

2384 L'information dans la commande publique : introduction

François LICHÈRE,
*professeur agrégé de droit public,
directeur de la Chaire de droit
des contrats publics*



Introduire ce colloque annuel de la Chaire de droit des contrats publics, c'est d'abord rappeler l'esprit qui préside à ceux qu'elle organise depuis trois ans : essayer de trouver un angle original à un thème classique, le droit de la commande publique, tout en donnant une place importante aux retours de la pratique.

Après « la discussion dans les contrats publics » et « l'efficacité de la commande publique », Laurent Richer a proposé le thème de « L'information dans la commande publique ». Elle est au cœur de la commande publique, sans être pour autant toujours mise en exergue formellement. Certes, il y a 224 occurrences du mot « information » dans le Code de la commande publique, ce qui peut sembler beaucoup. Mais à y regarder de plus près, si l'on exclut les répétitions, les sections où le terme est présent ne paraissent ni exhaustives ni même souvent centrales. Bien entendu, on ne parle ici presque uniquement de la passation des marchés et de concession, et le programme du colloque n'a pas négligé l'exécution.

Un colloque, ce sont des moyens financiers et humains. Au titre des premiers, il faut remercier avant tout les partenaires publics et privés de la Chaire. Sans eux, non seulement ce colloque ne serait possible mais aucun des six rapports produits n'aurait vu le jour, rapports qui seront d'ailleurs bientôt disponibles en ouvrage papier grâce à l'imprimerie de Lyon 3. La Chaire a en outre participé cette année à un livre blanc « Pour une loi Sapin 3 » et produit désormais une newsletter mensuelle qui comporte une chronique intitulée « L'essentiel du droit des contrats publics » ainsi que deux chroniques annuelles de droit comparé publiées au Bulletin Juridique des Contrats Publics. Participent également au financement du colloque le Service Général de la Recherche de Lyon 3, l'Équipe de droit public de Lyon, ainsi que l'Institut d'Études administratives.

Au titre des seconds, c'est-à-dire de l'humain, il faut saluer le travail remarquable accompli par les chercheurs de la chaire, et plus particulièrement Adeline, Rosalie Alice et Cédric ainsi qu'Alexandra Gasmî, la gestionnaire administrative et financière de l'Équipe de droit public de Lyon. Et bien entendu doivent être salués les présidents de séance ainsi que l'ensemble des intervenants du colloque.

Le colloque de cette année aura été aussi l'occasion de remettre pour la première fois le prix de thèse de la Chaire de droit des contrats publics. Nommé en l'honneur du professeur danois Steen Treumer, ce prix a récompensé deux co-lauréats : Morgan Schmiederer, pour sa thèse sur « Les sûretés réelles administratives » et Ferdi Youta, pour sa thèse sur « L'ordre public contractuel en droit administratif ». Qu'ils en soient ici vivement félicités.

Sommaire

- 2385** L'information dans l'achat public : approche économique, par Frédéric MARTY
- 2386** L'information comme facteur d'efficacité de la commande publique, par Raphaël ARNOUX
- 2387** L'information utile/nécessaire dans les procédures de passation : approche théorique, par Christophe ROUX
- 2388** L'information utile/nécessaire dans les procédures de passation : approche pratique, par Marc PETITJEAN
- 2389** Informations, secret des affaires et concurrence, par Laurent COUTRON et Benoît NEVEU
- 2390** Information et formation du contrat – synthèse de l'atelier pratique, par Anna MARIA SMOLINSKA
- 2391** Information et rapports entre les parties : approche théorique, par Vincent BOUHIER
- 2392** Information et rapports entre les parties : approche pratique et comparée, par Damien GOUBAU
- 2393** L'information dans les contrôles externes de la commande publique : approche théorique, par Étienne MULLER
- 2394** Focus sur un contrôle externe ambivalent : le rôle des maîtres d'œuvre, par Christophe MERIENNE
- 2395** Information et exécution du contrat : synthèse de l'atelier n° 2, par Clarisse DAVID
- 2396** La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche théorique, par Jean-François LAFAIX
- 2397** La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche pratique, par Jean-Marc PEYRICAL
- 2398** La maîtrise et la protection des données des contrats de la commande publique : synthèse de l'atelier n° 3, par Olivier GIANNONI

2385 L'information dans l'achat public : approche économique

Frédéric MARTY,

CNRS – GREDEG – université Côte d'Azur



La prise en compte des imperfections informationnelles (information incomplète et asymétrique) permet d'envisager plusieurs dimensions critiques de l'attribution et de l'exécution des contrats publics. Cette contribution présente quelques éclairages issus de l'économie des contrats sur les difficultés liées à l'expression des besoins, à l'information des soumissionnaires, à la gestion des aléas dans l'exécution des contrats et aux procédures de supervision de l'intégrité de la commande publique, qu'il s'agisse de la détection de pratiques de favoritisme ou d'ententes anticoncurrentielles.

1 - L'information est une dimension centrale de l'analyse économique. Longtemps neutralisée par des hypothèses d'information parfaite, la question de l'incertitude radicale dans laquelle les agents économiques prennent leurs décisions a été renouvelée, il y a de cela maintenant 40 ans, par des travaux intégrant un cadre informationnel incomplet et asymétrique. Les agents peuvent prendre des décisions qui leur sont défavorables au regard du déficit informationnel dans le cadre duquel leurs anticipations sont formées. Les résultats de leurs actions peuvent en outre être affectés par les stratégies de dissimulation et de manipulation de l'information que peuvent mettre en œuvre leurs contreparties contractuelles.

Les contrats publics constituent l'un des secteurs clés dans le cadre desquels cette approche a été construite et pour lequel elle demeure une clé d'entrée des plus efficaces. Il s'agit dans le cadre de cette contribution de considérer successivement deux dimensions : comment les imperfections informationnelles peuvent induire des risques et conduire à des ajustements spécifiques dans le domaine de la commande publique et comment l'information liée à la commande publique peut à son tour être traitée pour détecter et prévenir de possibles manipulations basées sur ces mêmes imperfections.

Pour ce faire notre présentation se structure comme suit. Une première section introductive définit ce que recouvrent les notions d'information incomplète et asymétrique et montre qu'elles induisent à la fois une incertitude défavorable aux parties mais également une variable stratégique qu'elles peuvent instrumentaliser à leur profit. Une deuxième section détaille les conséquences de l'exposition de la commande publique à ces imperfections informationnelles en considérant les étapes d'expression du besoin et d'évaluation des offres. Une troisième section envisage la façon dont il est possible d'utiliser l'information disponible pour détecter des comportements déviants de la part de contractants privés qui exploiteraient stratégiquement l'incomplétude et l'asymétrie informationnelle qui caractérisent la commande publique.

1. Introduction : quelle appréhension de la notion d'information en économie des contrats ?

2 - Il est nécessaire avant de s'attacher à la question de l'information comme enjeu ou dimension structurante de la commande publique, de présenter dans une première partie la façon dont l'analyse économique s'est saisie de la question. Il convient en effet de considérer que la prise en considération d'un cadre d'information imparfaite (c.-à-d. incomplète et asymétrique) conduit à placer le choix public non plus dans une situation de risque mais d'incertitude. Cette situation ne place cependant pas les contractants publics et privés dans une situation de passivité par rapport à cette incertitude mais peut donner lieu à la mise en œuvre de comportements stratégiques.

A. - Un cadre d'information imparfaite

3 - L'économie industrielle repose depuis les années 1980 sur un cadre d'information imparfaite *i.e.* incomplète et asymétrique. En ce elle s'écarte des approches qui prévalaient jusqu'alors et qui supposaient que les agents économiques prenaient leurs décisions dans un cadre d'information complète quant aux événements futurs possibles et qu'ils bénéficiaient tous des mêmes informations.

Les premières applications de ce qui allait devenir la théorie de l'agence (en ce que le principal ne peut contrôler le comportement futur de son agent) se sont développées dans le domaine de la gouvernance d'entreprise dès les années 1930. Elles ont porté sur les questions financières dans les années 1970 avant d'être appliquées aux contrats et à la gestion publique.

La prise en compte des imperfections informationnelles conduit à mobiliser en économie des contrats les notions d'antisélection et d'aléa moral. La première recouvre le fait qu'il existe une incertitude sur les qualités intrinsèques de sa contrepartie au moment de la sélection.

tion de l'offre. La seconde désigne le fait qu'il est difficile d'observer le niveau d'efforts, et la bonne foi, de celle-ci dans l'exécution du contrat. L'antisélection ouvre le risque d'erreur dans le choix du contractant, l'aléa moral celui de mise en œuvre de comportements stratégiques (i.e. opportunistes) de sa part dans l'exécution du contrat¹.

L'analyse économique s'est saisie de la question de l'impact des imperfections informationnelles dans la réglementation et dans la commande publique dès les années 1980 avec notamment des travaux de Jean-Jacques Laffont menés avec successivement Jerry Green, Roger Guesnerie et enfin Jean Tirole avec lequel il publia en 1993 *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*² lequel constitue toujours l'ouvrage de référence pour l'application de la théorie dite « principal-agent » aux contrats publics³. La prise en compte des imperfections informationnelles a conduit à développer de nouvelles solutions contractuelles visant à faciliter la caractérisation de la qualité intrinsèque du contractant (contrats séparateurs) ou à aligner ses intérêts avec ceux de la personne publique (contrats incitatifs). Il s'agit de répondre aux risques induits par les phénomènes d'antisélection et d'aléa moral⁴.

Nous allons développer ci-après les répercussions de cette approche sur la compréhension et la gestion de la commande publique mais deux exemples d'applications peuvent être fournis à titre illustratif. Un premier exemple peut être lié au traitement des offres anormalement basses. Une proposition dans le cadre d'un appel d'offres qui s'établirait à un prix significativement inférieur à celles des concurrents ne pourrait-elle pas traduire le fait que l'entreprise en cause a mal évalué les risques attachés au projet ou se caractérisera par une qualité de réalisation bien inférieure à la moyenne ? Il s'agirait ici d'un problème d'antisélection. Un second exemple peut être trouvé dans la question du traitement des avenants : dans quelle mesure une demande de renégociations de la part du contractant de l'Administration peut-elle procéder d'une stratégie opportuniste visant à modifier les termes du contrat à son avantage une fois la pression concurrentielle écartée ? Il s'agirait dans ce cadre d'un problème d'aléa moral.

Dès lors que les contrats se concluent dans des conditions marquées par des imperfections informationnelles, il est prescrit de mettre en œuvre des contrats incitatifs ou encore séparateurs. Ces contrats vont jouer sur des paramètres telles les modalités de mise en concurrence et les formules de prix pour aligner les intérêts des différents contractants, prévenir les comportements opportunistes ou gérer au mieux les aléas qui pourraient survenir dans le cadre de l'exécution contractuelle.

1. Pour une présentation générale des imperfections informationnelles dans la commande publique, V. F. Marty, *La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles*, in E. Mueller, ed. *La commande publique, un levier pour l'action pour l'action publique ?* : Dalloz, 2018, p. 25-40.
2. J.-J. Laffont and J. Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation* : MIT Press, 1993.
3. L. Linnemer, *Le Magnifique Jean-Jacques Laffont (13 April 1947 – 1 May 2004)* : *Annals of Economics and Statistics*, 143, September 2021, p. 1-69.
4. La gestion de ces risques se traduit par des coûts de transaction pour les parties au contrat tant ex ante (coûts liés à la mise en concurrence, à l'évaluation des offres et à la rédaction des contrats) qu'ex post (coûts de supervision). Pour une application aux contrats publics complexes de long terme, V. S. De Schepper, E. Haezendonck and M. Dooms, *Understanding pre-contractual transaction costs for Public-Private Partnership infrastructure projects* : *International Journal of Project Management*, 33(4), 2015, p. 932-946.

B. - L'intégration de l'incomplétude de l'information dans le choix d'investissement public

4 - Une deuxième dimension reliée à l'incomplétude de l'information pourrait être mise en exergue. Elle se situe en amont de la sélection du contractant. Elle porte sur la décision d'investissement public elle-même. Nous ne la développerons pas dans notre seconde partie mais elle mérite d'être signalée. En effet, la décision publique, notamment dans le cadre de contrats de long terme s'inscrit non pas dans une situation de risque mais d'incertitude. La seconde se distingue de la première dans la mesure où il est impossible de prévoir tous les états du monde futurs possibles. Il n'existe donc pas de possibilités assignables aux scénarii possibles, certains ne sont pas connus. Cela a quelques conséquences sur la décision publique dès lors qu'elle se fonde sur des critères telle la valeur actuelle nette qui n'est valide qu'en environnement risqué et non incertain.

Cette question est d'autant plus intéressante que ce critère est utilisé en matière de choix d'investissement public⁵ et dans le cadre des évaluations comparées des modes de réalisation pour l'évaluation préalable de contrats globaux tels les marchés de partenariat. Le choix du recours à un PPP est basé sur l'appréciation de la valeur actuelle nette (VAN) de chaque mode de réalisation possible. Cela suppose que les différents scénarii puissent être définis *ex ante*, qu'un même taux d'actualisation puisse être appliqué aux différentes options et à l'ensemble des flux de ressources et surtout que le projet soit exécuté conformément aux anticipations⁶.

La littérature économique montre alors qu'il faut au moins corriger les estimations des VAN par rapport aux pratiques habituelles (not. différencier les taux d'actualisation) voire adopter une approche en termes d'options réelles⁷ permettant de prendre en considération l'existence d'incertitudes et ouvrant la possibilité de valoriser la flexibilité des projets⁸. En d'autres termes de « payer

5. V. la méthodologie d'évaluation socio-économique des investissements, telle que développée par le secrétaire général pour l'investissement (SGPI). Dans le cadre de cette méthodologie, « *L'évaluation socioéconomique [...] vise la quantification des différents impacts espérés (coûts et bénéfices) et cherche à en donner une traduction monétaire pour apprécier le bénéfice global que la collectivité retirera du projet. La Valeur Actuelle Nette (VAN) ainsi calculée permet d'alimenter le débat public sur le rendement global de l'investissement envisagé* », V. www.gouvernement.fr/l-evaluation-socio-economique-ese, accédé le 7 novembre 2023.
6. Pour une présentation de cette logique, V. la synthèse établie par l'EPEC quant aux méthodes d'évaluation préalable mises en œuvre en Europe. EPEC, *Value for Money Assessment – Review of approaches and key concepts* : European PPP Expertise Centre – European Investment Bank, March 2015.
7. C. Henry, *Investment Decision Under Uncertainty : The Irreversible Effect* : *American Economic Review*, 64, December 1974, p. 1006-1012.
8. Cette dimension a notamment été discutée par Marcel Boyer (M. Boyer, *Cinq méprises omniprésentes en évaluation d'investissements publics et privés* : *Cahier scientifique CIRANO*, 2017, 2017S-02). Le critère de l'évaluation de la valeur actuelle nette sur lequel reposent les comparaisons de coûts public-privé lui apparaît comme porteur de différents biais. Premièrement, il convient de ne pas appliquer un même taux d'actualisation à l'ensemble des flux dans la mesure où chacun d'entre eux est caractérisé par des profils de risques distincts. Les flux financiers constitutifs des estimations de coûts peuvent en effet présenter des volatilités différenciées qu'il s'agit de prendre en considération au travers de taux distincts ; cette approche vaut également dès lors que le décideur public admet qu'il ne se place pas dans une situation de risque mais d'incertitude. Enfin, Marcel Boyer critique l'une des hypothèses implicites du calcul de la VAN, à savoir que le projet va se dérouler tel qu'il est initialement conçu sans ajustement. Or, admettre un rôle actif au gestionnaire de projet dans le cadre d'une décision en situation d'incertitude (i.e. en information incomplète et asymétrique) suppose de préférer à la VAN (qui ne fait sens qu'en environnement risqué), une méthode de valorisation des projets basée sur la théorie des options réelles qui permet de valoriser la flexibilité dans les choix. Une option peut être rejetée sur la base de la VAN mais s'avérer préférable dans le cadre d'une valorisation des options réelles en ce qu'elle offre plus de capacité d'adaptation à des événements incertains pouvant survenir en cours d'exécution

l'option » pour avoir la possibilité d'ajuster le périmètre ou le phasage d'un projet au fil de son exécution au fur et à mesure que les aléas se matérialisent ou, au contraire, sont progressivement écartés⁹.

C. - L'information peut également être manipulée par les parties

5 - L'information n'est pas pour autant une donnée vis-à-vis de laquelle les agents sont passifs. Les contractants peuvent essayer de tirer avantage des imperfections informationnelles comme nous l'avons noté dans notre première section mais ils peuvent également manipuler l'information à leur avantage. Pour les candidats, cela peut passer par exemple, par des stratégies de renforcement artificiel de la transparence ou à l'inverse d'opacification volontaire, de bruit, etc. Dans d'autres cas, l'imperfection informationnelle peut favoriser la mise en œuvre de pratiques compromettant l'intégrité des marchés publics. L'opacité peut être instrumentalisée dans des stratégies de corruption, notamment en matière de favoritisme.

Les dimensions abordées supra relèvent des conditions qui procèdent de facteurs extérieurs qui s'imposent aux parties ou que celles-ci ne peuvent directement instrumentaliser à leur profit. Il s'agit de considérer ici des stratégies actives de certaines parties qui peuvent manipuler l'information au détriment des intérêts de leur (co) contractant. Deux exemples peuvent être apportés en matière de concurrence dans les marchés publics. Le premier exemple correspond à des stratégies d'ententes anticoncurrentielles initiées par les contractants potentiels de l'Administration. Le second, de nature symétrique peut procéder de l'utilisation stratégique de l'incertitude par l'acheteur public lui-même, notamment pour déstabiliser des ententes.

Considérons rapidement ces deux options.

La première option est celle d'une entente anticoncurrentielle. Une collusion peut procéder d'une transparence artificielle entre concurrents (elle peut également procéder d'une stratégie d'opacification volontaire des firmes pour entraver la comparabilité de leurs offres par l'acheteur public). Il ne s'agit pas de jouer sur l'attribution du marché en mettant en œuvre par exemple un mécanisme d'offres de couverture mais de limiter la concurrence en prix.

La seconde option tient à une stratégie active de la part de l'acheteur public pour déstabiliser d'éventuelles ententes. En effet, des mises en concurrence sur la base de programmes fonctionnels, des modes d'attribution de contrats négociés voire de gré-à-gré, ou encore sur la base de critères non pondérés peuvent induire une incertitude quant à la décision de la personne publique et ce faisant permettre au travers d'une plus grande marge

discrétionnaire déstabiliser un éventuel accord collusif. Cependant, plus significative est la marge discrétionnaire, plus entravée est la redevabilité ; ce qui accroît d'autant les risques d'intégrité de la commande publique.

2. Illustration par deux phénomènes liés à l'exploitation et au contrôle des imperfections informationnelles dans la commande publique

6 - Pour aller plus en avant, nous nous proposons de considérer deux ensembles de cas permettant d'illustrer les enjeux informationnels auxquels doit faire face la commande publique. Nous allons successivement considérer les impacts de l'imperfection à disposition de l'acheteur public au moment où il formule son besoin (A) et les impacts de celle-ci lorsqu'il doit évaluer les offres.

A. - Impacts de l'imperfection de l'information à disposition de l'acheteur public dans la définition du besoin et dans son expression

7 - Les difficultés que peut rencontrer un acheteur public lorsqu'il s'agit de définir son besoin font écho à la directive européenne de mars 2004 qui avait ouvert la voie à la mise en œuvre d'un dialogue compétitif comme mode d'attribution d'un marché. Quand la complexité propre à l'objet de la commande publique présente un degré de complexité tel qu'il est impossible de rédiger un cahier des charges détaillé, le dialogue compétitif est un outil contractuel à disposition de l'acheteur public. L'une des voies de recours au marché de partenariat (alors contrat de partenariat) reposait sur cette base et une partie importante de l'avantage comparatif initial de ce contrat tenait à cette possibilité même de faire reposer la mise en concurrence sur un programme fonctionnel.

Cependant, la question de l'imprécision de la définition du besoin peut être porteuse de risques et de surcoûts pour la personne publique. Ceux-ci peuvent être divisés en trois ensembles : une prime de risque additionnelle appliquée par les candidats potentiels (1°), un risque plus élevé de mise en concurrence infructueuse ou caractérisée par un monopole bilatéral (2°) et enfin un risque plus élevé de renégociations contractuelles à l'instigation même de l'acheteur public (3°).

1° Impacts négatifs d'une définition imprécise du besoin sur le prix des offres privés

8 - Le caractère imprécis de l'expression du besoin peut avoir un impact négatif sur la propension des firmes à répondre à la mise en concurrence mais aussi de conduire à une augmentation des prix proposés par les firmes qui acceptent de concourir. En effet, l'incertitude qui entoure le besoin précis de la personne publique peut faire craindre des difficultés contractuelles aux partenaires et donc les conduire à intégrer une prime de risque à leur prix.

