29.

(40) Compar. Cour const., arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007, B.6.1., publié ci-après p. 432.

(41) C.E.D.H., arrêt *Niemietz* précité, § 29 : arrêt *Vitiello c. Italie* du 23 mars 2006, § 47.

(42) C.E.D.H., arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, § 48; C.E.D.H., arrêt *Albanese c. Italie*, du 23 mars 2006, § 53.

(43) D. DÉOM, Th. BOMBOIS et L. GALLEZ, « Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs » in D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 277-278. Compar. les conclusions de l'avocate générale sous l'arrêt commenté (point 46).

(44) C.E.D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* du 16 octobre 2007, § 45.

(45) Un lien est ainsi établi entre la protection accordée à la personne morale et la garantie consécutive qui est offerte aux personnes physiques qui travaillent pour elle. Voy. à cet égard, le raisonnement tenu par la Cour européenne dans son arrêt *Colas Est et autres* (où il fut jugé que la notion de domicile devait s'étendre au siège social, à l'agence ou aux locaux professionnels d'une société commerciale au motif que les documents saisis dans ces locaux n'avaient pas qu'une nature commerciale mais que certains d'entre eux étaient des documents personnels aux employés de la société requérante (§ 38). *Adde* C.E.D.H., décision *Leveau* du 6 septembre 2005.

(46) Voy. à cet égard l'arrêt *Niemietz* précité, § 29. A supposer même que le droit à la vie privée ne trouve pas à s'appliquer aux secrets d'affaires d'une personne morale, ceux-ci constituent toutefois un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne (en ce sens, voy. C.E.D.H., arrêt *Van Marle et autres c. Pays-Bas* du 26 juin 1986, § 41). Dès lors, l'article 14 de la Convention est susceptible d'être mobilisé afin d'interdire toute discrimination entre personnes physiques et personnes morales quant à la jouissance effective du bien que constitue, pour chacun d'en-

2. La résolution du conflit

Ni l'article 6, ni l'article 8 de la Convention européenne ne consacrent de droits absolus⁴⁷. A défaut de hiérarchie formelle, il appartient à la juridiction communautaire d'arbitrer le conflit qui les oppose en mettant en balance les intérêts protégés par chacun d'entre eux.

Dans l'arrêt commenté, la Cour prend explicitement appui sur la jurisprudence strasbourgeoise pour résoudre le conflit de droits auquel elle est confrontée. Si la justification avancée par la Cour de justice nous paraît critiquable, la conclusion à laquelle elle aboutit est, quant à elle, satisfaisante, en tout cas dans son principe.

Une justification critiquable. La Cour de Luxembourg rappelle à juste titre que le principe du contradictoire « n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation en cause qui ont été déposées devant l'instance responsable du recours. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires » (point 51). La jurisprudence alsacienne admet en effet que « dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d'un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important » (point 47)⁴⁸.

A l'appui d'une telle interprétation, la Cour de justice renvoie cependant à deux arrêts de la Cour européenne rendus en matière pénale. Or, la jurisprudence alsacienne traditionnelle estime que le principe du contradictoire s'oppose de manière absolue à ce que des éléments essentiels à la décision sur la culpabilité échappent à la contradiction⁴⁹. La Cour de justice ne mentionne toutefois aucunement « cette exception à l'exception » au principe du contradictoire⁵⁰. Elle ne renvoie pas davantage aux arrêts P.S. c. *Allemagne* et *Bocos-Cuesta* c. *Pays-Bas* par lesquels la Cour européenne pa-

raît infléchir le caractère absolu d'une telle interdiction⁵¹.

La référence faite par la Cour de justice est d'autant plus malheureuse que la question préjudicielle qui lui était posée lui permettait de se contenter d'appliquer le principe du contradictoire, sous son volet civil, et les exigences moins importantes qui s'en déduisent⁵². En effet, même si la Cour de Strasbourg a relevé que « les exigences découlant d'une procédure contradictoire sont les mêmes au civil qu'au pénal »⁵³, elle a aussi laissé entendre que la soustraction de certaines pièces utiles à la défense d'une partie à un procès civil n'était contraire au principe du contradictoire que lorsqu'aucun « motif légitime » ne pouvait être invoqué par l'Etat⁵⁴.