Ce point a notamment été analysé dans la littérature économique. Patrick Bajari et al. montrent à partir de données empiriques reliées à des marchés de voiries autoroutières en Californie que l'anticipation de renégociations dans de tels cas¹⁰ et des coûts d'adaptations qui sont susceptibles d'en découler conduisent les offreurs privés à appli-

du contrat. Cependant, cette approche même peut conduire à une contradiction dans le cadre d'un choix public en faveur d'un PPP. En effet, l'un des intérêts du PPP pour la personne publique tient à la protection contre l'aléa. Il ne s'agit pas tant d'opérer un choix optimal (bien difficile à garantir ex ante pour un contrat de très long terme) que de se protéger contre des événements pouvant exposer la personne publique à des risques dont elle aurait à subir dans le cas d'un projet traditionnel les conséquences financières. Le caractère de prix forfaitaire, étalé le long du contrat, des loyers garantis, pour la personne publique, la soutenabilité des engagements et une protection contre les surcoûts (J. Bensaid et F. Marty, *Pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique* : Prisme, Centre Cournot, nov. 2013, n° 27). Il pourrait donc être de l'intérêt de la personne publique de limiter la flexibilité. Cependant, ce raisonnement peut être discuté. Du fait de l'imprévisibilité du futur, des renégociations peuvent être nécessaires que cela soit pour s'ajuster aux aléas susceptibles de mettre en cause la continuité du service ou à sa nécessaire mutabilité du fait de l'évolution des besoins collectifs dans la durée du contrat (J. Beuve, A. Le Lannier et Z. Le Squerier, *Renégociation des contrats de PPP : Risques et opportunités*, in S. Saussier, ed, *Economie des partenariats public-privé : De Boeck*, 2015, p. 165-192). La logique d'option s'applique donc pour jauger de l'opportunité de s'engager dans un PPP.

9. C.-D. Nidier, *Options réelles et décisions d'investissement : de la logique de demande à la logique d'offre* : Gestion et Finances Publiques, juill. 2009, n° 7.

10. Il peut s'agir de doutes sur la justesse des estimations faites par l'acheteur public quant aux quantités de matériaux nécessaires ou sur les périmètres sur lesquels doivent porter les travaux.

quer une prime de risque entre 7,5 et 14 % du prix total de leur offre¹¹.

Dans de pareilles situations la solution optimale théorique quant à la forme du contrat (le prix forfaitaire plus que le contrat à remboursements de coûts¹²) et à son mode attribution (appel d'offres concurrentiel versus marché négocié) peut être mise en question. Quand l'incertitude *ex ante* sur le besoin est trop forte, un contrat a priori dominé (marché négocié, contrats à remboursements de coûts...) peut être préféré car il réduit les coûts d'adaptation et conduit donc à un prix moindre en ce qu'il limite la prime de risque exigée par les contractants potentiels¹³.

2° Impact négatif d'une mauvaise appréciation des capacités des entreprises à répondre à la mise en concurrence

9 - Si la personne publique lance une procédure dans le cadre d'une information incomplète et asymétrique, elle s'expose à un ensemble de risques liés à une trop faible concurrence qui se traduit par une « *rente de monopole* » de la part du contractant, en d'autres termes en la capacité d'imposer une surcharge par rapport à ce qui serait un prix concurrentiel. La seconde situation correspond à un appel d'offres infructueux¹⁴. La première expose à une situation de monopole bilatéral. Prévenir une situation d'infructuosité, pénalisante en termes de coûts de transactions et de délais dans l'approvisionnement, suppose de mener une étude préalable des capacités du privé à répondre au besoin, voire de s'engager dans des politiques de sourçage. Prendre en compte un risque de faire face à une situation dans laquelle il n'y aurait qu'un seul offreur peut conduire à opter *ex ante* pour des formules de mise en concurrence négociées voire de gré à gré.

3° Imprécision du besoin public et risques liés aux renégociations

10 - Nous avons vu dans notre IIA1 que les offreurs potentiels peuvent appliquer une prime de risque en cas de spécification imprécise du besoin au regard des risques anticipés en termes de coûts d'adaptation résultant de probables renégociations. Si ces renégociations exposent le privé à un risque de surcoûts, elles peuvent se faire bien plus souvent au détriment de la personne publique. C'est elle qui demandera le plus probablement une révision des termes du contrat et qui négociera en position de faiblesse. Pour autant l'imperfection des spécifications initiales, les changements erratiques de spécifications et l'absence de gestion coopérative des difficultés d'ajustements peuvent conduire à des situations dans lesquelles les deux contractants peuvent perdre simultanément dans le cadre de la réalisation de l'objet du contrat.

11. P. Bajari, S. Houghton and S. Tadelis, *Bidding for Incomplete Contracts : An Empirical Analysis of Adaptation Costs : American Economic Review*, 104(4), 2014, p. 1288-1319.

12. Il s'agit ici d'idéaux-types. Le contrat à prix forfaitaire expose le contractant à l'ensemble des aléas sur les coûts mais le laisse attributaire en dernier ressort de tous les gains de productivité réalisés. À l'inverse un contrat à remboursement de coûts conduit l'Administration à couvrir l'intégralité des coûts du prestataire et à lui assurer une marge (on parle alors de contrats *cost plus fees*).

13. Une spécification par trop précise peut également générer des inefficiences. Premièrement, cela limite les capacités d'innovation et de proposition des firmes. Deuxièmement, une précision « *disproportionnée* », par exemple en matière de spécifications techniques, peut restreindre de façon disproportionnée la concurrence pour le marché.

14. C.-B. Casady, O.-H. Petersen and L. Brogaard, *Public procurement failure : The role of transaction costs and government capacity in procurement cancellations : Public Management Review*, forthcoming, 2023 <https://doi.org/10.1080/14719037.2023.2231945>

Le cas du bail emphytéotique hospitalier (BEH) relatif à l'hôpital sud-francilien illustre de tels risques¹⁵. À titre d'exemple, l'addition en cours de réalisation du projet d'une possibilité de création d'un hôpital pénitentiaire (UHSI – unité hospitalière sécurisée inter-régionale) afin d'absorber les surcapacités potentielles de l'hôpital avait conduit à des délais additionnels dans la mise en service de l'hôpital et à des surcoûts pour le partenaire privé quand bien même l'option fut finalement écartée. Le partenaire public avait demandé l'étude de cette adaptation en décembre 2008 et l'a définitivement abandonnée fin 2009. Le prestataire privé a considéré que la prise en compte de cette possible adaptation avait désorganisé son chantier expliquant le retard constaté dans la mise en service de l'hôpital par rapport à ses engagements contractuels. Il a donc exigé une non-application des pénalités de retard et un dédommagement à hauteur de 184,8 millions d'euros (soit 54 % de la valeur de l'investissement liés au contrat de BEH). Le différend entre les partenaires public et privé sur l'estimation et l'imputation de ce surcoût s'ajouta aux nombreux conflits et revendications réciproques qui marquèrent la vie de ce contrat... avant sa résiliation.

Cet exemple, parmi d'autres, témoigne de la nécessité, notamment en situation d'incertitude lors de la définition du besoin ou d'aléa dans la réalisation du projet, de l'adoption de clauses permettant une flexibilité du contrat, notamment en matière d'attribution des risques (clauses de réexamen) et de l'adoption d'une logique « *relationnelle* » et non pas « *agonistique* » dans la gestion de la relation contractuelle¹⁶.

B. - Imperfections informationnelles et capacité d'évaluation des offres

11 - Un second ensemble de difficultés porte sur l'évaluation des offres dans un environnement d'information imparfaite. Nous pouvons considérer à titre illustratif quatre situations. La première tient à l'évaluation préalable et notamment aux conditions de réalisation de l'évaluation comparée des modes de réalisation (1°). La deuxième à la question des offres anormalement basses (2°). La troisième au risque de mise en œuvre *ex post* d'*hold-up* contractuels de la part du partenaire privé (3°). La quatrième enfin au risque de mise en place de stratégies collusives autour de la commande publique (4°).

1° Les difficultés propres à une évaluation comparée des modes de réalisation dans une situation d'information imparfaite

12 - Comme nous l'avons vu dans notre première partie l'évaluation comparée des modes de réalisation est une étape déterminante dans le choix de la personne publique en ce qu'elle va la conduire à décider de l'instrument contractuel le plus adapté à la réalisation de son projet en prenant en considération des facteurs liés aux coûts et aux risques anticipés. Il est donc nécessaire d'investir dans l'estimation des coûts dans les différentes options, d'évaluer la distribution des risques et l'appétence des partenaires privés éventuels pour leur assumption. Ces différentes estimations ont un impact déterminant dans les résultats des évaluations préalables.

Ces évaluations sont incertaines pour plusieurs raisons. Elles sont par définition préalables à la mise en concurrence. Les prix qui pourront être proposés par les candidats potentiels ne sont qu'estimés par la personne publique et ses conseils et peuvent s'écarter des coûts possibles (en fonction du degré de concurrence pour le marché par ex.). De la même façon, dans la comparaison entre des contrats sépa-

15. *Chambre régionale des comptes d'Île de France, Rapp. d'observations définitives sur le Centre Hospitalier Sud Francilien, janv. 2015.*

16. L. Athias and S. Saussier, *Are public private partnerships that rigid ? And why ? Evidence from price provisions in French toll road concession contracts, Transportation Research – Part A : Policy and Practice*, 111, 2018, p. 174-188.

rés (conception, réalisation, exploitation-maintenance) et un contrat global, les coûts et les risques d'interface (coûts, délais) ne sont qu'estimés. Ces estimations sont en outre d'autant plus incertaines que le projet est inédit. Enfin, même s'il s'agit de comparer une réalisation en interne avec une solution partenariale, la mise en place d'un comparateur de coût public-privé peut être d'autant plus difficile que la personne publique ne dispose pas d'une comptabilité de gestion adéquate. L'information sur les coûts publics est alors l'une des composantes essentielles du problème.

2° Traitement des offres anormalement basses

13 - Un deuxième problème la décision publique tient au traitement d'offres particulièrement attractives dans le cadre de l'analyse des réponses à la mise en concurrence. Deux risques peuvent être considérés quand une des offres présente un montant ou des conditions significativement plus attractifs que les offres concurrentes. Le premier risque que nous allons considérer ici est celui de la malédiction du vainqueur. Le second, que nous considérerons dans notre point II.B.3 est celui du *hold-up* contractuel.

Dans les deux cas, le contrat devra être renégocié. Dans le cas de la malédiction du vainqueur, il ne s'agit pas d'une stratégie opportuniste de la firme partenaire mais au contraire de la sélection d'un offreur qui n'a pas su estimer correctement ses coûts ou les risques liés au contrat et qui aura de fortes chances d'être défaillant si certains des risques venaient à se matérialiser¹⁷. L'acheteur public risquerait alors de devoir venir au secours de son contractant (en absorbant les surcoûts ou en réinternalisant les risques) voire de devoir faire face à une non-exécution du projet. Un exemple de ce risque peut être trouvé avec le cas de la PFI britannique relative au National Physical Laboratory¹⁸. L'entreprise qui manifeste un biais d'optimisme excessif ou qui s'inscrit dans une lutte concurrentielle trop acharnée pour obtenir le contrat peut connaître une telle malédiction et exposer ainsi son partenaire public à des risques majeurs¹⁹.

Pour autant, on ne saurait les écarter *ex ante* : à la fois pour un bon usage des deniers publics et pour déstabiliser d'éventuels cartels auxquels le « *maverick* » n'appartiendrait pas. Le traitement des offres anormalement basses suppose d'investir dans l'acquisition d'informations. Les procédures de traitement des offres anormalement basses dans les règles relatives à la commande publique participent de cette logique²⁰.

3° Scenarii de *hold-up* contractuels

14 - Le *hold-up* contractuel est le symétrique de la malédiction du vainqueur non pas en termes de conséquences (une renégociation anticipée dans les deux cas) mais en termes d'intentionnalité. Une firme opportuniste repère *ex ante* une imperfection dans les termes de l'appel à concurrence, fait une offre particulièrement attractive pour se voir attribuer le contrat et demandera ensuite une renégocia-

tion qu'elle pourra engager en position de force. Plus l'information de la personne publique est imparfaite, plus de telles stratégies opportunistes pourraient être mises en œuvre aisément. Ces comportements opportunistes de la part des contractants ne sont pas sans risques, notamment en matière réputationnelle²¹.

Cependant dirimer entre ce qui résulte d'une stratégie opportuniste et d'un ajustement nécessaire des termes du contrat est particulièrement difficile dans des contrats globaux de long terme tels les PPP au sens large (concessions, marchés de partenariats,...) : l'effet de verrouillage facilite leur commission mais la complexité intrinsèque du contrat et la nécessité légitime de réviser les obligations réciproques au regard d'évolutions qui étaient impossibles à prévoir *ex ante* font que les renégociations demandées par les contractants privés ne peuvent être tenues per se comme résultant de la mise en œuvre de stratégies opportunistes²².

4° Imperfections informationnelles et commission de pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique

15 - Une dernière situation à considérer est celle d'une information insuffisante de la personne publique quant au degré effectif de concurrence sur le marché. Un appel d'offres concurrentiels sur la base du prix avec ouverture des plis peut par exemple être particulièrement inadapté dans le cadre d'un marché sur lequel s'est développée une entente anticoncurrentielle. En d'autres termes, une information incomplète et asymétrique peut conduire à des modalités de mise en concurrence sous optimales. L'asymétrie informationnelle bénéficie aux firmes potentiellement candidates. Tout ce qui concourt à la transparence de l'acquisition publique (procédure, critères, révélation des offres...) aura pour effet de stabiliser l'entente.

Ce point permet d'illustrer un des paradoxes de l'approche informationnelle de la commande publique. La simplicité des règles d'attribution peut favoriser des équilibres collusifs. À l'inverse des règles d'attribution privilégiant la négociation ou se basant sur une pluralité de critères dont la pondération ou les modalités d'évaluation ouvrent la voie une plus forte marge de discrétion de la part de l'acheteur public. Si celle-ci est de nature à déstabiliser d'éventuelles ententes, elle n'en accroît pas moins le risque de favoritisme²³. Ainsi, si le décideur public en situation d'imperfection informationnelle peut arbitrer entre risques de favoritisme²⁴ et de collusion au travers des règles qu'il choisit²⁵.

17. Un fort degré de concurrence pour le marché peut aggraver ce risque si les firmes en concurrence se caractérisent par des fonctions homogènes. Maximiser la probabilité de remporter le marché suppose de placer son prix le plus près possible de son coût marginal, ce qui réduit d'autant la capacité à faire face aux aléas en cours d'exécution du contrat. Paradoxalement, la prise en compte de ce risque peut conduire certains offreurs à définir leur prix de façon moins agressive. L'internalisation du risque peut donc renchérir l'achat public et ce d'autant plus que les contractants anticipent des renégociations difficiles au regard des clauses contractuelles. V. L. Athias and A. Nunez, *Winner's Curse in Toll Road Concessions* : *Economics Letters*, 3(101), 2008, p. 172-174.

18. National Audit Office, *The Termination of the PFI Contract for the National Physical Laboratory*, May 2006, www.nao.org.uk/reports/the-termination-of-the-pfi-contract-for-the-national-physical-laboratory/

19. R.-H. Thaler, *Anomalies : The Winner's Curse* : *The Journal of Economic Perspectives*, 2(1), 1988, p. 191-202, www.jstor.org/stable/1942752/

20. S. de La Rosa, *Droit européen de la commande publique* : Bruylant, 2017.

21. L'impact réputationnel est à prendre en considération au regard d'interactions répétées sur le long terme entre les deux parties et de la capacité à être désigné comme attributaire de futurs marchés par d'autres contractants publics. V. ces questions : N. Doni, *The Importance of Reputation in Awarding Public Contracts* : *Annals of Public and Cooperative Economics*, 77(4), 2006, p. 401-429. – G. Spagnolo, *Reputation, Competition and Entry in Procurement* : *International Journal of Industrial Organization*, 30(3), 2012, p. 291-296. – S. Saussier et J. Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique* : *Note du conseil d'analyse économique*, 2015, n° 22, 12 p.

22. J. de Bruux, *The Dark and Bright Sides of Renegotiations : An Application to Transport Concession Contracts* : *Utilities Policy*, 18(2), 2010, p. 77-85.

23. F. Decarolis; R. Fisman, P. Pinotti and S. Vamutelli, *Rules, Discretion, and Corruption in Procurement : Evidence from Italian Government Contracting* : *NBER Working Paper*, December 2020, n° 28209.

24. Si la renégociation apparaît comme une conséquence possible de phénomènes de favoritisme, il convient de prendre en compte plusieurs facteurs. Premièrement comme nous l'avons vu supra, plus la décision initiale est prise en environnement imparfait, plus la probabilité de renégociation est forte. Deuxièmement, les renégociations peuvent procéder de choix initiaux sous-optimaux de la personne publique contractante (V. O. Bandiera, A. Prat and T. Valletti, *Active and Passive Waste in Government Spending : Evidence from a Policy Experiment* : *American Economic Review*, 99(4), 2009, p. 1278-1308). Troisièmement, dans des contrats globaux de long terme le fait de négocier peut participer de l'efficacité de la commande publique (V. Beuve et al., (2015), préc.).

25. V. not. : L. Athias et L. Chever, *Efficacité relative des appels d'offres concurrentiels*, in Saussier S., ed, *Economie des partenariats public-privé* : De Boeck,

3. Utilisation de l'information disponible sur l'attribution des marchés publics pour la détection de pratiques anticoncurrentielles et de phénomènes de corruption

16 - Cependant, il est également possible pour la personne publique d'exploiter l'information disponible pour détecter d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ou déviantes dans l'attribution de ses marchés, qu'il s'agisse de la détection de configuration d'offres de couverture ou de pratiques de favoritisme. C'est ce dernier point relatif à la collecte et au traitement de l'information que nous présentons dans cette section en considérant successivement les outils de détection de nature économétrique (A) et ceux fondés sur l'intelligence artificielle (B).

A. - Méthodes économétriques

17 - Des méthodes économétriques sont, de longue date, disponibles pour détecter des situations susceptibles de révéler l'existence de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de l'attribution de contrats publics²⁶. Le cas des offres de couverture est particulièrement intéressant pour la mise en œuvre de ces méthodes. Ces pratiques dont l'entente sanctionnée par l'Autorité de la concurrence en mars 2022 dans le cadre de marché de collecte de déchets dans le département de Haute-Savoie fournit un exemple quasi-archétypal²⁷, présentent quelques régularités sur lesquelles il est possible de construire des tests économétriques. Imhof et al. ont montré que les offres de couverture se caractérisent par quelques régularités statistiques anormales : l'offre la plus favorable est « raisonnablement » élevée et est proche des offres précédentes de la firme concernée dans des marchés précédents, les offres de couverture sont significativement plus élevées en matière de prix mais pas exagérément, les différences entre les offres sont relativement fortes entre le gagnant et la deuxième offre mais faibles entre la deuxième offre et les suivantes²⁸.

Une abondante littérature économique a été développée quant aux méthodes de détection économétrique des configurations de marché suspectes²⁹. Cependant, ces outils présentent certaines limites. Parmi celles-ci deux sont à considérer. Premièrement, il faut qu'une suspicion existe ; tous les marchés ne peuvent être analysés. Deuxièmement, le taux d'erreur est assez élevé qu'il s'agisse de cas de

faux négatifs ou de faux positifs. Le recours à l'apprentissage machine va permettre de limiter significativement ces deux problèmes³⁰.

B. - Apprentissage machine

18 - Plusieurs travaux ont été récemment publiés pour montrer les avantages du recours à l'intelligence artificielle pour détecter des configurations anormales dans le cadre des contrats publics pour en déduire l'existence de risques sur l'intégrité de ces derniers. L'avantage des outils basés sur l'apprentissage machine est de permettre un taux de détection bien plus élevé que les outils traditionnels et de mettre en évidence des liens de corrélation non anticipés. L'utilisation de l'information disponible sur les contrats publics permet de mettre en œuvre de tels outils. Deux domaines d'application ont été particulièrement considérés dans la littérature. Ils correspondent aux deux principaux risques pesant sur les contrats publics, à savoir les phénomènes collusifs et les pratiques de favoritisme.

En matière de détection des phénomènes de collusion, une abondante littérature est maintenant disponible en droit, économie et sciences des données sur la possibilité d'utiliser les données massives aujourd'hui disponibles pour repérer des configurations de marché anormales. Des outils d'I.A. sont utilisés, notamment dans le domaine de l'apprentissage machine, pour mettre en exergue des équilibres de collusion tacite, des mécanismes de collusion par signaux, et, point qui nous intéresse ici particulièrement, celui des ententes formées autour de l'attribution des marchés publics. Le cas des offres de couverture a fait l'objet de travaux particulièrement importants. La recherche la plus emblématique a été celle développée par Imhof et ses coauteurs à partir d'algorithmes entraînés sur la base de données relatives à des cartels dans le canton suisse du Tessin³¹.

Le second domaine dans lequel la littérature a montré l'apport de l'apprentissage machine pour détecter des pratiques non-conformes est celui du favoritisme dans les marchés publics et plus largement celui de la corruption. Deux principales études peuvent être citées. Une première, basée sur le cas colombien, montre comment l'utilisation d'outils d'apprentissage machine peut permettre de mettre en exergue des anomalies (par rapport aux prédictions algorithmiques) en matière d'attribution des marchés, qui peuvent procéder de la mise en œuvre de favoritisme de la part des acheteurs publics³². À partir de données italiennes, il a également été montré comment l'I.A. peut nous permettre de détecter des attributions de marché susceptibles de procéder de stratégies de corruption³³.

Les faits de corruption dans les marchés publics sont bien évidemment à l'origine d'une mauvaise allocation des ressources dans l'économie mais se traduisent également par une mauvaise performance de l'achat public en lui-même : les contrats ayant fait l'objet de favoritisme ayant une plus forte propension à connaître des surcoûts, des délais de réalisation additionnels et d'être renégociés. L'intérêt de l'apprentissage machine est qu'il peut permettre de détecter des facteurs favorables aux pratiques de favoritisme qui n'apparaissent pas comme évidents en première analyse³⁴. Par exemple, les procédures d'urgence qui sont les plus suspectes ne ressortent pas de l'analyse

2015, p. 143-164. – D. Coviello, A. Giuglielmo and G. Spagnolo, *The effects of discretion on procurement performance* : *Management Science*, 64(2), 2017, p. 715-738.

26. L'utilisation de l'information disponible en matière de commande publique pourrait également être envisagée au travers de la construction d'indicateurs permettant – au point de vue – théorique de prendre en considération la réputation d'une entreprise donnée dans la sélection des offres ; V. par ex.N. Fiorino, E. Galli, I. Rizzo and M. Valente, *Public procurement and reputation. An agent-based model* : *Metroeconomica*, 74(4), 2023, p. 806-832.

27. *Aut. conc., déc. n° 22-D-08, 3 mars 2022, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute-Savoie* : *JCP A* 2022, act. 221.

28. D. Imhof, Y. Karagoek and S. Rutz, *Screening for bid-rigging : does it work ?*, vol. 14 : *Journal of Competition Law and Economics*, 2018, n° 2, p. 235-261.

29. V. not. : R.-H. Porter and J.-D. Zona, *Detection of bid-rigging in procurement auctions* : *Journal of Political Economy*, 101(3), 1993, p. 518-538. – P. Bajari and L. Ye, *Deciding Between Competition and Collusion*, vol. 85 : *Review of Economics and Statistics*, 2003, p. 971-985. – S. Chassang, K. Kawai, J. Nakabayashi and J. Ortner, (2022), *Robust screens for non-competitive biddings in procurement auctions* : *Econometrica*, 90(1), 2022, p. 315-346. – J. Amthauer, J. Fleiß, F. Guggi and V. Robertson, *Ready or not ? A systematic review of case studies using data-driven approaches to detect real-world antitrust violations* : *Computer Law & Security Review*, 49, 2023, art. 105807.

30. H. Wallimann, D. Imhof and M. Huber, *A Machine Learning Approach for Flagging Incomplete Bid-Rigging Cartels* : *Computational Economics*, 62, 2023, p. 1169-1720.

31. M. Huber and D. Imhof, *Machine Learning with Screen for Detecting Bid-rigging Cartels*, vol. 65 : *International Journal of Industrial Organization*, 2018, p. 277-301.

32. J. Gallego, G. Rivero and J. Martinez, *Preventing rather than Punishing : An Early Warning Model of Malfeasance in Public Procurement* : *International Journal of Forecasting*, 37(1), 2021, p. 360-377.

33. F. Decarolis and C. Giorgiantonio, *Corruption red flags in public procurement : new evidence from Italian calls for tenders*, vol. 11 : *EPJ Data Science*, 16, 2022, p. 1-38.

34. F. Decarolis and C. Giorgiantonio, 2022, *ibid.*

(sans doute parce que les agents économiques concernés anticipent des contrôles spécifiques) à l'inverse de méthodologies d'évaluation multicritères qui sont devenues au sein de l'U.E. la norme d'attribution des contrats (le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse ayant supplanté celui du moins-disant) ou encore du niveau de détail du texte de mise en concurrence. L'I.A. permet également de pouvoir superviser efficacement, en jouant sur le traitement de données massives, des marchés décentralisés comme c'est le cas pour ceux des collectivités territoriales.

Ainsi, si l'utilisation d'outils prédictifs permet de répondre à une partie des enjeux liés aux imperfections informationnelles qui accompagnent la concurrence autour des contrats publics, deux problèmes demeurent³⁵. Le premier problème a trait à l'information nécessaire pour la mise en œuvre de ces outils algorithmiques qui

n'est pas toujours disponible aux autorités de supervision (il est nécessaire d'avoir l'intégralité des offres déposées). Le second problème relève du statut de la preuve algorithmique. Elle soulève des questions en termes de possibles biais, de redevabilité mais également de charge de la preuve³⁶.

Disposer d'outils de détection efficaces des pratiques déviantes et se doter de règles de commande publiques qui permettent une nécessaire flexibilité, au regard des incertitudes qui accompagnent la réalisation des projets et l'évolution des besoins et des conditions notamment dans les contrats de long terme, sont deux facteurs qui peuvent éviter une rigidité excessive des contrats publics tant en matière de règles d'attribution que de gestion³⁷. ■

35. N. de Marcellis-Warin, F. Marty et T. Warin, *Vers un virage algorithmique de la lutte anticartels ? Explicabilité et redevabilité à l'aube des algorithmes de surveillance : Ethique Publique*, 23(1), 2021.

36. J. De Cooman, *Outsmarting Pac-Man with artificial intelligence, or why Ai-driven cartel screening is not a silver-bullet* : *Journal of European Competition Law and Practice*, 14(4), 2023, p. 186-202.

37. E. Bosio, S. Djankov, E. Glaeser et A. Schleifer, *Public Procurement in Law and Practice* : *American Economic Review*, 112(4), 2022, p. 1091-1117.

2386 L'information comme facteur d'efficacité de la commande publique

Raphaël ARNOUX,

sous-directeur du droit
de la commande publique
à la direction des affaires juridiques
du ministère de l'Économie
et des Finances

La maîtrise et la bonne utilisation de l'information ponctuent toutes les étapes de la vie des contrats de la commande publique depuis la définition du besoin jusqu'à l'achèvement du contrat.

Les obligations juridiques de publicité visent certes à respecter les principes européens et nationaux de la commande publique de transparence et de non-discrimination parce que les autorités contractantes publiques ne sont, à la différence des entreprises commerciales, pas exclusivement mues par la recherche d'une optimisation des coûts et d'une maximisation des résultats.

Mais l'information est aussi la condition matérielle d'un achat économiquement performant. Sa maîtrise et sa bonne utilisation ont logiquement conduit, depuis une vingtaine d'années, à une transformation et à une professionnalisation de la fonction achat.

1. Les règles de mise en concurrence placent l'information au cœur du respect des principes de la commande publique, y compris pour les marchés dispensés de concurrence

1 - Tous les liens entre information et efficacité de la commande publique pourraient, pour l'essentiel, être résumé en trois phrases, celles qui forment l'article L. 3 du Code de la commande publique, rappelant les grands principes qui sont au cœur des directives européennes et de l'ensemble des règles de la commande publique à toutes les étapes, depuis la définition du besoin jusqu'à l'exécution du marché.

Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures dans les conditions prévues par le présent code.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Ces principes ont aussi été affirmés et précisés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et peuvent trouver à s'appliquer y compris pour des contrats de la commande publique qui, à raison de leur objet¹ ou de leur montant², ne sont pas soumis aux règles précises prévues par les directives européennes : dès lors qu'un projet de contrat présente un intérêt transfrontalier certain, les principes de transparence et de non-discrimination qui découlent des règles fondamentales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent. Ces principes ont aussi été affirmés pour les mêmes motifs par la jurisprudence nationale du Conseil constitutionnel³ qui leur a conféré une valeur constitutionnelle découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et précisé que le code ne fait que les rappeler. Ils l'ont enfin été par celle du Conseil d'État pour les mêmes motifs que la jurisprudence européenne, ainsi que dans son avis sur la partie législative du Code de la commande publique⁴.

La transparence, c'est bien sûr l'information et l'obligation de publicité, même si l'information recouvre un champ beaucoup plus large que celui concernant les obligations de publicité et de mise en concurrence. Elle est aussi inhérente à la performance économique.

L'information se réalise en particulier par la publicité préalable, obligation d'autant plus essentielle qu'elle est la condition nécessaire de l'effectivité et du respect de tous les objectifs et règles de la commande publique. Au demeurant, hormis les cas où c'est l'objet même des marchés qui fonde leur exclusion du champ des directives, tels les services d'emprunt ou d'émissions, de vente ou d'achat d'instruments financiers ou les services de représentation légale par un avocat

dans le cadre d'un contentieux, les conditions d'application de certaines exclusions du champ des directives s'apprécient strictement. Le cas de l'incompatibilité entre la publicité préalable et l'efficacité de la commande publique, visé notamment aux articles L. 2512-3 et L. 3212-3 du Code de la commande publique, dans lequel la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État ou le respect de législations imposant le secret sont incompatibles n'est invocable que des mesures de moindre effet permettent de concilier les deux⁵.

Ainsi, même dans les cas d'exclusion du champ d'application des directives européennes de ces « autres » contrats de la commande publique régis respectivement par le livre V de la deuxième partie et le livre III de la 3^e partie du Code de la commande publique, l'efficacité de la commande publique suppose, *a fortiori* en l'absence de publicité préalable, une connaissance aussi poussée des caractéristiques, des qualités voire des risques des opérateurs économiques pouvant satisfaire ces exigences et de leurs offres.

En principe, transparence et information d'une part, et égalité de traitement d'autre part, sont donc les deux leviers, indissociables, qu'il est nécessaire de mettre en œuvre pour obtenir la meilleure efficacité de la commande publique.

Viennent enfin les objectifs : l'efficacité de la commande publique qui est l'utilité, au sens économique du terme, des prestations obtenues, leur contribution optimale à la satisfaction du besoin de l'acheteur, ainsi que son corollaire qui est aussi une contrainte inhérente à tout achat, la bonne utilisation des deniers publics qui a été aussi consacrée dans les directives européennes à partir de leurs versions de 2004.

2. Mobilisée à chaque étape du processus achat, l'information donnée ou sollicitée conditionne tant la sécurité des procédures de passation que l'efficacité de l'achat

2 - La première des informations, chronologiquement comme en importance, n'est pourtant pas une obligation légale. Il s'agit de la connaissance préalable du marché fournisseurs par les services techniques et prescripteurs de l'acheteur. Elle est d'autant plus essentielle que la logique des procédures de passation des marchés publics avec publicité et concurrence, même celles avec négociation, reste très largement une logique de contrat d'adhésion, pour les soumissionnaires, aux conditions de l'acheteur. Les autorités contractantes sont tenues de fournir initialement des informations suffisamment précises pour permettre aux entreprises « de déterminer la nature et la portée du contrat et de décider de demander ou non de participer à la procédure »⁶. La négociation ne peut en effet pas remettre en cause les exigences minimales du cahier des charges, les critères d'attribution ou l'objet du contrat (CCP, art. R. 2161-17 et L. 3124-1).

L'acheteur public ne peut donc pas se lancer à l'aveugle en espérant que les entreprises comprendront précisément un besoin décrit sommairement. Connaître le marché fournisseurs suppose donc souvent de mettre en œuvre des démarches de sourcing. Celles-ci ont toujours été possibles mais n'ont formellement été inscrites de notre droit qu'à compter des directives de 2014⁷, transposé désormais à l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique.

Il y a donc intérêt à ce que la description du besoin dans les documents de la consultation soit précise, pour guider le marché sur les

NdA : Les opinions exprimées dans cet article sont purement personnelles.

1. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, pour les marchés publics exclus du champ d'application des directives européennes en cas d'intérêt transfrontalier certain. – CJUE, 8 avr. 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie*, sur le principe de stricte nécessité de l'exclusion et la compatibilité entre le respect d'une obligation de confidentialité et mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence.
2. CJCE, 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, pour les marchés publics inférieurs aux seuils européens.
3. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473-DC.
4. CE, 29 juill. 2002, n° 246921, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, répliquant les arrêts *Telaustria* et *Bent Moustén*. – CE, 5 févr. 2018, n° 414846, *Centre national d'études spatiales*, sur l'obligation d'informer sur les critères d'attribution des marchés exclus faisant l'objet d'une mise en concurrence. – Rapp. (NOR : ECOM1818593P) au président de la République publié au Journal officiel du 5 décembre 2018, relatif à l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique.

5. CJUE, 8 avr. 2008, aff. C-337/05, *Commission c/ Italie*, sur la compatibilité entre respect d'une obligation de confidentialité et mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence.

6. Art. 29, § 1, 3^e al. de la directive 2014/24/UE.

7. Art. 40 de la directive 2014/24/UE.

attentes les plus importantes pour la satisfaction du besoin de l'acheteur, condition de la pertinence et de la performance économique des offres. Mais il convient cependant de ne pas être trop précis et notamment pas trop fermé sur la définition du besoin, ses spécifications techniques et ses conditions d'exécution. Ce serait risquer de se priver de solutions méconnues mais innovantes ou plus performantes, voire cela pourrait caractériser une restriction abusive de concurrence (CCP, art. R. 2111-7 à R. 2111-9, transposant l'article 42 de la directive 2014/24/UE) susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation.

L'information préalable est si importante que l'absence totale de publicité ou l'absence d'un avis d'appel à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne, lorsqu'ils étaient requis par l'objet et le montant du besoin, entraîne d'office l'annulation du contrat par le juge dans le cadre du référé contractuel.

En cours de procédure, l'échange d'informations est bien sûr permis mais, outre le respect du secret commercial, il doit aussi, à la différence des marchés privés, non seulement respecter l'égalité de traitement entre les concurrents mais aussi ne pas conduire à transmettre tellement plus d'information que celles qui figureraient dans les documents de la consultation initialement publiés ou mis à disposition des entreprises intéressées. Une telle démarche pourrait risquer de remettre en cause l'égalité des conditions initiales de mise en concurrence, dans la mesure par exemple où d'autres entreprises auraient pu être intéressées à participer à une procédure avec négociation si elles avaient eu connaissance de ces nouvelles informations.

Les acheteurs peuvent être conduits à demander des précisions aux entreprises sur leurs offres, en cours de négociation ou d'analyse des offres finales, notamment lorsqu'ils estiment avoir détecté une offre anormalement basse pour mieux en mesurer les sous-jacents. Ils sont aussi tenus d'informer les entreprises concurrentes évincées de leur rejet de leurs offres et d'en mentionner les motifs en procédure formalisée (CCP, art. R. 2181-2) ou de les préciser sur demande en cas de procédure adaptée (CCP, art. R. 2181-1).

La compréhension précise des caractéristiques des offres est une condition fondamentale de la performance de la commande publique et de la sécurité des décisions d'attribution. Plus que la définition des critères de classement des offres qui doivent certes être précis et liés à l'objet des contrats et qui sont le plus souvent pondérés, la méthode d'application de ces critères est stratégique et porteuse de risques. En effet, si, à la différence des critères, celle-ci n'a pas à être portée à la connaissance des candidats dans les documents de la consultation, elles sont communicables une fois le classement final des offres effectué et la décision d'attribution prise en cas de contentieux⁸. Il y a donc intérêt à leur conserver une certaine sou-

plesse, nécessaire par ailleurs pour permettre de respecter l'exigence que l'application des critères d'attribution conduit bien à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, autrement dit à ne pas conduire à un choix économiquement aberrant. Une méthode d'application des critères doit donc pouvoir être précisée et adaptée à la marge une fois que l'autorité contractante comprend précisément les caractéristiques des offres.

Passée la publication des avis d'attribution, qui conditionne le déclenchement du délai de 31 jours du référé contractuel (CJA, art. R. 551-7) à défaut de quoi l'acheteur s'expose pendant 6 mois à compter de la signature du contrat à un risque de référé contractuel, l'information intéresse aussi l'exécution du contrat.

C'est une obligation juridique, d'abord, en ce qui concerne certaines modifications des contrats passés selon une procédure formalisée : les modifications apportées pour faire exécuter des prestations supplémentaires devenues nécessaires (CCP, art. R. 2194-2 et R. 3135-2) et ou celles rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles (CCP, art. R. 2194-5 et R. 3135-5) doivent faire l'objet d'un avis de modification du contrat au Journal officiel de l'Union européenne.

C'est aussi et surtout une impérieuse nécessité économique. L'efficacité de la commande publique suppose de contrôler et d'évaluer la bonne exécution des contrats et la qualité des prestations livrées. Quand le contrat s'y prête en raison de son importance, de sa complexité, de son exécution pendant une durée substantielle, il peut être nécessaire de mettre en place un suivi de la relation fournisseur pour inscrire l'exécution des contrats dans un processus auto-entretenu d'évaluation et d'amélioration des prestations. Lorsque le contrat répond à un besoin récurrent ou continu, cette évaluation pourra conduire l'autorité contractante à modifier certains paramètres des prestations, et dans la perspective d'un renouvellement à changer certains critères de recevabilité des candidatures ou de classement des offres, ainsi que des éléments du cahier des charges.

Plus formaliste et plus procédurier, le cadre juridique de la commande publique fait certes des acheteurs publics des acheteurs plus contraints que les autres. L'une des raisons en est que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas uniquement mus par l'objectif de minimiser les coûts voire de maximiser leurs profits. Mais passée la différence près des règles de procédure visant à garantir la non-discrimination envers les entreprises et les travaux, fournitures ou services, le droit de la commande publique vise aussi à permettre l'achat le plus performant et répond à des exigences analogues à celles de l'achat privé. Nombreuses sont les collectivités publiques qui, mesurant cet enjeu économique, ont ainsi renforcé ou structuré une fonction achat davantage professionnalisée depuis une vingtaine d'années.■

8. CE, 31 mars 2010, n° 334279, *Collectivité territoriale de Corse : Lebon T.* ; JCP A 2010, 2195, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 165, note W. Zimmer ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 240, note P. Devillers. – CE,

21 mai 2010, n° 333737, *Cne Ajaccio* : JCP A 2010, 2215, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers ; *Dr. adm.* 2010, comm. 110, note F. Brenet.

2387 L'information utile/nécessaire dans les procédures de passation : approche théorique

Christophe Roux,

professeur de droit public,
directeur de l'EDPL (EA 666),
université Jean Moulin – Lyon 3



Essentielle à tous les stades de la procédure de passation – et plus encore, dans le cadre de la détermination des besoins – la maîtrise de l'information constitue l'une des clés d'un achat public performant, lors même que sa « nécessité » et son « utilité » se confondent souvent, juridiquement, avec la contrainte, au gré de sujétions juridiques diverses et plus ou moins draconiennes. Sa « valeur » se mesure à l'aune tout à la fois de sa qualité intrinsèque, mais également des conditions propres à sa circulation autant qu'à son partage entre les différents acteurs de la commande publique (et parfois au-delà).

I - Les organisateurs du présent colloque, qui ne doutent de rien, nous ont demandé dans un format restreint d'analyser les liaisons qu'entretiennent passation et information. Disons-le tout de suite, le défi fusionnel ne sera pas pleinement satisfait ; et pour cause : comme le directeur du présent colloque en faisait le décompte, le Code de la commande publique (CCP) opère en son sein pas moins de 224 références à la notion « d'information ». Ce faisant, la présente contribution tentera de bien étreindre sans trop embrasser, balayant devant sa porte sans franchir le seuil des autres contributions. C'est ainsi au prisme de l'intitulé assigné que l'on a tenté de définir l'information, le cahier des charges se limitant en effet à l'appréhension de celle « utile » et « nécessaire ». À vrai dire, la borne assignée n'en reste pas moins redoutable à cadastrer, sauf à considérer qu'elle revient à dire que trop d'information – c'est connu – « tue » l'information et que celle-ci n'est pas seulement l'ennemi du journaliste : elle l'est, sans doute, tout autant du juriste.

Quelle que soit leur position sur l'échiquier (acheteur, AMO, soumissionnaires...), tous les acteurs s'accordent, malgré tout, sur l'importance de la « donnée brute » qu'est l'information. Elle influe, en premier lieu, sur le portage et l'intensité du risque, conditionnant à titre accessoire la nature même du contrat (marché public ou concession) et, à titre principal, la volonté (ou non) de le supporter en présentant une offre¹. La complexité du contrat autant que l'incertitude informationnelle de l'acheteur restent encore les seules clés pour, le cas échéant, ouvrir le coffre de certaines procédures particulières

(dialogue compétitif, procédures avec négociation...) qui, précisément, sont censées permettre de panser ces défaillances originelles. Elle représente en second lieu un « temps », qu'il s'agisse de la collecter ou de l'analyser, et donc, conformément à l'adage, de l'argent. En bref, l'information possède une valeur et, de ce seul attribut, mérite la qualification de « bien », comme l'avait lumineusement mis en exergue Pierre Catala² (la Cour de cassation semblant s'y rallier³). La maîtrise informationnelle recèle encore d'autres enjeux : pour jeter un pont avec un précédent opus de la Chaire des contrats publics, il est manifeste qu'elle est une condition pionnière de « l'efficacité » de la commande publique⁴ ; elle forme aussi, intrinsèquement, le « nid » de l'externalisation voire de la sous-externalisation contractuelle, acheteur ou soumissionnaire s'entourant régulièrement de conseils et autres assistants à maîtrise d'ouvrage, pour diligenter – par exemple – des études géologiques ou hydrologiques afin d'obtenir une information fiable.