Un résultat justifié dans son principe. Bien que le cheminement emprunté soit critiquable, la solution dégagée par la Cour de justice nous paraît devoir être accueillie favorablement. La Cour estime en effet qu'il appartient à la juridiction nationale de concilier le principe de la protection des secrets d'affaires avec les exigences du droit au procès équitable afin que la procédure juridictionnelle respecte, dans son ensemble, pareilles exigences⁵⁵.

La Cour de justice fait donc droit à une résolution *in concreto* du conflit opposant deux droits fondamentaux et s'inscrit, ce faisant, dans le prolongement de l'enseignement majoritaire de la Cour de Strasbourg⁵⁶ et dans la lignée de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle⁵⁷. Elle tempère, dans le même temps, son interprétation initiale de la directive⁵⁸.

Un résultat discutable dans ses prolongements. Une réserve nous paraît toutefois devoir être apportée. Selon la jurisprudence strasbourgeoise, toute atteinte au principe du contradictoire

doit être compensée autant que faire se peut par l'ensemble de la procédure. La Cour de justice rappelle d'ailleurs qu'à supposer que le juge national décide de garder par-devers lui certains éléments du dossier administratif, il devra en tout cas veiller à ce que la procédure respecte, dans son ensemble, les garanties du procès équitable.

A la suite de la Cour européenne⁵⁹, la doctrine avait suggéré de recourir à un avocat *ad hoc* auquel seraient soumis les documents jugés trop confidentiels pour être divulgués à la partie concurrente⁶⁰. Cet avocat serait chargé de défendre la partie lésée par le non-respect du contradictoire tout en garantissant que le contenu du document lui demeure inconnu. La Cour de justice se contente de préciser qu'il appartiendra à la juridiction nationale de déterminer les « modalités » selon lesquelles la confidentialité sera garantie, sans imposer le recours à un avocat spécial⁶¹. Il est vrai que le Conseil d'Etat dispose déjà des services de l'auditorat et qu'il peut — s'il l'estime nécessaire — faire appel à des experts pour l'éclairer sur certains points techniques.

c) Une protection relative des secrets d'affaires

La procédure de conciliation mise sur pied par la Cour de justice se déroule en trois temps. Le pouvoir adjudicateur doit transmettre l'intégralité du dossier administratif au Conseil d'Etat, en ce compris donc les données qu'il juge être protégées par le droit au secret des affaires ou inutiles à la résolution du litige (point 53). Avant de rendre ce dossier accessible aux autres parties, la juridiction administrative doit permettre à l'opérateur économique concerné d'exciper du caractère confidentiel de certaines informations qu'il a transmises (point 54). Si le Conseil d'Etat a vu son attention attirée sur un tel problème, il lui revient, dans un troisième temps, de trancher la question de savoir si ces informations doivent être rendues accessibles aux autres parties. C'est à ce stade que la Cour de justice nuance l'interprétation qu'elle avait initialement donnée à l'article 1^{er} de la directive « recours ».

Certes, elle rappelle que l'instance responsable du 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 le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération ». Mais c'est pour ajouter immédiatement qu'« il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas

tre eux, la préservation de la confidentialité de leurs données commerciales.

(47) Voy. ainsi C.E.D.H., arrêt *Doorson* c. *Pays-Bas* du 20 février 1996, §§ 70 et 72 (limitation des garanties du procès équitable au profit de la protection du droit à la vie privée); C.E.D.H., arrêt *L.L. c. France* du 12 février 2007, § 45 (limitation du droit à la vie privée en raison du respect dû aux garanties du procès équitable).

(48) Pour une application récente, voy. C.E.D.H., arrêt *Antunes et Pires* c. *Portugal* du 21 juin 2007, § 35, visant expressément la protection de pièces confidentielles.