1. V. J. Martin, *Les risques dans les marchés publics. Diagnostic et taxinomie* : JCP A 2021, 2285.

2. P. Catala, *La propriété de l'information*, in *Mél. P. Raynaud* : D. 1985, p. 97. – V. également, du même auteur, *Ébauche d'une théorie de l'information* : D. 1984, *Chron.*, p. 97. – M.-P. Lucas de Leyssac, *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?* : D. 1985, *Chron.* IX.

3. *Cass. crim.*, 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *RTD com.* 2015, p. 713 ; D. 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *PI*, 2016, n° 58, p. 97, note M. Vivant ; *RDC* 2015-4, p. 951, note P. Berlioz ; *RLDI* 2015, n° 120, p. 30, note B. Auroy ; *LPA* 29 juill. 2015, n° 150, p. 15, note E. Chauvin.

4. F. Lichère et L. Richer (dir.), *L'efficacité de la commande publique* : *JCP A* 2022, dossier, n° 46, 2314.

C'est dès lors une déclinaison « qualitative » que le sujet invite à conjuguer, lors même que tout ce qui est inutile n'a, en effet, point de valeur ; or, tout ce qui n'a point de valeur ne constitue pas « un bien ». En partant de cette nouvelle analogie patrimoniale, l'information dans le cadre de la passation d'un contrat de la commande publique ne recèle donc pas nécessairement une utilité – et donc une valeur – quelconque, entre autres si celle-ci est pourvue d'une faible substance, d'un degré insuffisant de précisions ou d'une fiabilité douteuse ; admettons, encore, que sa valorisation sera graduelle, selon la nature du contrat, son degré de complexité, sa temporalité ou, encore, l'état du secteur concurrentiel, ces agrégats croisés rendant toute synthèse impossible. Il reste toutefois, en guise d'expression du doute, à déterminer s'il est réellement possible, du moins en droit, de faire le départ entre une information « utile » et « nécessaire », d'une part, et celle dont la collecte et/ou la transmission serait quoi qu'il en soit... obligatoire, d'autre part (?). Partant, le sujet peut être appréhendé d'un double point de vue : dans une visée statique, c'est la qualité de l'information, telle qu'elle est juridiquement déterminée, qu'il conviendra d'étudier (1). Au gré de son caryotype incorporel et volatil, l'information utile et nécessaire doit cependant se combiner avec une analyse dynamique en terme « d'accès »⁵, au travers des conditions et contraintes de circulation (le terme renvoyant à la faculté d'une information à passer d'un patrimoine à un autre) que le droit de la commande publique vient imposer à son sujet (2).

1. La qualité de l'information

2 - Au stade de la détermination des besoins. C'est à l'étape de la détermination des besoins que l'information suscite prioritairement l'attention, précaution étant prise de s'armer des lunettes interchangeables de l'acheteur, d'un côté, des candidats à la commande publique, de l'autre. Nul ne l'ignore, l'escalade est primordiale, lors même qu'une détermination défectueuse des besoins et/ou, collatéralement, une compréhension erronée de ce dernier par les soumissionnaires, peuvent mener à un pénible périple contractuel, où les avaries – pour ne pas dire autre chose – volent en escadrille. Une procédure infructueuse dans le pire des cas ; un achat public de piètre performance, en tout état de cause⁶. Mais encore et surtout, des mésaventures au stade de l'exécution, à mesure des aléas susceptibles d'advenir puisque, précisément, rien – ou pas assez – n'aura été entrepris en amont pour en éloigner le spectre (en disposant des informations nécessaires)⁷. Remèdes ou pis-aller, il s'agira alors de colmater les brèches, de pansements conventionnels périlleux (modifications, sanctions...) jusqu'à l'emprunt des voies d'évacuations d'urgence (résiliation), le tout, sans « compter » les dépassements de crédits.

Ces prémisses posées, le droit positif se montre – en négatif – paradoxalement peu prolixe sur l'étendue de cette obligation (qualifions-la comme telle) d'information, mais également sur la substantielle texture qu'elle doit revêtir. Si l'on se réfère au code, tout juste est-il mentionné, que la détermination des besoins devra s'opérer avec « précision » (CCP, art. L. 2111-1), la qualité étant satisfaite par un renvoi exhaustif à des spécifications techniques et fonctionnelles (CCP, art. L. 2111-2), c'est-à-dire, admettons-le, une information « neutralisée », afin de satisfaire au principe d'égalité de traitement. *Brevitatis causa*, c'est essentiellement sous l'angle du

contentieux de la publicité que l'information sera alors contrôlée par le juge, celui-ci s'assurant de sa « suffisance », le terme restant toutefois suffisamment accueillant pour lover la seule erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, et pour s'en tenir à des jurisprudences bien établies, la définition trop imprécise de l'objet même du marché, le renvoi à un dispositif ultérieur pour la définition des besoins ou l'absence de définition des « services annexes » dans un appel d'offres seront censurés⁸.

Sur un plan pratique toutefois, le Code n'a rien d'un *vade-mecum*, laissant en suspens des problématiques d'ampleur, qu'on pourra résumer au travers l'idée « d'asymétrie d'informations »⁹. Passives et subies, le plus souvent ; actives et pensées, parfois, celles-ci ne sont, par définition, jamais marquées du parallélisme, pouvant être alternativement au détriment (plus rarement au bénéfice de qui que ce soit...) des soumissionnaires ou des acheteurs. Ce faisant, la maîtrise autant que la qualité informationnelle achoppent régulièrement sur certains aspects, quatre pouvant être, ici, mis en relief.

Le premier renvoi à la phase de préparation du contrat et aux techniques de collecte de l'information, qu'il s'agisse de consolider ses connaissances sur « l'état de l'art » ou la structure du secteur concerné (ultra-concurrentiel, oligopolistique, monopolistique), d'identifier les facteurs de surcoût ou, encore, d'affiner les prix et les familles pertinentes de commercialisation. On sait toutefois, s'agissant du *benchmarking*, combien la méthode se borne souvent à un labeur aussi bureaucratique que tayloriste, les collectivités pratiquant régulièrement le copier-coller des modalités, techniques et clauses contractuelles plébiscitées par d'autres antérieurement. Nul n'ignore ensuite, s'agissant du *sourcing*¹⁰, qu'il draine son lot de contrariétés, étant entendu que les entreprises sollicitées dans ce cadre bénéficient, avant les autres, d'informations privilégiées susceptibles, dans un second temps (si elles se portent ensuite candidates), de rompre l'égalité de traitement (CCP, art. R. 2111-2).

La seconde remarque a trait à l'étendue (lâchement balisée) des diligences que l'acheteur doit entreprendre vis-à-vis des soumissionnaires : l'on pense à la qualité et la fiabilité des diagnostics établis en amont, notamment dans les opérations immobilières (état du sol, nivellement, pollutions...) ; de même, à l'obligation (à géographie variable) de prévoir des visites sur place pour les soumissionnaires. D'évidence, ces derniers manquent parfois d'informations déterminantes. Dans les marchés de travaux, celles relatives au phasage de l'opération, à la temporalité des étapes préliminaires (terrassement, déplacement d'ouvrages...) voire à la saisonnalité (été/hiver) ; *idem* quant à l'étendue des autorisations – urbanistiques, environnementales... – dont il faudra se munir en amont. Dans les marchés de service, on pourra songer au – récurrent – décompte approximatif des surfaces (verticales, horizontales ; parquettées, moquetées, vitrées) à laver dans le cadre des marchés de nettoyage¹¹ ; toujours à leur sujet, à l'information défaillante quant à l'obligation de reprise du personnel affecté au précédent contrat¹². Plus large-

5. M.-A. Frison-Roche, *Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété*, in *Mél. P. Catala* : LexisNexis, 2001, p. 759. – P. Crétois, *Repenser la propriété par l'accès* : RID éco. 2014, p. 325.

6. V. S. Braconnier, *Performance et procédures d'attribution des contrats publics*, in N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif* : LexisNexis, 2010, p. 171.

7. V. F. Marty, *La régulation des contrats publics complexes de long terme à l'épreuve des imperfections informationnelles* : EPPP DP, n° 2017-7, en ligne.

8. CE, 10 févr. 1997, n° 167569, OPAC du Puy-de-Dôme : RD imm. 1997, p. 225, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre. – CE, 8 août 2008, n° 307143, Région Bourgogne ; JCP A 2008, 2211, comm. F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 226, note J.-P. Pietri. – CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Cne Dunkerque ; JCP A 2008, n° 2040, note F. Linditch ; BJCP 2009, p. 172, obs. Ph. Terneyre.

9. V. F. Marty, art. préc.

10. Sur le sujet, E. Perois et L. Séry, *Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ?* : *Contrats-Marchés publ.* 2018-3, étude 3 ; *Le sourcing : pratiques et recommandations* : CP-ACCP 2018, Dossier, n° 185, p. 18 et s.

11. V. Ch. Roux, *Le droit des contrats publics au prisme du nettoyage*, in J. Arroyo et L. Vanier (dir.), *Nettoyer (les locaux) de l'Administration* : IFJD, 2024, à paraître.

12. Cass. soc., 23 mars 2022, n° 20-18.681 : *Contrats-Marchés publ.* 2022, comm. 165, note M. Ubaud-Bergeron.

ment, le périmètre des prestations comprises dans les « *forfaits* » des marchés éponymes alimente les incertitudes par défaut de précisions.

La troisième, plus transversale, réside dans la difficulté à placer le « *curseur* » informationnel quitte, le cas échéant, à préférer la rétention. Donner trop d'informations, « *trop* » déterminer son besoin, c'est – pour certains – se couper d'offres et de procédés innovants, en orientant nettement les candidats sur les procédés attendus ; c'est par ailleurs flirter avec un cahier des charges qui ne serait plus seulement discriminant mais – déjà – discriminatoire. C'est enfin parfois, du côté de l'acheteur, avoir la tentation de ne pas dévoiler une information, dans la mesure où il est, d'une part, bien en peine d'apprécier sa pertinence ; soucieux, d'autre part, que sa révélation ne se retourne pas contre lui, en devenant le fait générateur de sa propre responsabilité.

La dernière remarque a trait, pour finir, aux informations dont disposent l'acheteur autant que l'ex-cocontractant suite à l'expiration d'une convention et à la « *connaissance acquise* » qui en découle. On rappellera, en premier lieu, qu'il pèse sur l'ancien cocontractant une obligation de dévoiler les informations essentielles qu'il détient pour, en somme, remettre sur un pied d'égalité ses propres concurrents¹³. Il pèse sur l'acheteur, en deuxième lieu, une obligation de rendre publique, sous un format ouvert et librement réutilisable, les « *données essentielles* » d'un contrat de la commande publique (CCP, art. L. 2196-2 et L. 3131-1)¹⁴. En dernier lieu, et quand bien même le précédent chapitre contractuel aurait été un calvaire, il faudra rappeler que cette (mauvaise) « *connaissance acquise* » ne saurait justifier, à elle seule, la mise à l'écart de la candidature ou de l'offre d'un ex-cocontractant ayant pourtant, par le passé, démontré toutes ses défaillances.

Au-delà de la détermination des besoins. Cette phase pionnière n'épuise cependant pas les ressorts qualitatifs de l'information « *utile* » et « *nécessaire* » : sur d'autres pans de la procédure de passation, la problématique affleure en effet, qu'elle prenne cadre dans l'intensité – variable – de la publicité exigible *ex-ante*, dans l'examen des candidatures et des offres ou à l'achèvement de la procédure.

Le propos étant connu sur le premier aspect, on s'autorisera la brièveté. D'une manière générale, la « *suffisance* » de la publicité ne pose en pratique guère de problèmes, celle-ci s'opérant au gré de modèles – nationaux ou européens – de publicité préremplis, dont il s'agira de noircir scrupuleusement toutes les cases. L'équivoque reste toutefois de mise au sujet des MAPA pour lesquels les soumissionnaires devront disposer d'une « *information adéquate* »¹⁵, par essence délicate à maîtriser. L'information devra, quant à elle, être « *appropriée* »¹⁶ sur les critères d'attribution du contrat, supposant dès lors un minimum de précisions ; en tout état de cause, leur verbosité trop légère pourra conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur, celle-ci étant alors censurée¹⁷. *Quid* encore de l'information « *nécessaire* » quant aux sous-critères, au sujet desquels la jurisprudence se montre – par trop – raffinée, ces derniers n'ayant, en principe, pas à être portés à la connaissance des candidats sauf lorsque, par

leur objet et leur importance, ils sont susceptibles d'exercer une influence significative sur la présentation des offres¹⁸ ? Il restera enfin loisible de s'interroger sur l'un des derniers bastions d'opacité de la procédure de passation, la méthode de notation résistant encore – pour combien de temps ? – à l'exigence de publicité préalable¹⁹.

La collecte et le traitement de l'information se déploient également lors des phases de sélection des candidatures et des offres. Au sujet de la première, c'est indubitablement en mode mineur que la partition se joue, dès lors que l'acheteur ne pourra, dans le cadre du contrôle des capacités minimales, exiger d'informations que dans le cadre limitatif énuméré à l'article L. 2142-1 CCP. S'agissant de la sélection des offres, ensuite, c'est moins la collecte de l'information que leur traitement qui constituera le nerf de la guerre. Pour l'exposer de manière prosaïque, Il est une chose d'avoir un mémoire technique complet et un bon niveau d'information de la part des soumissionnaires ; il en est une autre de le comprendre, de le déchiffrer et de l'analyser. Et pour s'en tenir à un exemple, l'on pourra ainsi railler la verte vertu de certaines collectivités s'entourant de critères environnementaux pointus (le fameux bilan-carbone) ; sans qu'elles soient, pourtant, en capacité d'en apprécier en interne (voire même en faisant appel à des cabinets externes) ni la pertinence, ni la fiabilité, se contentant somme toute d'entériner la véracité des explications ou chiffres fournis par les candidats eux-mêmes. En somme, si l'information est une donnée « *brute* » essentielle, elle ne deviendra une donnée enrichie « *par* » et « *pour* » l'efficacité du droit de la commande publique qu'en présence d'une réelle analyse, le collecteur n'étant pas toujours le percepteur.

2. La circulation de l'information

3 - Le rayon de diffusion. Il n'est ici ni le cadre, ni l'espace pour sérier l'ensemble des prescriptions légales ayant trait à l'obligation de faire circuler l'information entre acheteurs et soumissionnaires. L'on a pu, en premier lieu, déjà marquer les hypothèses où l'information peut être « *retenue* » par certains acteurs ; dans ce sillage, le propos débordant sur la thématique suivante, il ne sera pas discuté de celle, muselée là encore, qui aurait pour objet ou effet de rompre le secret des affaires²⁰. On s'autorisera, en deuxième lieu, à ne pas couvrir l'hypothèse de la circulation des informations entre candidats eux-mêmes, les échanges pouvant caractériser la présence d'une entente anticoncurrentielle²¹.

Il reste en revanche, et l'on a bien conscience d'enfoncer une porte ouverte, à évoquer la question de la transmission des informations en lien avec l'égalité de traitement, laquelle se comprend avant toute chose comme une égalité « *devant l'information* », tous les soumissionnaires devant bénéficier d'une information identique, ceci tout au long de la procédure. Cela implique par exemple que, lorsqu'un

13. CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA00316, Sté Towercast : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 162, note M. Ubaud-Bergeron ; RLC 2013, n° 2287, note G. Clamour. – V. plus récemment s'agissant de la rétention d'information quant à la reprise du personnel : Cass. com., 11 janv. 2023, n° 20-13.967 : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 70, note H. Hoepffner.

14. V. en dernier lieu à leur sujet, G. Clamour, Données essentielles des contrats de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 32.

15. CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, Coname : Rec. CJCE 2005, I, p. 7287.

16. CE, sect., 30 janv. 2009, n° 290236, ANPE : Lebon, p. 4 ; JCP A 2009, act. 142 ; AJDA 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2009, p. 201, concl. B. Dacosta ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; RDI 2009, p. 243, note S. Braconnier ; RJEP 2009, comm. 32, note J. Moreau.

17. CE, 5 nov. 2008, n° 310484, Cne Saint-Nazaire : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 399, note W. Zimmer ; BJCP 2009, p. 88, obs. Ph. Terneyre ; RDI 2009, p. 108, obs. S. Braconnier.

18. CE, 17 juin 2015, n° 388457, Sté Proxiserve : JCP A 2015, act. 568 ; JCP A 2015, 2376, J. Martin ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 223 et 224, note J.-P. Pietri ; AJDA 2015, p. 1244 ; AJCT 2015, p. 592, obs. S. Hul.

19. CE, 6 avr. 2016, n° 388123, Cne Bohalle : Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 107, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 20 nov. 2020, n° 427761, Sté Evancia : JCP A 2020, act. 699 ; JCP A 2020, 2329 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 39, note H. Hoepffner.

20. V. dans le présent dossier, les communications de L. Coutron et B. Neveu. – V. également, E. Muller, Secret des affaires et droit de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2019, repère 4. – V. Daumas, Secret des affaires et juge administratif : JCP E 2016, doct. 1455. – F. Linditch, Secret des affaires et transparence dans les marchés publics. De quelques questions non-résolues par la loi du 30 juillet 2018 : JCP A 2018, 2249.

21. V. en dernier lieu, Aut. conc., déc. n° 22-D-08, 3 mars 2022 : JCP A 2022, act. 221, note L. Ernstein. Plus largement, V. I. Hasquenoph, L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : JCP A 2022, n° 2317. – O. Guézou, Droit de la concurrence et contrats publics, in Mél. M. Guibal : PU Montpellier, 2006, t. 1, p. 107.

candidat demande des informations complémentaires, le pouvoir adjudicateur est tenu d'en informer à titre égal les autres candidats²² ; il en ira de même, en cas présence d'une modification des spécifications techniques, tous les candidats devant en être informés de manière à faire évoluer leur offre²³. Le caractère imprécis ou partiel des informations données pourra également caractériser la violation du principe d'égalité de traitement²⁴. De manière cursive, c'est essentiellement lors des phases de négociation ou de discussion (un deuxième pont étant dressé avec un précédent colloque²⁵) que ce risque pourra survenir, l'appel d'offres présentant par essence moins d'accroches. Tel est notamment le cas lorsque cette discussion mène – par inadvertance ou non – à la divulgation sélective d'informations en faveur de certains²⁶. On pense ici aux informations confidentielles des autres offreurs qui pourraient être révélées ; à celles spécifiques dont bénéficierait l'ex-cocontractant de l'Administration ; en amont, à toutes les entreprises qui auraient bénéficié d'informations avant l'heure, en ayant participé en amont à la phase de préparation du contrat. Dans cette dernière hypothèse, nul n'ignore que les acheteurs se retrouvent coincés entre le marteau et l'enclume. Certes, d'un côté, le Code (CCP, art. L. 2141-8 et R. 2111-2) ouvre la possibilité d'écarter leur candidature, mais sous réserve d'abord que les « informations » dont ils ont bénéficié soient jugées essentielles de nature à fausser la concurrence²⁷, le juge national s'assurant que ces candidats n'ont pas eu « des informations privilégiées de nature à rompre l'égalité entre les candidats »²⁸. Mais le Code l'enclot tout autant puisque son instrumentalisation ne sera envisageable que s'il ne peut « être remédié à cette situation par d'autres moyens », notamment en « remettant au même niveau d'informations » tous les soumissionnaires.

Le diamètre informationnel s'élargit enfin nettement au prisme du principe de transparence des procédures. Le propos se confond en grande partie avec le précédent, relatif à la publicité *ex-ante* exigible. Il est encore connu, s'agissant de la publicité *ex-post*, c'est-à-dire celle nécessaire à fournir aux candidats et soumissionnaires à l'achèvement de la procédure, le braquet étant toutefois substantiellement plus élevé (*même si le Code évoque, dans ses chapitres, « l'information » des candidats : CCP, art. R. 2181-1 et s.*), puisque c'est moins une information alpha qu'une « motivation » (omega ?) qui devra alors être mise en équation²⁹.

La charge de l'information. Le second point réside dans la charge de l'information ; pour l'exposer prosaïquement : sur qui pèse-t-elle ? Est-ce systématiquement à l'acheteur de la collecter et de la délivrer ou celle-ci repose-t-elle, à concurrence, sur les candidats à la commande publique ?

Comme les éléments précédemment exposés le démontrent allègrement, la sujétion pèsera d'une manière générale sur l'acheteur.

Au-delà de la publicité, cela se vérifie à d'autres étapes de la procédure, entre autres dans le cadre du contrôle des offres. Ainsi, il sera soit facultatif, soit obligatoire, en cas d'offres irrégulières, de demander au soumissionnaire de remédier à ses propres lacunes (en invitant à régularisation)³⁰, d'autant plus que seule l'incomplétude portant sur une information « essentielle » autorise leur mise à l'écart³¹. De même, en présence d'offres anormalement basses, le pouvoir adjudicateur sera assujéti à une obligation de moyens renforcée (CCP, art. L. 2152-6), devant exiger que l'opérateur fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre³². Sans se confondre avec ce dernier point, évoquons encore les diligences particulières qu'il devra accomplir lorsqu'il est conduit à apprécier l'offre d'une personne publique³³, celui-ci devant vérifier que l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix ont été pris en compte³⁴. Le Code contraint aussi l'acheteur à procéder à une information immédiate des candidats, lorsqu'il décide de déclarer une procédure sans suite (CCP, art. R. 2185-2).

La charge de l'information n'est toutefois pas univoque, celle-ci pouvant être imputée au soumissionnaire lui-même. Chronologiquement, en démarant par la publicité *ex-ante*, tel est le sens de la – discutable – jurisprudence Keolis de 2009, par laquelle le Conseil d'État a estimé au sujet des contrats présentant un « intérêt transfrontalier certain » qu'un acheteur peut s'en tenir à une publicité à l'échelle nationale dès lors qu'un « opérateur moyennement vigilant » aurait pu (ou dû) en avoir connaissance par ses propres moyens³⁵. De même, le contrôle des candidatures repose, à titre informatif, davantage sur les candidats à la commande publique que sur les acheteurs, les premiers s'engageant, par une déclaration sur l'honneur, à ne pas contrevenir aux diverses interdictions de soumissionner. Certes, toujours dans ce cadre, lorsque les acheteurs envisagent d'exclure un candidat, ils devront en informer le second et le mettre en situation de présenter ses observations ; mais en sens inverse, lorsqu'un candidat, en cours de procédure, viendrait à se trouver en irrégularité du fait des motifs visés préalablement, c'est à lui qu'il reviendra d'en informer l'acheteur (CCP, art. L. 2141-15 et L. 3123-15). Preuve itérative de cette asymétrie, il est encore jugé que les pouvoirs adjudicateurs et autorités concédantes ne peuvent pas obtenir des tiers des renseignements, en menant leur propre enquête, pour vérifier le bon respect des règles de candidature³⁶. Enfin, on l'a déjà évoqué, à l'achèvement de la procédure, l'obligation d'information « spontanée » ne pèsera pas systématiquement sur les acheteurs, la motivation – pour les procédures en dessous du seuil « formalisé » – n'étant opérée que sur demande du candidat évincé.

22. CE, 17 juin 1996, n° 136957, *Préfet de la région Île-de-France c/ Ville de Paris : Lebon*, p. 230 ; RDI 1996, p. 562, note F. Llorens et Ph. Terneyre.

23. CE, 26 juin 2015, n° 389124, AP-HP : *Lebon T.*, p. 747 ; JCP A 2015, act. 601 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 234, note G. Eckert ; AJCT 2015, p. 590, note S. Hul.

24. CAA Paris, 5 févr. 2021, n° 20PA00908 : AJCT 2021, p. 138, note J.-D. Dreyfus.

25. F. Lichère (dir.), *La discussion dans les contrats publics* : JCP A 2021, 2332 et s.

26. Ch. Roux, *Les risques de la discussion* : JCP A 2021, 2342.

27. CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03, *Fabricom* : *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 198, note W. Zimmer.

28. CAA Nancy, 28 avr. 2016, n° 15NC00389, *Sté Orange*. – V. également, CE, 12 sept 2018, n° 420454, *Synd. mixte des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse* : BJCP 2019, p. 12, concl. G. Pellissier ; JCP A 2018, 2316, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 241, note M. Ubaud-Bergeron.

29. V. La motivation en droit des contrats administratifs, in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public* : Dalloz, *Thèmes & Commentaires*, 2013, p. 123.

30. CCP, art. R. 2152-2. – V. par ex. CE, 16 avr. 2018, n° 417235, *Dpt Corse du Sud* : JCP A 2018, act. 425 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 134, obs. H. Hoepffner.

31. CE, 30 nov. 2011, n° 353121, *min. Défense* : JCP A 2011, act. 765 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 11, note G. Eckert ; BJCP 2012, p. 86, concl. N. Boulouis.

32. CE, 13 mars 2019, n° 425191, *Sté Sèpur* : JCP A 2019, act. 211 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 189, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 30 mars 2017, n° 406224, *GIP Formation continue insertion professionnelle* : *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 158, note J.-P. Pietri ; BJCP 2017, p. 327.

33. V. S. Dyens, *De la « loyauté concurrentielle » des collectivités territoriales. Candidature à l'obtention d'un contrat de la commande publique et interventionnisme économique* : AJCT 2015, p. 424. – Ch. Roux, *La personne publique candidate à la commande publique* : AJDA 2013, p. 853.

34. V. not. CE, 14 juin 2019, n° 411444, *Sté Vinci construction maritime et fluvial* : JCP A 2020, 2002, note J.-B. Vila ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 257, note G. Eckert ; AJDA 2019, p. 1946, note S. Hul ; AJCT 2019, p. 456, obs. J.-D. Dreyfus ; BJCP 2019, p. 317, concl. M. Le Corre.

35. CE, 1^{er} avr. 2009, n° 323585, *Cité urbaine de Bordeaux, Sté Keolis* : *Lebon*, p. 109 ; BJCP 2009, p. 268, concl. B. Dacosta ; JCP A 2009, 2148, note F. Dieu ; *Dr. adm.* 2009, comm. 68, note L. Batoue ; AJDA 2009, p. 1889, note Tain.

36. CAA Nantes, 17 févr. 2015, n° 13NT03082, *Sté Anjou Bâtiment* : *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 86, note H. Hoepffner.

Contentons-nous, pour ramasser le propos, de relever que cette répartition de la charge de l'information emportera essentiellement des incidences sur la légalité de la procédure de passation ; elle pourra cependant mener corrélativement à l'engagement de la responsabilité des acheteurs (candidatures des personnes publiques, offres anormalement basses...³⁷), ce qui constitue assurément le nœud gordien de la « *clause portugaise* » (que Marc Petitjean, dans sa contribution, évoquera plus longuement³⁸), dont l'introduction en droit interne est parfois plébiscitée. Plus largement, le Code laisse globalement en suspens la détermination exacte du partage de la charge informationnelle entre l'acheteur public, l'assistance à maîtrise d'ouvrage et les entreprises³⁹, cet aspect devant, dès lors, faire l'objet d'une attention toute particulière dans le cadre des stipulations contractuelles.

Les récipiendaires de l'information. Il reste à évoquer la question des destinataires de cette information. Pour l'essentiel, elle semble s'épuiser à celle nouant acheteurs et soumissionnaires ; elle reprend forme, toutefois, dans un autre cadre : l'information des (authentiques) tiers, la circulation de l'information pouvant s'opérer en aval de la passation, par le truchement de l'exigence de communicabilité des documents administratifs. La liberté d'accès à ces derniers est en effet présentée, au sens de l'article L. 300-1 CRPA, comme une garantie du « *droit de toute personne à l'information* ». Nul n'ignore, à cet égard, que la notion de document administratif (CRPA, art. L. 300-2) est particulièrement évasée, puisqu'elle vient embrasser tous « *les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public* » par des personnes publiques ou privées. Ce faisant, cela fait bien longtemps que les contrats publics ont cessé d'être la pure « *chose des parties* », ces derniers, autant que leurs actes détachables, faisant partie des documents susceptibles de communication (sous réserve de l'occultation de certaines mentions)⁴⁰. Il en va de même s'agissant des contrats de droit privé de l'Administration, pour peu qu'ils se fondent eux-mêmes dans la définition de « *documents administratifs* ». Telle est en tout cas la doctrine de la CADA⁴¹ ; il en va de même, désormais, des contrats relatifs à la gestion du domaine privé (CRPA, art. L. 300-3)⁴².

Il reste enfin à traiter l'obligation d'information probablement la plus « *contentiogène* » dans le cadre contractuel (mais pas seulement), tenant au respect de l'information des élus préalablement au vote

d'une délibération autorisant l'exécutif à signer un contrat. Dans une formule ramassée, l'article L. 2121-13 CGCT dispose en effet que « *tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération* » ; plus précisément, l'article L. 2121-12 du même code prévoit que cette information préalable au vote des élus, est satisfaite (dans les communes de plus de 3 500 habitants), par l'adresse d'une « *note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération* ». Sans qu'il soit loisible de s'y attarder longuement, le juge en contrôlera là encore la « *suffisance* » : ainsi, la note explicative devra « *être adaptée à la nature et à l'importance des affaires [et] permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions* »⁴³. Sur le terrain contractuel comme ailleurs, la jurisprudence ne s'est jamais montrée sévère, mobilisant un contrôle lâche de l'exigence⁴⁴. Jusqu'il y a peu, la menace contentieuse apparaissait d'autant plus spectrale qu'on pouvait favorablement la dissiper aux moyens d'un double adoucissant : d'une part, *via* régularisation, l'omission ou l'insuffisance y étant éligible⁴⁵ ; d'autre part, *via* « *danthonysation* »⁴⁶, le juge mesurant si cette insuffisance a été en mesure d'exercer une influence (déterminante) sur le sens de la délibération attaquée. La menace contentieuse a cependant récemment épaissi : par une décision du 13 octobre 2023⁴⁷, le Conseil d'État (devancé par quelques juridictions du fond⁴⁸) a en effet estimé que cette obligation d'information préalable des élus constituait « *en principe* » une « *garantie* », laissant entendre l'abandon de la seconde alternative de la jurisprudence *Danthony* (consistant à mesurer « *l'influence* » de l'omission ou de l'insuffisance procédurale). Si cette position se confirmait, il va sans dire que la bouée de sauvetage juridictionnelle serait autrement moins commode à saisir, l'exigence (expansionniste) d'information faisant une nouvelle fois montre de sa faculté (océanique) à éroder les rivages de l'opacité. ■

37. V. par ex. TA Bastia, 6 févr. 2003, n° 0100230, SARL Autocars Mariani : Dr. adm. 2003, comm. 104, note R. Roux. – CAA Marseille, 21 juill. 2014, n° 12MA04778, Sté AGL Services : AJDA 2014, p. 2429, concl. E. Felmy.

38. V. dans le présent dossier, la communication de M. Petitjean.

39. V. par ex. CAA Lyon, 17 févr. 2022, n° 21LY01447, Cne Valence : JCP A 2022, 2180, note F. Linditch.

40. V. DAJ et Cada, La communication des documents administratifs en matière de commande publique, avr. 2019.

41. CADA, 19 juin 2014, n° 20141784.

42. CE, 24 oct. 2019, n° 425546, Cne Saint-Pierre-du-Perray : JCP A 2020, 2016, note Ch. Roux.

43. CE, 14 nov. 2012, n° 342327, Cne Mandelieu-la-Napoule : BJCL 2013-1, p. 18, concl. X. de Lesquen ; AJDA 2012, p. 2198, note D. Necib ; AJCT 2013, p. 204, obs. V. Grillet-Carabajal.

44. CE, 1^{er} oct. 1997, n° 133849, Avriillier : Dr. adm. 1997, comm. 342.

45. CE, 4 juill. 2012, n° 352417, Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Sté Véolia Eau : JCP A 2012, 2388, note J.-B. Vila ; RJEP 2013, comm. 2, note F. Brenet ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 257, note G. Eckert ; AJDA 2012, p. 1376.

46. CE, 23 déc. 2011, n° 335033, Danthony : Lebon, p. 649 ; GAJA, 23^e éd., Dalloz, 2021, n° 108 ; JCP A 2012, 2089, note C. Broyelle ; JCP G 2012, 558, note D. Connil ; Dr. adm. 2012, comm. 22, note F. Melleray.

47. CE, 13 oct. 2023, n° 464955, Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limousin et le Saint-Hilaire : Lebon T. ; JCP A 2023, act. 635, obs. L. Erstein.

48. CAA Paris, 22 sept. 2023, n° 22PA02509, Cne Bagnolet : JCP A 2023, 2322, note H. de Gaudemar ; AJDA 2023, p. 1169, note I. Lipsos.

2388 L'information utile/nécessaire dans les procédures de passation : approche pratique

Marc PETITJEAN,
directeur juridique Groupe NGE



Si un maître d'ouvrage public se doit de communiquer un maximum d'informations aux opérateurs économiques, afin qu'ils puissent bien appréhender ses besoins, il doit aussi faire en sorte que ces informations soient fiables et complètes pour obtenir des réponses techniques et financières pertinentes et constantes de leur part.

1. Quelles sont les informations utiles et nécessaires ?

1 - Sur les sites spécialisés, voici ce que l'on trouve : « Pour passer un marché, un acheteur fournit toutes les informations nécessaires aux candidats potentiels afin qu'ils répondent le plus précisément possible à son besoin : avis de marché, documents de la consultation, etc. »

L'avis de marché récapitule les informations qui permettent au candidat potentiel de savoir s'il est intéressé ou non par le marché public et s'il a les capacités d'y répondre.

Il s'accompagne d'autres documents importants, dont les premiers sont les plus généraux, comme le Cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux (CCAG) ou encore le Cahier des causes techniques générales (CCTG). Leurs dispositions sont bien connues et ne soulèvent pas de difficultés sur le seul terrain de l'information.

L'acte d'engagement et ses annexes sont également des pièces essentielles et déterminantes car plus singulières et propres au projet dont le maître d'ouvrage souhaite la réalisation. Sans revenir sur chacune d'entre elles, l'ensemble de ces pièces constitue le dossier de consultation des entreprises (DCE), qui contient toutes les informations utiles pour connaître le besoin de l'acheteur. Les deux premières d'entre elles sont le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le cahier des causes techniques particulières (CCTP). Viennent ensuite des études diverses et variées, ainsi que des plans. Ces pièces sont conçues et dirigées le plus souvent par le maître d'œuvre. Les informations fournies doivent être suffisamment précises afin que les fournisseurs ou les prestataires puissent déterminer la nature du besoin du maître d'ouvrage et décider de se porter candidat ou non :

- les informations données par l'acheteur dans le cadre de la consultation doivent être à la fois utiles et nécessaires, pour permettre

aux candidats de connaître parfaitement le besoin de l'acheteur, mais aussi suffisamment précises pour satisfaire à la réalisation sans encombre de l'ouvrage, d'abord pour l'entreprise, ensuite pour l'acheteur ;

- si le concept de « *malédiction du vainqueur* » avancé par monsieur Frédéric Marty est séduisant et sans doute bien réel, il n'en est pas de même de celui du « *hold-up contractuel* » qu'il a évoqué et qui est moins pertinent. En effet, ce dernier concept a l'effet d'une carabine à un coup : les acheteurs publics et les opérateurs économiques étant en lien constant sur les territoires, les dégâts d'une sorte de « *tromperie morale* » seraient commercialement irrémédiables, dans un contexte où les relations d'affaires dans le secteur des travaux publics se sont fortement et opportunément assainies !

- la logique de l'entrepreneur n'est pas d'améliorer ses recettes par la présentation de réclamations, mais d'abord et surtout de maîtriser ses dépenses telles qu'elles ont été déterminées dans le cadre du budget au soutien de son offre. Or, tout aléa peut se révéler ruineux et n'est que très rarement une opportunité de gains inespérés !

Ce principe d'informations utiles et nécessaires fait naître trois types de difficultés.

La première : comment le candidat peut-il agir pour obtenir de l'acheteur des éléments d'informations utiles et nécessaires, en particulier sur les points sensibles et récurrents ?

- la temporalité des travaux est-elle satisfaisante ? (Ordre de service de démarrage de la période de préparation ? Ordre de service de démarrage des travaux ? Délai partiel et délai global ? Risque d'intempéries ? Travaux en hiver ?...)

- la nature des sols est-elle bien connue ? (La G2 PRO est-elle éclairante et surtout est-elle fournie au dossier ? Des sondages ont-ils été réalisés ? Des rapports complémentaires des sols ou des rapports géotechniques sont-ils fournis ?)

• l'ordonnement des travaux est-il favorable (risque de coactivité ?)

• les emprises seront-elles libérées à temps et en l'état de ce qui a été constaté lors de la visite des lieux ? (Fouilles archéologiques terminées ? Maîtrise foncière effective ? Plateforme d'installation à disposition ? ZAD potentielle ?)

• les autorisations sont-elles obtenues ? (permis de construire, dossier d'autorisation environnemental, arrêtés de circulation,...)

• les réseaux des concessionnaires ont-ils été déviés ? Les déclarations de travaux ont-elles été faites ?

La deuxième : comment l'acheteur peut-il apprécier la pertinence d'une offre au moment de son choix, tout en écartant ensuite du champ contractuel, par dérogation au CCAG Travaux, le mémoire technique remis par l'entreprise ?

Il y a là une interrogation légitime et de compatibilité avec les principes de loyauté contractuelle ou de bonne compréhension de la commune intention des parties. Les dérogations que l'on trouve bien trop souvent dans les CCAP selon lesquelles le mémoire technique n'est pas opposable au maître d'ouvrage, mais qu'il peut tout de même être opposé à l'entrepreneur, marquent souvent une défiance de l'acheteur public à l'encontre de l'opérateur économique. Or, le mémoire technique (ou la note méthodologique) est une source majeure d'informations utiles et nécessaires ! Il donne de nombreuses indications de moyens matériels et humains, d'organisation du chantier, de méthodes d'exécution. Alors pourquoi l'écartier du champ contractuel ?

D'ailleurs, le mémoire technique reste, en toutes hypothèses, opposable à l'acheteur public, dès lors qu'il a été au cœur de l'attribution du marché public et quand bien même ne serait pas retenu son caractère contractuel. En cas de différend entre les parties, le juge administratif ne peut l'écartier dès lors qu'il est spécifique au marché considéré, qu'il ne déroge pas aux obligations contractuelles, et qu'il a servi de base à l'évaluation de l'offre de l'entreprise.

La troisième difficulté : quelle place est prise par le maître d'œuvre dans cette interface technique, pour lequel l'acheteur public est réputé incompetent ou quasi incompetent, avec un CCAG qui encadre fortement ses interventions et un arrêté Haute Normandie qui le confronte directement à l'entrepreneur ?

• rappel du CCAG : le MOE est la personne qui, pour sa compétence, est chargée par le maître d'ouvrage de diriger l'exécution des travaux, de proposer le règlement des travaux, de l'assister lors des opérations de réception. Il est au cœur de la passation des marchés publics de travaux puisque c'est le plus souvent lui qui rédige le rapport d'analyse des offres (après avoir sans doute déterminé la grille de lecture de celles-ci au travers de critères et de sous-critères...);

• la construction d'un ouvrage reste une équation à trois, maître d'ouvrage, maître d'œuvre et entrepreneur, dont la pleine réussite repose sur la bonne volonté de chacun d'entre eux et non sur celle du seul entrepreneur. Dans ce trinôme, le maître d'œuvre n'est pas seulement chargé de la direction des travaux, il est le plus souvent le concepteur du projet. Son rôle est central.

2. Que dit la loi ?

2 - L'article 1104 Code civil et fondamental : les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

Les marchés publics de travaux n'échappent pas à cette obligation, même en l'absence de négociation. Il faut entendre le mot « négocié » comme étant la rencontre des volontés qui aboutissent à l'accord, indépendamment de toute notion de discussion ou de palabre. La loyauté est la règle et elle ne pose pas de problème en marchés publics de travaux. L'omission de pièces ou la rétention volontaire d'informations de la part d'une personne publique est rarissime. Je n'ai pas d'exemples en tête. Il n'en est pas de même de l'omission ou de la

rétention involontaire, par ignorance de l'acheteur public le plus souvent. Pour y remédier les candidats doivent pouvoir être proactifs et ils le sont.

L'article 1112-1 du Code civil est également essentiel puisqu'il ajoute, en synthèse, que celui qui connaît une information « dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer ».

La loi a donc organisé un principe d'échange d'informations de bonne foi entre ceux qui négocient des contrats, et pas uniquement en phase d'exécution du contrat.

3. La « clause portugaise » pourrait-elle être utilement adoptée ?

3 - Le droit des contrats publics portugais a introduit une disposition que l'on peut traduire comme suit : « Pendant le premier tiers du délai de présentation des offres, tout opérateur économique intéressé peut demander les éclaircissements nécessaires à la bonne compréhension du dossier d'appel d'offres et, dans le même délai, il doit présenter une liste dans laquelle il identifie, explicitement et sans équivoque, les erreurs et les omissions du dossier d'appel d'offres qu'il a détectées. » (...)

« L'entrepreneur est responsable de la moitié de la valeur des travaux supplémentaires nécessaires pour remédier aux erreurs et omissions dont la détection était requise pendant la phase de passation du marché, aux termes de l'article 50, à l'exception de ceux qui ont été, pendant cette phase, identifiés par les opérateurs économiques intéressés, mais qui ont été refusés par le pouvoir adjudicateur ».