(49) Aucune garantie procédurale particulière ne peut en effet compenser le fait qu'une pièce ou un témoignage ayant servi à asseoir la conviction du juge pénal n'a pas été soumis à la contradiction des parties (C.E.D.H., arrêt *Doorson* précité, § 76). Plusieurs arrêts confirment plus ou moins explicitement cet enseignement (C.E.D.H., arrêts *Van Mechelen* et *al.* c. *Pays-Bas* du 18 mars 1997, § 55; *Jasper* c. *Royaume-Uni* du 16 février 2000, § 55; *Solakov* c. *ex-république yougoslave de Macédoine* du 31 octobre 2001, § 57; *P.G. et J.H.* c. *Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, § 71; *Edward et Lewis* c. *Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, § 58).

(50) Loin de revenir sur le caractère absolu de cette interdiction, les arrêts cités par la Cour de justice (arrêts *Rowe et Davis* c. *Royaume-Uni* du 16 février 2000 et *V. c. Finlande* du 24 avril 2007) renvoient expressément à la jurisprudence *Doorson* et condamnent, au contraire, les Etats défendeurs au motif que le refus de communiquer les documents litigieux ne se justifiait pas en l'espèce.

(51) La Cour européenne semble en effet moins y critiquer le fait qu'un élément décisif à la condamnation de l'accusé ait été soustrait à la contradiction que l'absence de justification raisonnable à l'atteinte qui fut portée aux garanties du procès équitable par cette soustraction. Ces arrêts concernent des procès pénaux en matière d'abus sexuel sur mineurs. En cette matière, la Cour européenne accepte plus facilement, il est vrai, les limites posées au principe du contradictoire (voy., notamment, C.E.D.H., décision *Lemasson et Achat* c. *France* du 14 janvier 2003. Compar. C.E.D.H., arrêt *W.S. c. Pologne* du 19 juin 2007, §§ 59 et s.).

(52) Ceci n'était pas vrai pour la Cour constitutionnelle qui était saisie d'une question préjudicielle visant, de manière générale, la procédure devant le Conseil d'Etat. Or, certains recours relevant de sa compétence s'identifient à des accusations en matière pénale, au sens de la Convention européenne (voy., à ce sujet, notamment D. *RENDERS* et *al.*, « Le régime juridique de la sanction administrative » in R. *ANDERSEN*, D. *DEOM* et D. *RENDERS* (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 252 et s.).

(53) Voy. C.E.D.H., arrêt *Nideröst-Huber* c. *Suisse* du 18 février 1997, § 28. Voy. encore, très récemment, C.E.D.H., arrêt *Galitch* c. *Russie*, du 13 mai 2008, § 23.

(54) C.E.D.H., arrêt *McGinley et Egan* du 9 juin 1998, § 86. *Adde* P.-O. *DE BROUX*, *op. cit.*, p. 562. Notons toutefois qu'inversement la protection de la vie privée « professionnelle » supporte, elle aussi, des ingérences plus importantes que la vie privée *stricto sensu* (C.E.D.H., arrêt *Niemietz* précité, § 31).

(55) Dans le même sens, C.J.C.E., arrêt *Commune de Hillegom* du 11 décembre 1985, C-110/84, point 33; arrêt *Mobistar* du 13 juillet 2006, C-438/04, point 43.

(56) Voy., notamment, S. *VAN DROOGHENBROECK*, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 293 et s.

(57) Dans le même sens, V. *MICHEL*, *op. cit.*, pp. 10 et 11. *Adde* les conclusions de l'avocate générale, point 67.

(58) Pour plus de détails, voy. *infra*.

(59) C.E.D.H., arrêt *Chahal* c. *Royaume-Uni* du 25 octobre 1996, §§ 131 et 144 (à propos des articles 5, § 4 et 13 de la Convention).

(60) Voy. P.-O. *DE BROUX*, *op. cit.*, p. 563.

(61) La Cour constitutionnelle ne l'avait pas davantage imposé. Elle avait par contre exigé que « les parties [soient] informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et [soient] 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 » (Cour const., arrêt n° 118/2007 précité, B.9.3.).

d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable » (point 55).