Cette disposition intéressante et simple à première vue appelle de ma part trois observations.

La première : l'obligation de détecter les erreurs et omissions, comme la faculté de poser des questions aux acheteurs, existent déjà en droit français.

En phase de consultation des entreprises, cette obligation de relever les erreurs et omissions s'impose à tous les candidats même en l'absence de dispositions expresses en ce sens dans le Code de la commande publique. Toutefois cette obligation pèse clairement sur le titulaire du marché dès lors que le CCAG marchés publics de travaux. L'article 29.1.1, dans la partie commentaires, est sans ambiguïté : « (...) Le titulaire fait sur place tous les relevés nécessaires et demeure responsable des conséquences de toute erreur de mesure. Il doit, suivant le cas, établir, vérifier ou compléter les calculs de stabilité et de résistance.

S'il reconnaît une erreur dans les documents particuliers du marché fournis par le maître d'ouvrage, il doit le signaler immédiatement par écrit au maître d'œuvre. »

Les documents particuliers du marché étant par définition dans le dossier de consultation des entreprises, ils doivent donc être contrôlés par les candidats et pas seulement par le titulaire.

Par ailleurs, en phase d'exécution des travaux, cette obligation de contrôle perdure. Elle figure à l'article 29.2 de ce même CCAG : « Si le maître d'œuvre est conduit, en cours d'exécution du marché, à fournir au titulaire des documents nécessaires à la réalisation des ouvrages, la responsabilité du titulaire n'est pas engagée sur la teneur de ces documents. Toutefois, le titulaire a l'obligation de vérifier, avant toute exécution, que ces documents ne contiennent pas d'erreurs, omissions ou contradictions normalement décelables par un homme de l'art. Dans le cas contraire, il doit les signaler immédiatement au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage par écrit. »

Il pourrait difficilement être soutenu que la formule « avant toute exécution » contenue dans cet article puisse viser toute la phase d'exécution des prestations, et non la seule exécution des prestations sujet du document vicié ou erroné. C'est d'ailleurs au stade de l'élaboration des plans d'exécution que se concentre le plus souvent le risque d'erreurs et d'omissions. Si l'entreprise se voit transférer l'élaboration

des plans d'exécution, elle assume alors seule le risque des erreurs qu'elle pourrait commettre.

Deuxième observation : le premier tiers du délai, c'est bien court !

Les délais minimaux de consultation des entreprises sont très serrés. Par exemple, pour un appel d'offres ouvert, le délai minimal de réception des offres est de 35 jours avec réduction possible à 30 jours si remise des offres par voie électronique, voire à 15 jours si avis de pré-information ou urgence.

- compte tenu de ces délais très courts qui, par transposition sur le premier tiers du délai global seraient de 3 à 11 jours, difficile de détecter des erreurs ou omissions à moins qu'elles ne soient grossières !

- cela contraindrait l'entreprise à étudié le DCE dans les tous premiers jours de la consultation, alors que la priorité immédiate de l'entreprise est sans doute axée sur ses partenariats à trouver, la détermination de ses sous-traitants, le lancement d'études auprès de bureaux d'études spécialisés, la mobilisation de ses moyens humains et matériels...

- en réalité, les erreurs et omissions significatives et non grossières sont plutôt détectées pendant la période de préparation, et non dans la phase de consultation, donc après attribution du marché !

- il faut toujours se méfier des appréciations a posteriori. Il est plus facile d'affirmer « *vous auriez pu découvrir à temps* » une fois que l'erreur est découverte...

- n'oublions pas non plus que les documents joints au DCE sont parfois volumineux et riches, qu'ils ont été élaborés après plusieurs mois de travail par des spécialistes et experts dont le langage technique est parfois empli de précautions et de réserves. Il suffit de lire une étude de sols au hasard pour y trouver les expressions « *probable* », « *possible* », « *éventuel* », « *à confirmer* », qui ne donnent pas beaucoup de certitudes ! Ces documents concernent un ouvrage

unique et singulier. La moindre erreur peut donc avoir des effets dévastateurs sur l'économie de ce projet « *prototype* », en premier lieu sur la trésorerie de l'entreprise qui subit cette erreur.

Troisième observation : sur la responsabilité, c'est une règle claire !

La clause dite « *portugaise* » est incontestablement plus favorable au titulaire du marché de travaux et simplifie la résolution des litiges en la matière.

Le partage de responsabilité (ou partage des risques) est la contrepartie équitable d'une exigence de déceler les erreurs, omissions ou contradictions dans un délai très court. Si l'erreur ou omission n'est pas vue, le partage s'impose, d'abord parce que l'auteur de l'erreur ou de l'omission n'a pas à être déchargée de celle-ci (sauf si elle est grossière).

L'absence de responsabilité du titulaire si l'acheteur persiste n'est pas choquante. Il peut être considéré que le titulaire aura ainsi correctement respecté son obligation de conseil et d'assistance vis-à-vis du maître d'ouvrage, son co-contractant. Au passage cette obligation n'est pas due au maître d'œuvre puisqu'il n'y a pas de contrat le liant au titulaire.

Dans un souci de simplification et d'équité, la clause inspirée du droit portugais présente un intérêt certain et pourrait être soutenue par les entreprises moyennant quelques adaptations sur les délais.

En conclusion rapide, la maîtrise des dépenses est une obsession pour l'opérateur économique. La gestion des risques qu'il a choisis relève de sa responsabilité. Cela passe par un échange d'informations complètes et fiables qui solidifient ses offres. Sa priorité n'est donc pas d'importuner l'acheteur public pour obtenir de meilleures recettes, mais de ne pas financer des risques subis par lui et qui n'ont pas été appréhendés dans le dossier de consultation des entreprises. ■

2389 Informations, secret des affaires et concurrence

Laurent COUTRON,

professeur à l'université de Montpellier,
référénaire à la Cour de justice de l'Union
européenne*

et

Benoît NEVEU,

avocat au barreau de Paris

La passation des contrats de la commande publique génère de nombreux échanges d'informations entre l'acheteur ou l'autorité concédante et les soumissionnaires. En raison notamment du principe fondamental de transparence, ces échanges d'informations sont au cœur de la concurrence pour l'attribution des contrats. Pour autant, le droit de la commande publique se doit également de garantir la protection des secrets d'affaires, à titre préventif comme en cas d'atteinte imminente ou avérée. Informations, secret des affaires et concurrence entretiennent ainsi des rapports étroits dont la présente communication se propose de rendre compte en mettant en évidence les délicats équilibres trouvés par le droit de l'Union européenne comme par le droit français.

I - Des trois termes du sujet, deux, le premier et le troisième, ne soulèvent guère de difficultés pour les besoins de la présente communication.

La notion d'« informations » doit être entendue largement. Elle couvre ainsi tant les informations communiquées, de manière descendante, par le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires (documents de la consultation, échanges avec les candidats, information des candidats évincés...) que celles qui sont transmises, de manière ascendante cette fois-ci, par les soumissionnaires au pouvoir adjudicateur (contenu des offres, informations stratégiques du candidat sortant...).

La notion d'informations englobe également les échanges d'informations qui interviennent de manière horizontale entre des candidats et des soumissionnaires. Si des échanges de ce type sont naturellement admis entre les membres d'un groupement d'opérateurs économiques¹, la situation est plus complexe en ce qui concerne les relations entre candidats concurrents. Cette dernière situation semble toutefois devoir être appréhendée à l'aune des principes fondamentaux de la commande publique et, donc, indépendamment des règles relatives à la protection des secrets d'affaires. En effet, le principe d'égalité de traitement peut « faire obstacle à l'attribution du marché en cause à des opérateurs économiques qui forment une unité économique et dont les offres, bien que soumises séparément, ne sont ni autonomes ni indépendantes ». Ce principe s'oppose alors à ce que ces

soumissionnaires « puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires »². L'affirmation selon laquelle cette solution « s'appliqu[e] a fortiori à la situation de soumissionnaires qui ne sont pas simplement liés, mais qui forment une unité économique »³ ne saurait être interprétée comme un renversement de l'arrêt *Specializuotas transportas*⁴, bien au contraire. L'arrêt du 15 septembre 2022 ne s'oppose aucunement à la présentation d'offres par des membres d'une unité économique, à condition toutefois que les filiales en cause disposent d'une autonomie et d'une indépendance suffisantes de façon à présenter leurs offres sans coordination ni concertation.

Quant à la notion de « concurrence », elle couvre la mise en concurrence *stricto sensu*, au sens de procédure de passation du contrat, ainsi que les rapports de concurrence entre les candidats ou encore les procédés susceptibles de nuire à une concurrence loyale, tels que le vol d'informations stratégiques ou la rétention d'informations nécessaires à l'élaboration des offres par le titulaire sortant et susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, en particulier un abus de position dominante, etc.

Le terme le plus problématique correspond donc à l'expression « secret des affaires ».

NdA : Les opinions exprimées dans cet article sont purement personnelles.

1. Tels que définis par l'article 19, paragraphe 2, et l'article 2, point 10, de la directive 2014/24.

2. CJUE, 15 sept. 2022, aff. C-416/21, J. Sch. *Omnibusunternehmen et K. Reisen*, pts 57 et 59.

3. *Ibid.*, pt 62.

4. CJUE, 17 mai 2018, aff. C-531/16, EU:C:2018:324.

2 - Protection du secret d'affaires ou des informations confidentielles ? – Du point de vue du droit de l'Union européenne, la notion de « *secret d'affaires* » n'est pas directement opératoire dans les procédures de passation de marchés publics. Il découle en effet de l'arrêt *Klaipedos*⁵ que la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites⁶ ne saurait constituer le fondement juridique de la protection des informations confidentielles dans les procédures de passation de marchés.

Diverses raisons peuvent être avancées au soutien de l'inapplicabilité de la directive 2016/943 dans le domaine de la passation des marchés. En premier lieu, cette directive affirme, à son article 3, paragraphe 2, qu'est licite l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires requis ou autorisé en particulier par le droit de l'Union⁷, ce qui semble logiquement le cas, compte tenu des articles 50⁸ et 55⁹ de la directive 2014/24, lorsqu'un pouvoir adjudicateur communique à un opérateur économique, et à sa demande, des informations relatives à un candidat ou à un soumissionnaire. En deuxième lieu, la directive 2016/943 prévoit elle-même, à son article 1^{er}, paragraphe 2, sous c, et à son considérant 18, son propre effacement au profit de la directive 2014/24, dès lors que celle-ci protège également la confidentialité des informations échangées dans une procédure de passation de marché public¹⁰. En troisième lieu, il aurait certainement été problématique de rendre applicable la directive 2016/943 aux procédures de passation de marchés, dès lors que celle-ci a un champ d'application plus étroit que l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24. En effet, si les secrets d'affaires sont solubles dans les informations confidentielles, l'inverse n'est pas vrai, les informations confidentielles n'étant pas réductibles aux seuls secrets d'affaires. À cet égard, l'arrêt *Antea Polska* e.a.¹¹ énonce que « la notion de « *secret d'affaires* », telle que définie à l'article 2, point 1, de la directive 2016/943 ou dans une disposition correspondante de droit national, ne se chevauche qu'en partie avec les termes « *renseignements [...] communiqués à titre confidentiel* » figurant à l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24. En effet, selon le libellé même de cette dernière disposition, les renseignements y visés comprennent, « *entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres* », ce qui indique [...] que la protection de la confidentialité énoncée à la directive 2014/24 est plus large que celle d'une protection s'étendant aux seuls secrets d'affaires ». En droit français, l'article L. 2132-1 du CCP confirme que l'obligation de protection du secret des affaires ne se confond pas avec l'obligation de confidentialité du droit de la commande publique¹².

Enfin, et même si ni l'arrêt *Klaipedos* ni l'arrêt *Antea Polska* n'en portent la trace, la mise à l'écart de la directive 2016/943 semble encore se justifier par le caractère inapproprié du mécanisme de contrôle juridictionnel qu'elle prévoit, dès lors que celui-ci repose sur un échange et donc une circulation des secrets d'affaires entre les parties litigantes¹³. Le régime instauré par la directive 2016/943 a ainsi été principalement forgé pour faire face à des situations dans lesquels les secrets d'affaires ont déjà été éventés. Aussi aurait-il pu être contre-productif d'appliquer cette directive aux procédures de passation de marchés publics.

Bien qu'étant formellement insusceptible de fonder juridiquement l'obligation pour un pouvoir adjudicateur de protéger les informations confidentielles qui lui ont été communiquées, la directive 2016/943 pourrait, malgré tout, jouer, sur certains points, le rôle de source d'inspiration philosophique, au même titre d'ailleurs que la directive 2014/104 du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne¹⁴.

3 - Notion d'« informations confidentielles ». – La protection des informations confidentielles est garantie par l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 qui dispose :

« Sauf disposition contraire de la présente directive ou des règles de droit national auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information, et sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 50 et 55, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres. »

Cet article 21, paragraphe 1, pose ainsi un principe de protection des informations confidentielles mûtiné de diverses exceptions. La Cour veille cependant à ce que les exceptions prévues par l'article 21 lui-même n'affectent pas l'effet utile du principe. Tel est l'un des principaux apports de l'arrêt *Antea Polska* du 17 novembre 2022 qui est riche d'enseignements en ce qui concerne la dialectique complexe entre le principe de protection des informations confidentielles et les exceptions envisagées par le paragraphe 1 de cet article.

La question au cœur de cette affaire était de savoir si un État membre peut réduire les informations dont le pouvoir adjudicateur doit préserver la confidentialité aux seuls secrets d'affaires. La Cour considère qu'il est, de prime abord, loisible à un État membre de cantonner le périmètre de l'article 21 de la directive 2014/24 en référence à la notion de « *secret d'affaires* »¹⁵. Cet article reconnaissant une marge d'appréciation aux États membres, ceux-ci peuvent donc privilégier l'accès à l'information et à la transparence plutôt que la confidentialité des informations remises au pouvoir adjudicateur¹⁶.

Dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, les États membres doivent toutefois respecter la finalité de l'article 21 de la directive

que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées. L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché ». Les articles L. 3122-3 du CCP pour les concessions et L. 2332-1 pour les marchés de défense et de sécurité sont rédigés en termes similaires.

13. V. art. 9 et cons. 7 et 25 de la directive 2016/943.

14. JOUE n° L 349, 2014, p. 1.

15. Pt 54 de l'arrêt *Antea Polska*.

16. *Ibid.*, pts 56-57.

5. CJUE, gde ch., 7 sept. 2021, aff. C927/19, *Klaipedos regio atliekų tvarkymo centras*, EU:C:2021:700.

6. JOUE n° L 157, 2016, p. 1.

7. Pt 100 de l'arrêt *Klaipedos*.

8. L'article 50 de la directive 2014/24 est consacré à l'« *avis d'attribution de marché* » que le pouvoir adjudicateur doit publier et précise les informations qu'un tel avis doit contenir.

9. Intitulé « *Information des candidats et des soumissionnaires* », l'article 55, paragraphe 2, sous c, de la directive 2014/24 prévoit que, « [à] la demande du candidat ou du soumissionnaire concerné, les pouvoirs adjudicateurs communiquent, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite [...] à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du titulaire ou des parties à l'accord-cadre ».

10. V. art. 21 et cons. 51 de la directive 2014/24, ainsi que pts 99 et 101 de l'arrêt *Klaipedos*.

11. CJUE, 17 nov. 2022, aff. C54/21, EU:C:2022:888, pt 55.

12. « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle*

2014/24, à savoir l'obligation d'assurer une concurrence loyale et de maintenir une relation de confiance entre le pouvoir adjudicateur et les candidats et soumissionnaires. Les États membres doivent donc permettre au pouvoir adjudicateur de mettre en balance la protection des informations confidentielles et les exigences d'une protection juridictionnelle effective et veiller à ne pas « alt[érer] le régime en matière de publicité concernant les marchés attribués ainsi que les règles relatives à l'information des candidats et des soumissionnaires prévus aux articles 50 et 55 de ladite directive »¹⁷. Ce faisant, la Cour restreint la latitude des États membres en faisant prévaloir une interprétation littérale de l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24, dont elle déduit que « tout régime en matière de confidentialité doit, ainsi que l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24 l'énonce expressément, être sans préjudice dudit régime et desdites règles prévus aux articles 50 et 55 de cette directive »¹⁸. Or, tant l'article 50, paragraphe 4, que l'article 55, paragraphe 3, de la directive 2014/24 prévoient que le pouvoir adjudicateur peut décider, respectivement, de ne pas publier ou de ne pas communiquer les renseignements lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique ou pourrait nuire à la concurrence loyale¹⁹.

Ce faisant, l'arrêt *Antea Polska* suggère que le pouvoir de refuser la divulgation d'informations confidentielles appartient, en propre, au pouvoir adjudicateur et que celui-ci ne saurait en être privé par une réglementation nationale. Il s'ensuit qu'une loi nationale ne peut priver un pouvoir adjudicateur de la faculté de s'opposer à la divulgation d'informations lorsqu'une telle divulgation ferait obstacle à l'application des lois, qu'elle serait contraire à l'intérêt public, qu'elle porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique ou encore qu'elle pourrait nuire à la concurrence loyale.

Dans l'affaire *Antea Polska*, en se focalisant sur les seuls secrets d'affaires et en imposant la publicité de toutes les autres informations transmises au pouvoir adjudicateur, la loi polonaise en cause portait atteinte à l'effet utile de l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec ses articles 50 et 55²⁰. Le législateur polonais aurait donc dû introduire un garde-fou et habiliter le pouvoir adjudicateur à « refuser exceptionnellement la divulgation d'informations qui, tout en ne relevant pas de la notion de secrets d'affaires, doivent demeurer non accessibles au titre d'un intérêt ou d'un objectif visé auxdits articles 50 et 55 »²¹.

La marge d'appréciation des États membres ne doit donc pas être surestimée. Même s'ils disposent d'une certaine latitude pour déterminer le périmètre de l'article 21 de la directive 2014/24, les États membres doivent s'assurer que les champs respectifs des secrets d'affaires et des informations confidentielles se recouvrent parfaitement, comme dans une sorte d'éclipse totale, ou du moins très largement.

4 - Définition légale du « secret d'affaires ». – D'après l'article 2, point 1, de la directive 2016/943, cette notion désigne des informations qui remplissent trois conditions cumulatives :

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,

c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.

L'article 2 de la directive 2016/943 a été transposé en droit français par l'article L. 151-1 du Code de commerce, dont il résulte qu'une information protégée par le secret des affaires est une information satisfaisant trois critères :

- originalité et accessibilité limitée : l'information « n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité » ; ce critère s'apprécie de manière relative, en fonction de la complexité de l'information et du groupe référentiel considéré ;
- valeur commerciale : l'information « revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret », de sorte que la divulgation de cette information est susceptible de nuire au potentiel scientifique et technique du détenteur légitime du secret, ou à ses intérêts économiques ou financiers, ou encore à ses positions stratégiques ou sa capacité concurrentielle ;
- protection raisonnable : l'information « fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret », qu'il s'agisse de mesures de protection techniques ou juridiques.

5 - Typologie. – Au-delà de sa définition générale, la notion de secret des affaires renvoie principalement à trois catégories d'informations protégées :

- le secret des procédés : techniques de fabrication, contenu des activités de recherche-développement des entreprises, informations traduisant un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit... ;
- le secret des informations économiques et financières : informations relatives à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit (le chiffre d'affaires, les documents comptables, et généralement toutes les informations de nature à révéler le niveau d'activité...)
- le secret des stratégies : prix et pratiques commerciales, liste des fournisseurs, montant des remises consenties, stratégie technique et financière, plan de financement, montage juridico-financier et comptable élaboré pour l'exécution d'un contrat...

Tant et si bien qu'il n'existe pas un secret des affaires, mais des secrets d'affaires.

Après avoir défini les trois éléments du triptyque figurant dans l'intitulé de cette communication, il convient désormais d'examiner les rapports qu'ils entretiennent entre eux, tout d'abord, lorsqu'il s'agit de protéger le secret des affaires (1), ensuite, lorsqu'il s'agit de gérer les atteintes au secret des affaires (2).

1. La protection du secret des affaires

6 - La protection du secret des affaires s'impose tout autant pendant la préparation d'une consultation que pendant la mise en concurrence, et même après. Il ne sera toutefois pas traité de l'aval dans le cadre de la présente contribution, là où la protection du secret des affaires résulte principalement des dispositions du Code des relations entre le public et l'administration et du régime du droit à communication des documents administratifs dont bénéficient tant les concurrents évincés que toute autre personne qui en fait la demande, et qui doit s'exercer dans le respect des secrets protégés par la loi, et notamment le secret des affaires.

A. - La protection du secret des affaires en amont de la procédure

7 - Avant toute mise en concurrence, l'acheteur ou l'autorité concédante a l'obligation d'apporter l'information la plus utile et la

17. pt 58.

18. *Ibid.*, pt 59.

19. *Ibid.*, pts 60-61.

20. Pt 62 de l'arrêt *Antea Polska*.

21. *Ibid.*, pt 63.

plus complète aux opérateurs économiques susceptibles de soumissionner. Dans ce cadre, il importe de veiller à ne pas dévoiler des secrets d'affaires qui ne seraient pas nécessaires aux exigences de la mise en concurrence.

1° La définition du besoin

8 - L'acheteur ou l'autorité concédante se doit de définir de manière suffisamment précise ses besoins (prestations confiées au futur titulaire du contrat, durée, conditions d'exécution, etc.), à défaut de quoi la procédure de passation encourt un risque d'irrégularité²². Ainsi, il importe d'« *apporter aux candidats [...], avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire* » et « *il lui appartient [...] d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres* »²³. Cette étape est essentielle en ce qu'elle permet, d'une part, de mettre les soumissionnaires en mesure de présenter des offres les mieux à même de satisfaire ces besoins et, d'autre part, de neutraliser l'asymétrie d'information dont dispose le titulaire sortant.

2° Le secret des affaires du titulaire sortant

9 - Les informations jugées nécessaires à l'élaboration des offres sont parfois des informations qui relèvent du secret des affaires du titulaire sortant. Dans cette hypothèse, le Conseil d'État considère que la protection du secret des affaires doit se concilier avec les exigences de la mise en concurrence, de sorte que la levée du secret peut parfois devenir une condition de l'égalité de traitement des candidats²⁴. Il en résulte qu'un opérateur sortant n'est normalement pas fondé à s'opposer à la communication d'informations le concernant en invoquant le secret des affaires s'il s'avère que cette communication est nécessaire pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Cela étant, il existe des cas où l'égalité de traitement doit précisément inciter à ne pas dévoiler une information couverte par le secret des affaires. Un opérateur économique peut en effet légitimement chercher à préserver un avantage concurrentiel, quand bien même il serait le titulaire sortant, et serait ainsi présumé détenir des informations de nature à le favoriser dans le cadre d'une nouvelle mise en concurrence. La qualité de sortant ne doit pas conduire à ce qu'un opérateur soit défavorisé par la diffusion d'informations qui lui sont propres et dont il n'est pas démontré qu'elles sont nécessaires ni même utiles à la présentation d'une offre satisfaisante par les autres candidats.

L'équilibre est alors potentiellement délicat à trouver et sujet à des divergences d'approche entre les acteurs concernés. Il est en effet souvent difficile de déterminer si une information relève, ou non, du secret des affaires et surtout si elle est malgré tout nécessaire à l'établissement des offres. Cela d'autant plus lorsque l'acheteur ou l'autorité concédante doit répondre à des demandes de renseignements complémentaires émanant de concurrents qui estiment que ces informations sont nécessaires à l'élaboration de leur offre, dans des conditions d'égalité de traitement.

Dans ce cas, il est recommandé à l'acheteur ou l'autorité concédante (i) de demander au candidat auteur de la demande de renseignements complémentaires les raisons pour lesquelles il considère que l'information est nécessaire à l'élaboration de son offre, (ii) de solliciter de l'opérateur sortant les raisons pour lesquelles il estime que l'information est couverte par le secret des affaires et n'est pas nécessaire à l'élaboration des offres, et (iii), le cas échéant, de faire réagir l'un aux arguments de l'autre et réciproquement. De tels échanges permettront une prise de décision mieux éclairée tout en anticipant les contours d'un éventuel contentieux ultérieur.

En cas de désaccord persistant, l'acheteur ou l'autorité concédante pourra toujours solliciter du juge des référés qu'il prononce une injonction de communiquer l'information sur le fondement de l'article L. 521-3 du code (référé mesures utiles). Deux conditions sont nécessaires pour espérer obtenir gain de cause sur ce fondement. Il convient en premier lieu de démontrer l'urgence à obtenir communication des informations litigieuses. Cette urgence peut en particulier résulter de la nécessité de mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence pour garantir la continuité du service public. Il convient en second lieu de démontrer l'utilité de la mesure d'injonction demandée. Cette utilité s'apprécie notamment en fonction des moyens dont dispose l'acheteur ou l'autorité concédante pour contraindre directement l'opérateur sortant à communiquer les informations litigieuses. Aussi, ce n'est que si l'acheteur ou l'autorité concédante ne dispose pas d'autres moyens pour obtenir communication des informations, soit contractuellement, soit en vertu des pouvoirs dont il dispose en application des règles générales relatives aux contrats administratifs, que le juge acceptera de faire droit à la demande d'injonction. En revanche, si l'acheteur ou l'autorité concédante dispose des moyens lui permettant d'obtenir communication des informations litigieuses, par exemple parce que ces informations lui sont communiquées par ailleurs sous une autre forme ou à travers un accès au système d'information de l'opérateur concerné, le juge des référés considèrera que la requête ne satisfait pas à la condition d'utilité de la mesure sollicitée. Il en ira en particulier ainsi si l'Administration n'établit pas avoir utilisé l'ensemble des pouvoirs qu'elle tient du contrat, et notamment son éventuel pouvoir de contrôle sur place du cocontractant²⁵.

B. - La protection du secret des affaires pendant la procédure

1° L'interdiction de communiquer le contenu de l'offre d'un soumissionnaire en cours de procédure

10 - Au cours de la procédure, le principe de confidentialité interdit à l'acheteur ou à l'autorité concédante de révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat à la procédure – voire à une ancienne procédure²⁶ – sans l'accord de celui-ci. Et pour cause : la divulgation en cours de négociation du contenu de l'offre d'un soumissionnaire est susceptible de fausser la concurrence en ce

22. CE, 15 nov. 2017, n° 412644, *Sté Idex Territoires* ; JCP A 2017, act. 574 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 13, note M. Ubaud-Bergeron.

23. CE, 6 nov. 2020, n° 437946, *Cne Saint-Amand-les-Eaux : Lebon* ; JCP A 2020, act. 640.

24. CE, 19 janv. 2011, n° 340773, *Sté T.E.P. – Technique d'Environnement et de Propreté* : « Si les collectivités publiques sont, dans leur activité contractuelle, tenues au respect du secret des affaires, ce secret doit se concilier avec l'obligation d'assurer l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; que le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que, compte tenu de la nature des informations en cause, leur communication était nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats, sans que leur divulgation puisse être regardée comme constitutive d'une violation du secret des affaires ».

25. V. not. TA Versailles, ord., 25 févr. 2016, n° 160095, SIREDOM.

26. CAA Bordeaux, 5 nov. 2007, n° 04BX0054 (confirmé par CE) : « considérant que la publication, peu après le début de la phase de négociation qui a précédé l'attribution du marché, du montant de l'offre qu'avait présentée la société GT Construction lors d'une précédente consultation portant sur le même marché, alors qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'au cours de la négociation précédant l'attribution du marché la société GT Construction ait été informée des offres de prix présentées par les autres entreprises candidates, notamment de celle présentée par l'entreprise qui a été finalement retenue, a été de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement dont devaient bénéficier les entreprises candidates et a privé la société GT Construction d'une chance sérieuse d'obtenir l'attribution du marché, même si, à l'instar d'ailleurs de l'entreprise retenue, elle n'a pas, en cours de négociation, accepté de baisser le montant de son offre ».

qu'elle permet aux autres soumissionnaires d'améliorer leur offre en ayant connaissance des caractéristiques de l'offre concurrente.

Cette interdiction s'étend à tous les documents et informations échangés lors de la phase de négociation de nature à révéler la stratégie commerciale du candidat²⁷, et elle perdure au-delà de l'attribution du contrat, y compris s'agissant des informations échangées entre l'attributaire et l'acheteur²⁸. Les conclusions du rapporteur public Laurent Domingo sous le récent arrêt du Conseil d'État SOMUPI indiquent à cet égard que « [...] de manière générale, ce que le candidat peut ou ne peut pas faire dépend de ses capacités, de ses marges de manœuvres, de ses choix stratégiques, non seulement pour ce contrat mais plus largement compte-tenu de l'ensemble de ses activités dans le ou les secteurs concernés. [...] Dévoiler les réponses de l'attributaire en phase de négociation, qu'elles soient positives ou négatives, c'est divulguer une part des informations d'affaires de l'entreprise, et ces informations sont couvertes par le secret. Dans ces conditions, il ne s'agit pas de réponses communicables sous réserve du secret des affaires ; ce sont des réponses qui ne sont pas communicables à raison du secret des affaires. Ce n'est que l'offre finale et globale de l'attributaire qui sera communicable »²⁹. Cette conception du secret des affaires est à ce point extensive que la protection devrait selon lui également s'étendre aux questions posées en cours de négociation : « [...] l'autorité concédante, par les demandes qu'elle adresse, les points particuliers de l'offre qu'elle négocie, révèle, en creux, ce qu'il y a et ce qu'il n'y a pas dans l'offre du candidat et la comparaison avec l'offre finale permettrait de mesurer le chemin que ce candidat a pu ou n'a pu parcourir. Il nous semblerait donc artificiel de différencier selon la partie qui négocie. Par principe, c'est la négociation dans son ensemble qui est couverte par le secret des affaires »³⁰.

2° Protection du secret des affaires et communication des motifs du refus aux candidats évincés

II - L'impératif le plus catégorique qui pèse sur un pouvoir adjudicateur dans une procédure de passation de marché est de veiller à ne pas fausser la concurrence que ce soit dans la « *procédure de passation en cours [ou] dans des procédures de passation ultérieures* ». Cette obligation de ne pas fausser la concurrence peut être mise en péril lorsque le pouvoir adjudicateur expose à un soumissionnaire les raisons pour lesquelles son offre a été rejetée. L'article 55, paragraphe 2, sous c, de la directive 2014/24 confère en effet au soumissionnaire évincé qui avait présenté une offre recevable le droit d'obtenir du pouvoir adjudicateur communication « [d]es caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que [du] nom du titulaire ou des parties à l'accord-cadre ». Or, le libellé même de cette disposition implique une comparaison de l'offre du soumissionnaire évincé avec celle de l'adjudicataire. Cela étant, l'adjectif « *relatifs* » suggère que cette comparaison ne saurait être ni trop systématique ni trop poussée, sous peine d'en dévoiler trop au soumissionnaire évincé et de réduire à néant le droit de l'adjudicataire à la protection de ses informations confidentielles. Dans cette perspective et afin de trouver le juste milieu, la Cour estime que « l'obligation de motiver une décision rejetant l'offre d'un soumissionnaire [...] n'implique pas que celui-ci devrait disposer d'informations complètes quant aux caractéristiques de l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur. En effet, les procédures de passation de marchés publics reposant sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, ces derniers doivent pouvoir com-

muniquer aux pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci ne communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs »³¹. Il s'en déduit un principe de non-communication des informations réputées confidentielles contenues dans l'offre de l'adjudicataire³².

Naturellement, « le pouvoir adjudicateur ne saurait être lié par la simple allégation d'un opérateur économique selon laquelle les informations transmises sont confidentielles »³³. La charge de la preuve du « caractère véritablement confidentiel des informations » incombe à celui qui s'oppose à leur divulgation. Ce dernier doit donc notamment démontrer que les informations dont la divulgation est demandée « comportent des secrets techniques ou commerciaux, que leur contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence ou que leur divulgation pourrait lui être dommageable »³⁴.

La distinction entre une information véritablement confidentielle et une information qui ne mérite pas de recevoir une telle qualification s'apparentant à une ligne de crête, les pouvoirs adjudicateurs nourriront fréquemment des doutes à cet égard. Afin d'éviter de commettre l'irréparable, le pouvoir adjudicateur doit observer une obligation de prudence particulièrement stricte car, ainsi que l'énonce le considérant 26 de la directive 2016/943, « dès que le secret d'affaires est divulgué au public, il est impossible pour ce détenteur de revenir à la situation qui prévalait avant la perte du secret d'affaires. » Partant, lorsqu'il doute du caractère effectivement confidentiel d'une information, le pouvoir adjudicateur doit demander des éclaircissements à l'opérateur économique concerné³⁵. Cette même obligation de prudence impose également au pouvoir adjudicateur qui envisage d'autoriser la divulgation de certaines informations qu'un candidat ou un soumissionnaire tient pour confidentielles de laisser à ce dernier la possibilité de solliciter une protection juridictionnelle provisoire³⁶.

S'il doit ainsi veiller à ne pas franchir la ligne rouge que représente le droit à la protection des informations confidentielles, le pouvoir adjudicateur, qui est soumis au principe de bonne administration et est donc, à ce titre, assujéti à une obligation de motivation³⁷, doit respecter le droit, parfaitement antagoniste, à une protection juridictionnelle effective de l'opérateur économique qui demande à accéder à ces informations. Le droit au juge impliquant le droit pour l'intéressé de connaître les motifs d'une décision défavorable « afin de lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent »³⁸, le pouvoir adjudicateur doit clairement faire apparaître les raisons pour lesquelles il considère que les informations litigieuses sont bel et bien confidentielles. Sa motivation doit faire apparaître une double conciliation : entre la protection de la confidentialité et le droit au juge, d'une part ; entre le droit au juge et le respect des droits de la défense, d'autre part. Ainsi deux termes sur trois sont favorables au détenteur d'informations réputées confidentielles, de sorte que ce plateau de la balance paraît quand même *a priori* un peu plus lesté que l'autre³⁹.

Afin que son droit au juge ne soit pas privé de sa substance, le demandeur devrait pouvoir accéder à des « informations suffisantes lui permettant de vérifier si la décision du pouvoir adjudicateur relative

27. Aux termes de l'article L. 311-6, 1^o, du Code des relations entre le public et l'administration, de tels documents révèlent du secret des affaires et ne sont, par suite, pas communicables aux tiers.

28. CE, 15 mars 2023, n^o 465171, SOMUPI ; JCP A 2023, act. 209 ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 177 ; BJCP 2023, p. 166, concl. L. Domingo.

29. Concl. rapp. Publ. M. L. Domingo ss l'arrêt CE, 15 mars 2023, n^o 465171, SOMUPI.

30. Ibid.

31. Pt 115 de l'arrêt *Klaipedos* et pt 49 de l'arrêt *Antea Polska*.

32. Pt 116 de l'arrêt *Klaipedos*.

33. Pt 117 de l'arrêt *Klaipedos* et pt 65 de l'arrêt *Antea Polska*.

34. Pt 117 de l'arrêt *Klaipedos*.

35. Ibid., pt 118.

36. Ibid., pt 126.

37. Ibid., pt 120.

38. CJCE, 15 oct. 1987, aff. 222/86, *Heylens e.a.*, EU:C:1987:442, pt 15 ou CJUE, gde ch., 4 juin 2013, aff. C300/11, ZZ, EU:C:2013:363, pt 53.

39. Pt 121 de l'arrêt *Klaipedos*

à l'attribution du marché en cause à un autre opérateur est entachée d'éventuelles erreurs ou illégalités »⁴⁰. Le demandeur n'a toutefois pas un droit acquis à disposer de ces « informations suffisantes », loin de là. En effet, non seulement il paraît inenvisageable pour la Cour que le pouvoir adjudicateur puisse avoir à communiquer des informations confidentielles, mais, en outre, si le pouvoir adjudicateur est censé assurer au demandeur l'accès au contenu essentiel de ces informations, il ne s'agit là que d'une simple obligation de moyens⁴¹.

Le dévoilement du contenu essentiel des informations confidentielles peut emprunter trois voies :

- premièrement, une « communi[cation], sous une forme neutre, dans toute la mesure du possible et pour autant qu'une telle communication soit de nature à préserver le caractère confidentiel des éléments spécifiques de ces données pour lesquelles une protection est justifiée à ce titre »⁴² ;

- deuxièmement, pour autant que le droit national ne s'y oppose pas, la communication « sous une forme résumée [de] certains aspects d'une candidature ou d'une offre ainsi que leurs caractéristiques techniques, de telle sorte que les informations confidentielles ne puissent être identifiées »⁴³ ;

- troisièmement, une version non confidentielle, ainsi que le prévoit l'article 21, paragraphe 2, de la directive 2014/24⁴⁴.

Pour des raisons qui paraissent mystérieuses, alors que les première et troisième possibilités (version neutre et version non confidentielle) puisent leur fondement directement dans le droit de l'Union, l'accès à une version résumée repose, quant à elle, sur le droit national. Cette disparité est d'autant plus troublante qu'il semble malaisé de différencier nettement les versions neutres, résumées et non confidentielles. Une harmonisation serait donc souhaitable, ces trois possibilités pouvant être déduites directement de la directive 2014/24 et ainsi placées dans le giron du droit de l'Union.

Par ailleurs, on peut avoir l'impression que, dans l'arrêt Klaipedos, la Cour exécute une sorte de tango, en faisant un pas en avant, suivis de deux pas en arrière. En effet, chaque pas en direction du demandeur et donc en faveur de l'accès, fût-il étroitement encadré, à des informations réputées confidentielles est contrebalancé par l'édiction de conditions si restrictives, qu'elles conduisent à se demander si, en réalité, la balance ne penchera systématiquement du côté de la protection de la confidentialité. Il est également remarquable que la Cour n'ait pas envisagé une divulgation pure et simple de certaines informations confidentielles. Alors certes, l'affaire Klaipedos ne s'y prêtait pas, puisque la Cour n'était pas spécifiquement interrogée sur ce point. Mais, ce silence peut également laisser augurer des réticences de la Cour à cet égard. Or, la comparaison avec la directive 2014/104 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne est intéressante puisque celle-ci est plus protectrice du demandeur⁴⁵.

En dépit de la forte protection dont il bénéficie, le secret des affaires n'en demeure pas moins susceptible de subir des atteintes.

2. Les atteintes au secret des affaires

A. - Atteinte imminente au secret des affaires : prévenir la divulgation par le référé secret des affaires

1° La procédure de référé secret des affaires et ses premières applications

12 - En droit interne, le décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 a introduit un nouveau référé devant le juge administratif intitulé « référé en matière de secret des affaires ». Cette procédure répond aux exigences de l'article 10 de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, qui prévoit que : « les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du détenteur de secrets d'affaires, ordonner une ou plusieurs des mesures provisoires et conservatoires [...] à l'encontre du contrevenant supposé ».

L'article R. 557-3 du Code de justice administrative dispose ainsi que « lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce ».

Sur le fond, la mise en œuvre de ces dispositions nécessite de démontrer une atteinte imminente au secret des affaires, ce qui correspond aux cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites d'éléments relevant du secret (C. com., art. L. 151-4 à L. 151-6). Sur la forme, ce référé peut être introduit à tout moment, sans condition de délai, et nécessite l'introduction d'une requête dédiée. La procédure répond à un souci d'efficacité : il s'agit en principe d'une formation à juge unique, qui statue dans des délais relativement courts (entre 5 et 15 jours), et dont les décisions sont rendues en dernier ressort.

Ce référé a reçu une première application concrète dans le cadre d'un litige tranché par une ordonnance du tribunal administratif de Nancy du 26 octobre 2020⁴⁶, et qui portait sur un litige en matière de commande publique. Dans cette affaire, un établissement public de santé avait organisé une procédure de passation d'un marché public portant sur des prestations de services d'assurance, en se faisant accompagner d'un assistant à maîtrise d'ouvrage. Or, l'un des soumissionnaires, a dénoncé une situation de conflit d'intérêts tiré de ce que cet assistant à maîtrise d'ouvrage avait précédemment dirigé une société également soumissionnaire dans le cadre de la même procédure. Dans ce contexte, ce soumissionnaire a décidé d'une part de saisir le juge du référé précontractuel en vue de faire sanctionner le non-respect du principe d'impartialité et ainsi que de l'obligation de confidentialité, et d'autre part de saisir le juge du référé du secret des affaires afin d'obtenir (i) la suspension de l'analyse de ses candidatures et de ses offres par l'assistant à maîtrise d'ouvrage et (ii) l'interdiction pour celui-ci d'accéder à ces mêmes candidatures et offres, ce jusqu'à ce que le juge du référé précontractuel statue sur la régularité de la procédure de passation. Le juge des référés a considéré que la situation ainsi décrite traduisait bien une atteinte imminente au secret des affaires, en jugeant que : « eu égard, d'une part, à l'intensité et au caractère récent des liens qui unissent la société BEAH avec M. E... et à l'animosité particulière avec laquelle M. E... s'exprime à l'égard de la SHAM, et, d'autre part, au fait que ces sociétés sont fréquemment en concurrence pour l'attribution de marchés publics d'assurance de centres hospitaliers, la société requérante établit que la collaboration de M. E... comme assistant à la maîtrise d'ouvrage pour l'analyse des offres des candidats constitue avec un degré de vraisemblance suffisant l'existence d'une atteinte imminente au secret des affaires. Elle est par suite

40. Ibid., pt 123.

41. Pts 122-123 de l'arrêt Klaipedos et pt 66 de l'arrêt Antea Polska.

42. Pt 123 de l'arrêt Klaipedos.

43. Ibid., pt 124.

44. Ibid., pt 125.

45. Sur cette question, v. M. Le Soudéer, L'arrêt RegioJet de la Cour de justice de l'Union européenne : une consolidation précautionneuse du droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments de preuve détenus par les autorités de concurrence. Note sous CJUE, 12 janvier 2023, RegioJet, C-57/21 : RAE 2023/1, p. 237.