Bien que, sous certains aspects, la réponse de la Cour de justice laisse poindre une préférence accordée à la protection du secret des affaires par rapport à la préservation du principe du contradictoire⁶², d'autres passages de l'arrêt marquent, à tout le moins, une réserve par rapport à une protection absolue des données confidentielles⁶³. A notre estime, la juridiction nationale ne peut donc se dispenser d'une mise en balance des intérêts contradictoires en présence⁶⁴.

Il n'est guère aisé de tracer des lignes directrices utiles à pareille pondération, nécessairement casuistique et fortement empreinte d'équité. Nous nous risquons cependant à dégager trois cas de figure susceptibles de se présenter devant le Conseil d'Etat lorsqu'il est convaincu du caractère confidentiel de certains documents contenus dans le dossier administratif.

Soit les données confidentielles qu'il a en sa possession sont sans incidence pour la résolution du litige. Il nous paraît que, dans ce cas, le juge administratif doit s'interdire de les rendre accessibles aux autres parties⁶⁵. Soit les données sont moyennement confidentielles et utiles à la résolution du litige. Dans ce cas, le juge devrait être obligé de les transmettre à la partie requérante⁶⁶. Soit, enfin, les données sont très confidentielles (leur divulgation peut faire naître, comme le souligne la Cour de justice, un

« préjudice extrêmement grave »⁶⁷), mais elles sont utiles, voire essentielles, à la résolution du litige. Dans ce cas, il nous paraît que le juge devrait précisément être dégagé de toute ligne directrice. Il décidera de divulguer ou non ce document au terme de la très fine balance des intérêts que lui seul sera à même de réaliser, au gré des affaires qui lui seront soumises, et moyennant une motivation satisfaisante de sa décision. S'il refuse de communiquer le document, il prendra toutes les mesures utiles pour compenser l'atteinte portée à la contradiction de la procédure.

Thomas BOMBOIS⁶⁸

Maître de conférences

aux Facultés universitaires catholiques de Mons
Assistant à l'Université catholique de Louvain
Référénaire à la Cour constitutionnelle

Christophe DUBOIS

Avocat au Barreau de Bruxelles

**ÉTAT DES PERSONNES. — Actes
d'état civil. — Enfant né sans vie. —
Conditions de l'établissement de
l'acte (article 79-1, alinéa 2, C. civ.
fr.). — Exigence de développement
suffisant du fœtus (non).**

Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 6 février 2008

Siég. : M. Bargue (prés.) et Mme Trapero (cons. réf., rapp.).

Min. publ. : M. Legoux (av. gén.).

Plaid. : s.c.p. Choucroy, Gadiou et Chevallier

(Epoux X c. Procureur général près la cour d'appel de Nîmes — Arrêt n° 128).

(62) La procédure doit respecter dans son ensemble le droit à un procès équitable. Compar. le raisonnement tenu par la Cour dans son arrêt du 16 juillet 2006, *Mobistar*, C-438/04 : la protection des secrets d'affaires « doit être adaptée de manière à concilier celle-ci avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense » (§ 40). On relèvera cependant que l'arrêt commenté applique « par analogie » la solution retenue au point 40 de l'arrêt *Mobistar* (§ 52).

(63) Il convient de décider dans quelle mesure cette confidentialité doit être garantie afin de respecter les exigences d'une protection juridictionnelle effective, ce qui suppose que le document revête réellement un caractère confidentiel, sans pour autant que cette circonstance soit suffisante. La Cour de justice ne prône pas davantage pour une suprématie absolue du principe du contradictoire (comp. K. LEENAERTS et D. AERTS, *Europese Proceesrecht*, 1999, n° 732).

(64) Le 14 novembre 2007, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'appliquer pour la première fois l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle (l'arrêt de la Cour de justice n'avait pas encore été prononcé à cette date). Selon la haute juridiction administrative, « le caractère confidentiel de certaines pièces du dossier administratif tenant au respect du secret des affaires, pour autant qu'il soit établi et reconnu par le Conseil d'Etat, ne dispense en aucune manière la partie adverse de son obligation de déposer l'ensemble du dossier administratif auprès du Conseil d'Etat [...] ; qu'il revient par après au Conseil d'Etat d'apprécier la confidentialité alléguée de certaines pièces contenues dans le dossier administratif, en faisant la balance entre les exigences du procès équitable et celles du secret des affaires, en vue de soumettre ces pièces à la contradiction des parties ou, au contraire, en vue de les y soustraire » (C.E., arrêt *Betonac* du 14 novembre 2007, n° 176.826).

(65) Dans le même sens, P.-O. DE BROUX, *op. cit.*, p. 561 et références citées. Voy. aussi les conclusions de l'avocate générale, points 59 et 62. Lorsque le document n'est pas confidentiel, sa soumission à la contradiction est en principe requise même s'il n'est pas utile à la résolution du litige et ce, afin de garantir l'impartialité du jugement (C.E.D.H., arrêt *Steck-Risch* du 19 mai 2005, § 57).

(66) Sur l'éventuelle différence de traitement entre cette partie et les parties intervenantes, voy. P.-O. DE BROUX, *op. cit.*, pp. 561-562. *Adde* Cass., 22 janvier 2008, H.07.001.F/1.

L'établissement de l'acte d'enfant sans vie par l'officier d'état civil ne requiert pas que l'être dont la perte est déplorée présente un stade de développement suffisant au vu de l'espoir raisonnable de vie autonome présenté par le fœtus avant son extinction.

Sur le moyen unique, pris en sa première branche.

Vu l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil;

Attendu qu'il résulte de ce texte que lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil et à défaut de production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie qui énonce les

jour, heure et lieu de l'accouchement; que cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès;

Attendu que le 20 mars 1996, Mme Y, épouse X est accouchée d'un fœtus sans vie de sexe masculin, pesant 400 grammes, après vingt et une semaines d'aménorrhée; que n'ayant pu effectuer aucune déclaration à l'état civil, les époux X ont, par requête du 13 mai 2003, saisi le tribunal de grande instance aux fins qu'il soit ordonné à l'officier d'état civil d'établir un acte d'enfant sans vie conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 79-1 du Code civil, en précisant que l'enfant se prénomait Z et se nommait X; que par jugement du 9 décembre 2003, les époux X ont été déboutés de leur demande;

Attendu que pour confirmer cette décision, l'arrêt attaqué énonce qu'il s'évince de l'article 79-1 du Code civil que pour qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé, il faut reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant, ce qui ne peut se décrire mais doit se constater à l'aune de l'espoir raisonnable de vie autonome présenté par le fœtus avant son extinction, qu'en l'état actuel des données de la science, il y a lieu de retenir, comme l'a fait l'officier d'état civil, le seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé qui est de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou d'un poids du fœtus de 500 grammes et qu'en l'espèce ces seuils n'étaient pas atteints;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé;

Par ces motifs :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt n° 253 R.G. 04/00192 rendu le 17 mai 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes, autrement composée.

Notes — (1) Le même jour, la première chambre civile de la Cour de cassation de France prononçait deux autres arrêts (n°s 129 et 130) de sens et en termes identiques. (2) Les trois arrêts sont disponibles sur le site <http://www.courdecassation.fr>, accompagnés du rapport du conseiller Trapero, et de l'avis de l'avocat général Legoux. (3) Voy., dans le présent numéro (p. 413), l'étude de M. BEAGUE, « Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal? - Etat des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie » en droit français et en droit belge ».

(67) Point 54 de l'arrêt commenté. *Adde* C.J.C.E. arrêt *BPB Industries et British Gypsum c. Commission* du 6 avril 1995, C-310/93, points 26-27 et, a contrario, T.P.I.C.E. (réf.), ordonnance *Viasat Broadcasting UK* du 1^{er} mars 2007, T-329/04, points 61 et s.

(68) Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.