46. TA Nancy, 26 oct. 2020, n° 2002619.

fondée à demander au juge des référés des mesures visant à prévenir une telle atteinte »⁴⁷. Il en a tiré pour conséquence qu'il y avait lieu de faire droit à la demande de suspension de l'analyse des candidatures et des offres jusqu'à ce que le juge du référé précontractuel par ailleurs saisi statue sur l'atteinte au principe d'impartialité et à l'obligation de confidentialité. Ce faisant, le juge du référé secret des affaires a bien pris une décision provisoire dans l'attente de ce que le juge du référé précontractuel se prononce. Sans prendre position sur l'existence d'un manquement au principe d'impartialité ou à l'obligation de confidentialité, il a ainsi implicitement considéré que si un tel manquement était établi, il aurait pour effet de révéler une atteinte au secret des affaires qu'il s'agissait donc de prévenir.

Cette décision a été suivie de plusieurs autres affaires mettant toujours en présence peu ou prou les mêmes sociétés. Il s'agissait principalement d'hypothèses dans lesquelles le référé secret des affaires était utilisé à des fins conservatoires, dans l'attente que le juge des référés précontractuels se prononce. Le Conseil d'État a néanmoins remis en cause ces jurisprudences. Dans l'arrêt CHU de Pointe-à-Pitre⁴⁸, il a en effet jugé que, pour déterminer le risque d'atteinte imminente au secret des affaires, le juge du référé devait tenir compte de l'obligation contractuelle de confidentialité de l'assistant à maîtrise d'ouvrage. Selon cette décision, il revient au juge des référés précontractuels d'évaluer l'existence d'une atteinte au secret des affaires et d'apprécier, de manière non plus préventive mais curative, si une telle atteinte a eu lieu, par le biais notamment d'une violation de l'obligation de confidentialité ou du principe d'impartialité. La Haute Juridiction limite ainsi les opportunités d'utilisation du référé secret des affaires pour prévenir des atteintes au secret des affaires dans le cadre de la passation d'un contrat de la commande publique.

2° Les applications potentielles du référé secret des affaires en matière de commande publique

13 - D'autres applications du référé secret des affaires en matière de commande publique restent néanmoins envisageables.

Ainsi, au stade de l'élaboration des documents de consultation, l'opérateur qui constate que des informations relevant de son secret des affaires figurent dans les documents de consultation et qui conteste la nécessité de porter de telles informations à la connaissance des candidats, pourrait potentiellement introduire un référé secret des affaires pour faire interdire l'utilisation de ces informations et modifier les documents de consultation en conséquence. Si le référé est introduit après que les documents de consultation aient commencé à être diffusés, une telle action n'aurait toutefois d'intérêt que vis-à-vis des tiers qui n'auraient pas encore eu accès auxdits documents de consultation, les autres en ayant déjà eu connaissance.

Au stade de l'information des concurrents évincés, le référé secret des affaires pourrait également constituer une action préventive efficace pour permettre à l'attributaire du contrat de s'opposer à la communication d'informations couvertes par son secret des affaires, à un concurrent évincé qui en ferait la demande. À condition là encore qu'il soit informé à la fois de la demande de communication et éventuellement de l'intention de l'acheteur ou de l'autorité concédante d'y répondre favorablement, l'attributaire pourrait saisir directement le juge afin de faire interdire la communication de manière préventive.

B. - Atteinte au secret des affaires en cours de passation : rétablir l'égalité de traitement

14 - En dépit de toutes les précautions qu'un acheteur ou une autorité concédante peut raisonnablement prendre, il peut arriver que des éléments confidentiels soient accidentellement divulgués.

Face à cette situation, la première étape consiste pour l'acheteur ou l'autorité concédante à évaluer l'impact de cette divulgation sur la procédure, en tenant compte d'une part de la nature et de l'importance des informations divulguées, et d'autre part du stade de la procédure auquel la divulgation a eu lieu. Comme le souligne Gilles Pellissier dans ses conclusions sous l'arrêt Société La Méridionale : « *seule la divulgation d'informations confidentielles importantes à un moment où elles sont susceptibles d'avantager les concurrents peut avoir un tel effet [rompre l'égalité et entacher d'irrégularité la procédure]. Tel pourra être le cas de la publication de données confidentielle relative à une offre juste avant la remise des offres ou en phase de négociation, mais pas si les offres définitives ont déjà été déposées* ».

Le cas échéant, il lui revient ensuite de tout mettre en œuvre pour rétablir l'égalité de traitement entre les candidats.

Une première option peut consister à recommencer la procédure, mais cette solution n'est pertinente que si, lors de la nouvelle procédure, les candidats ne sont plus susceptibles de retirer un quelconque avantage concurrentiel desdites informations. Certes, il peut être envisagé de relancer la procédure sur des bases nouvelles, mais cette solution qui contraindrait à redéfinir son besoin n'est pas toujours possible ni même souhaitable.

Il arrive donc que l'acheteur ou l'autorité concédante n'ait d'autres choix que de mener à terme la procédure en cours. Dans ce cas, l'acheteur ou l'autorité concédante peut, à titre exceptionnel, modifier les conditions de déroulement de la négociation pour pallier l'inégalité de traitement. C'est ce qui résulte de l'arrêt Transdev⁴⁹ dans lequel le Conseil d'État a admis que l'autorité concédante déroge aux dispositions du règlement de la consultation qu'elle avait établi et renonce à solliciter des offres finales afin d'attribuer le contrat sur la base des offres intermédiaires formulées en cours de négociation, avant que la confidentialité ne soit rompue. Compte tenu de son caractère dérogatoire, cette solution ne peut être mise en œuvre qu'à deux conditions : (i) qu'une divulgation de documents ait porté irrémédiablement atteinte à l'égalité entre les candidats, dans le cadre de la procédure en cours comme dans le cadre d'une nouvelle procédure si la procédure de passation devait, à brève échéance, être reprise depuis son début et (ii) qu'à la date à laquelle l'état des offres est figé, les négociations aient déjà donné lieu de nombreux échanges entre l'autorité concédante et les candidats qui avaient disposé d'un délai suffisant, et strictement identique, pour présenter leurs offres. Pour reprendre les mots du rapporteur public Olivier Henrard dans ses conclusions sous cet arrêt, il s'agit alors de « *la moins mauvaise des solutions possibles* ».

C. - Atteinte au secret des affaires au stade contentieux : garantir le droit au recours effectif

1° Les prescriptions du droit de l'Union

15 - La Cour a reconnu la justiciabilité, en tant que telle, de la décision du pouvoir adjudicateur refusant de communiquer des informations confidentielles⁵⁰. Fort logiquement, elle impose au juge national de suivre la même grille d'analyse que celle qu'elle a forgée à l'intention du pouvoir adjudicateur. Il s'ensuit que, au stade du contrôle juridictionnel non plus, le demandeur n'aura pas un droit d'accès absolu à l'ensemble des informations transmises au pouvoir

47. TA Nancy, 26 oct. 2020, n° 2002619, Sté hospitalière d'assurances mutuelles.

48. CE, 10 févr. 2022, n° 456503, CHU de Pointe-à-Pitre.

49. CE, 8 nov. 2017, n° 412859, Sté Transdev ; JCP A 2017, 2318, note J. Martin.

50. V. pts 106 et 107 de l'arrêt Klaipeidos.

adjudicateur par des concurrents. La possibilité de disposer d'informations suffisantes pour sauvegarder le droit au juge n'est pas garantie non plus puisque l'obligation de fournir des informations suffisantes au demandeur doit être mise en balance avec le droit de la protection de la confidentialité et des secrets d'affaires⁵¹.

Le juge national doit éprouver la légalité de la décision de refus du pouvoir adjudicateur en procédant à un examen complet de tous les éléments de fait et de droit pertinents, ce qui présuppose qu'il ait accès à l'ensemble des informations, y compris celles qui seraient réputées confidentielles. Si le juge estime que certaines informations ont été qualifiées à tort de confidentielles par le pouvoir adjudicateur, il doit être en mesure d'annuler la décision portant refus de les divulguer et, le cas échéant, la décision de rejet du recours elle-même. En outre, si le droit national l'y autorise, il doit statuer lui-même sur le recours⁵². Cela étant, si le droit national ne permet pas au juge national de prendre, en cours d'instance, des mesures rétablissant le respect du droit au juge, le juge doit soit annuler la décision d'attribution, soit permettre au soumissionnaire d'introduire un nouveau recours, dont le point de départ commencera à courir à partir du moment où le demandeur aura eu accès à toutes les informations qui avaient été qualifiées à tort de confidentielles⁵³.

Le juge national n'est pas tenu de dévoiler les informations qui sont entre ses mains au demandeur ou à ses représentants. La protection d'un intérêt public important ou des droits fondamentaux d'un tiers, tel que la protection de la vie privée et des secrets d'affaires peut en effet justifier une mise à l'écart du principe du contradictoire⁵⁴. Il s'ensuit que certaines informations peuvent ne pas être transmises au demandeur et à ses avocats, ce qui soulève quand même le problème crucial de l'efficacité des voies de recours.

Sur ce point, si avec l'expérience, il s'avérait que la jurisprudence est insuffisamment protectrice du droit au juge du demandeur, une perspective d'amélioration possible consisterait à encourager les États membres⁵⁵ à se doter d'un dispositif de double représentation du demandeur, en s'inspirant, par exemple, du mécanisme prévu par le droit anglais et que la Cour avait avalisé dans l'affaire ZZ⁵⁶. Le demandeur disposerait alors d'avocats personnels et d'avocats spéciaux. Ces derniers, qui seraient les seuls à avoir accès aux documents confidentiels, seraient dans l'impossibilité d'échanger avec le demandeur ou ses avocats personnels, sauf autorisation accordée par le juge compétent. Dans cette entreprise, la directive 2016/943 pourrait fournir un argument par analogie. Son considérant 25 énonce en effet qu'« il est particulièrement important de veiller à assurer à la fois la protection effective du caractère confidentiel des secrets d'affaires et le respect du droit des parties à ces procédures de bénéficier d'un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial. [L]e cercle restreint [des personnes habilitées à avoir accès aux éléments de preuve ou aux audiences] devrait [...] comprendre au moins une personne physique pour chaque partie, ainsi que l'avocat de chaque partie et, le cas échéant, d'autres représentants disposant des qualifications appropriées conformément au droit national pour défendre, représenter ou servir les intérêts d'une partie dans les procédures judiciaires couvertes par la présente directive ; toutes ces personnes devraient avoir pleinement accès à ces éléments de preuve ou ces audiences. [...] ».

Enfin, un apport intéressant de l'arrêt Antea Polska réside dans la contribution, certes modeste encore, de la Cour à opérer une classification et une systématisation des informations transmises au pouvoir adjudicateur afin de créer, en quelque sorte, une présomption de possibilité de divulgation ou, à l'inverse, une présomption de confidentialité. La jurisprudence n'en est qu'à ses balbutiements mais cet arrêt semble pouvoir être interprété comme un premier pas dans cette direction.

En premier lieu, la Cour considère que l'expérience professionnelle des soumissionnaires et les preuves de celle-ci ne sauraient être intégralement ou en majeure partie confidentielles⁵⁷. En effet, l'expérience professionnelle n'étant pas secrète, les concurrents ne sauraient être privés de ces informations, sur le fondement des articles 21, paragraphe 1, 50, paragraphe 4, ou 55, paragraphe 3, de la directive 2014/24. S'agissant de ce type d'informations, le renversement de perspective est donc total puisque le principe est celui de l'accès, à tout le moins, au contenu essentiel des informations relatives à l'expérience et, surtout, aux preuves qui en attestent⁵⁸. Sur ce point, l'arrêt Antea Polska marque ainsi une avancée par rapport à l'arrêt Klaipedos.

En deuxième lieu, pour ce qui concerne les informations relatives aux personnes sur lesquelles un soumissionnaire entend s'appuyer pour exécuter le marché, il faut opérer une distinction entre les données permettant d'identifier ces personnes, qu'elles soient physiques ou morales, et leurs qualifications ou capacités professionnelles⁵⁹.

L'identité de ces personnes pourra ne pas être divulguée en particulier si la collaboration entre lesdites personnes a vocation à être pérennisée à l'occasion d'autres procédures de passation de marché et ce, « avec les mêmes engagements négociés de manière confidentielle ». En revanche, un refus de divulguer ce type d'informations ne saurait être admis « si ces informations, tout en étant pertinentes pour la procédure de passation en cause, n'ont aucune valeur commerciale dans le cadre plus large des activités de ces opérateurs économiques »⁶⁰. Il semble donc que les informations relatives à l'identité des experts ou des sous-traitants auxquels un soumissionnaire entend faire appel soient, par principe, susceptibles d'être divulguées, à moins que « le soumissionnaire et les experts ou sous-traitants proposés par celui-ci aient créé une synergie pourvue de valeur commerciale »⁶¹.

Pour les données non nominatives relatives aux qualifications ou capacités professionnelles des personnes physiques ou morales engagées pour exécuter le marché mais aussi à la fraction du marché dévolue à des sous-traitants, le principe, qui, à ce stade, ne paraît tolérer aucune exception, est qu'elles sont accessibles aux tiers. Pour la Cour, « compte tenu de l'importance de ces données pour l'attribution du marché, [...] le principe de transparence et le droit à un recours effectif imposent, à tout le moins, que le contenu essentiel de telles données soit accessible à l'ensemble des soumissionnaires »⁶². On relèvera que cette justification pourrait valoir pour nombre d'autres informations. On peut donc y voir une prise pour un assouplissement ultérieur de la position de la Cour ou alors un argument plutôt malvenu.

En troisième lieu, les informations portant sur la conception du projet et les modalités d'exécution du marché sont les plus sensibles puisqu'elles sont susceptibles d'être protégées par un droit de propriété intellectuelle, notamment par un droit d'auteur, et, partant de relever du motif de refus de divulgation lié à l'application des lois, prévu à l'article 55, paragraphe 4, de la directive 2014/24. En application du principe de proportionnalité et dans une démarche qui n'est

51. Pts 129 et 130 de l'arrêt Klaipedos et pt 101 de l'arrêt Antea Polska.

52. Pt 102 de l'arrêt Antea Polska.

53. Ibid., pt 107.

54. Ibid., pt 131 à 133.

55. Il va de soi que le respect du principe d'autonomie procédurale ne permettrait probablement pas à la Cour de se montrer très directive. On sait néanmoins que l'encadrement opéré au nom du principe d'effectivité est parfois particulièrement intrusif vis-à-vis des règles procédurales nationales.

56. CJUE, gde ch., 4 juin 2013, aff. C300/11, ZZ, EU:C:2013:363.

57. Pt 73-74 de l'arrêt Antea Polska.

58. Ibid., pt 76.

59. Ibid., pt 77.

60. Ibid., pt 78.

61. Ibid., pt 79.

62. Ibid., pt 80.

pas sans rappeler le principe de minimisation des données prévu par le RGPD⁶³, la protection de ces informations semble devoir être limitée à ce qui est strictement nécessaire.

À ce titre, leur protection est ainsi doublement limitée.

Premièrement, « même dans le cas où cette conception et cette description, ou une partie de celles-ci, sont considérées comme constituant des œuvres protégées par le droit d'auteur, ce qui implique qu'elles soient considérées comme étant originales en ce sens qu'elles constituent des créations intellectuelles propres à leur auteur, reflétant la personnalité de celui-ci [...], cette protection est réservée aux éléments qui sont l'expression d'une telle création et ne s'étend pas aux idées, aux procédures, aux méthodes de fonctionnement ou aux concepts mathématiques en tant que tels [...]. Ladite protection ne porte donc pas sur les solutions techniques ou méthodologiques en tant que telles que ces œuvres peuvent comporter »⁶⁴.

Deuxièmement, « et indépendamment de la question de savoir si elles constituent ou contiennent des éléments protégés par un droit de propriété intellectuelle, la conception des projets dont la réalisation est envisagée dans le cadre du marché public et la description des modalités d'exécution des travaux ou des services pertinents peuvent, le cas échéant, avoir une valeur commerciale à laquelle il serait indûment porté atteinte si cette conception et cette description étaient, telles quelles, divulguées. Leur publication peut, dans un tel cas, être susceptible de fausser la concurrence, notamment en réduisant la capacité de l'opérateur économique concerné de se distinguer au moyen de la même conception et de la même description lors de futures procédures de passation de marchés publics »⁶⁵.

Dans l'hypothèse où des informations relatives à la conception du projet ou aux modalités d'exécution du marché ne pourraient⁶⁶ ou ne devraient⁶⁷ pas être divulguées intégralement, il conviendrait, à tout le moins, afin de préserver le droit au juge du demandeur de rendre accessible le contenu essentiel de cette partie des offres⁶⁸, autrement d'en prévoir une publication sous une forme neutre, résumée ou non confidentielle.

S'il venait à s'amplifier, cet effort de classification pourrait réduire, quelque peu, la dimension très casuistique de ce contentieux.

2° Les prescriptions du droit français

16 - En droit interne, l'article L. 611-11 du Code de justice administrative dispose que « les exigences de la contradiction [...] sont adaptées à celles de la protection du secret des affaires ». Deux cas de figure doivent être distingués, selon qu'une partie produit des éléments couverts par le secret des affaires qui la concerne elle-même, ou bien

qu'elle produit des éléments relevant du secret des affaires d'une autre partie.

Le premier cas de figure est celui dans lequel une partie invoque le secret des affaires pour refuser de partager des pièces ou informations.

La procédure à suivre en pareille hypothèse est définie à l'article R. 412-1 du Code de justice administrative, en application duquel il revient à la partie qui invoque le secret des affaires : (i) d'une part de mentionner dans un mémoire distinct les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, lequel est communiqué aux autres parties (une version non confidentielle des pièces concernées peut alors être jointe à ce mémoire après occultation des éléments soustraits au contradictoire), (ii) d'autre part, de produire au juge les pièces ou informations ainsi soustraites au contradictoire, en les communiquant au greffe en version papier sous une double enveloppe, l'enveloppe intérieure devant porter le numéro de l'affaire et la mention « pièces soustraites au contradictoire ». Sur la base de ces éléments, il appartient ensuite au juge d'apprécier si les pièces ou informations communiquées relèvent bien ou non du secret des affaires. Dans la négative et s'il estime que ces éléments sont utiles à la solution du litige, il invite la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire. Si la partie concernée ne donne pas suite, la juridiction décide des conséquences à en tirer et en tout état de cause statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire.

Le second cas de figure est celui dans lequel une partie à l'instance produit des éléments relevant du secret des affaires d'une autre partie.

En pratique, il est fréquent notamment qu'en cas de recours contre l'attribution d'un contrat de la commande publique, et en particulier en cas de référé précontractuel, tout ou partie du rapport d'analyse des offres soit versé au débat. Sur ce point les tribunaux ont longtemps eu des réactions différentes, selon sans doute la sensibilité des juges. Le Conseil d'État a fini par se prononcer sur le sujet en 2021 en jugeant que la circonstance que le juge du référé précontractuel se soit fondé sur des pièces communiquées en violation du secret des affaires « n'est pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces ont pu être discutées contradictoirement par les parties »⁶⁹.

En faisant ainsi prévaloir le contenu d'un élément de preuve sur son mode d'obtention, le juge s'est fondé sur des pièces couvertes par le secret des affaires qui n'auraient pas dû se trouver en possession de la requérante. Certes il est possible de considérer, conformément à la position retenue par Mireille le Corre dans ses conclusions sous cet arrêt, que « le juge des référés n'est pas et ne doit pas, au regard de votre jurisprudence, être le juge de la moralité de la preuve » et doit ainsi s'en tenir à ne « pas lui-même violer un secret protégé par la loi ». Mais cette solution n'en constitue pas moins une prime à l'obtention frauduleuse de documents confidentiels, ce qui est non seulement en soi discutable, mais surtout regrettable, tant la jurisprudence est jusqu'à parvenue à trouver des solutions idoines pour concilier : informations, secret des affaires et concurrence !■

63. L'article 5 du RGPD, qui énonce les « [p]rincipes relatifs au traitement des données à caractère personnel », dispose à son paragraphe 1, sous c, que « [l]es données à caractère personnel doivent être [...] adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données) ».

64. Pt 82 de l'arrêt *Antea Polska*.

65. *Ibid.*, pt 83.

66. Sur le fondement de l'article 55, paragraphe 3, de la directive 2014/24.

67. Sur la base de l'article 21, paragraphe 1, de la directive 2014/24.

68. Pt 84 de l'arrêt *Antea Polska*.

69. CE, 9 juin 2021, n° 449643, *Sté Lorany Conseils c/ Sté Gimarco* ; JCP A 2021, act. 398, veille L. *Erstein* ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, comm. 255, J. *Dietenhoeff*.