

## **Secret des affaires et transparence dans les marchés publics**

### **De quelques questions non résolues par la loi du 30 juillet 2018**

#### **Chapo :**

*La loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018 (JO du 31 juillet 2018), introduit cette dernière notion dans l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cette modification d'un article passé inaperçu à l'époque soulève plusieurs difficultés, dont la contrariété avec l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif à l'information des candidats évincés. Une conciliation des textes demeure hasardeuse. Les acheteurs publics doivent par conséquent trouver une solution pour respecter leur obligation de transparence (informer les candidats évincés) sans porter atteinte au secret des affaires (ne pas divulguer le montant de l'offre retenue, sans l'accord de l'attributaire). Au moins, tant que les pouvoirs publics n'auront pas mis fin à la situation actuelle.*

#### **Introduction**

Publiée durant l'été, la loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018 (JO du 31 juillet 2018), comportait une disposition intéressant la commande publique.

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a en effet été modifiée en son article 44 pour y introduire la protection du « secret des affaires », telle qu'elle résulte du droit de l'Union européenne.

Le nouveau texte est en effet destiné à transposer la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 destinée à préserver les savoir-faire et autres informations commerciales. On y trouvera notamment, le nouveau titre du code de commerce intitulé: « Titre V De la protection du secret des affaires » (Code du commerce, Livre Ier). Ces dispositions qui influencent nécessairement le droit de la commande publique retiennent une définition des informations protégées au titre du secret des affaires, fondée sur la réunion de trois critères :

« 1° (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 ;

« 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

« 3° Elle 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 ».

Jusque là pas de difficulté majeure. Il est même possible de se réjouir de la création d'une notion qui devrait à l'usage se révéler nettement moins existentialiste que le traditionnel secret commercial et industriel. La question se complique en réalité, lorsqu'on observe la modification consécutive de l'ordonnance relative aux marchés que le Parlement a cru bon

de devoir opérer. Il était inévitable qu'une loi sur le secret se heurte aux dispositions garantissant la transparence dans l'achat public. En mettant l'accent sur l'article 44 de l'ordonnance, celle-ci soulève plusieurs difficultés, dont la contrariété avec l'article 99 du décret du 25 mars 2016 n'est pas la moindre (I). Même si l'on peut tenter une conciliation des textes en retenant des interprétations pour le moins novatrices des notions qu'ils comportent, la démarche demeure hasardeuse (II). De sorte qu'il conviendra de déterminer la meilleure stratégie si l'on veut continuer de ne méconnaître aucun des textes applicables (III).

## **I – Voies d'une combinaison possible entre l'ordonnance sur les marchés et le décret du 25 mars 2016 relative aux marchés**

L'accent soudainement mis sur le secret des affaires, et la modification d'une partie de l'ordonnance conduit nécessairement à revoir la règle qu'elle édicte (A). Or celle-ci apparaît en contradiction avec la procédure d'information des candidats évincés (B).

### **A – Une modification qui invite à relire l'ordonnance du 23 juillet 2015**

Ce n'est pas que l'article 44.I de l'ordonnance ait été si profondément modifié. Celui-ci dispose désormais que :

« I. - Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global 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 divulguée ».

Mais, l'ancienne version de l'ordonnance n'était guère différente. Elle prévoyait que « sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, *telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale* », la suite du texte demeurant inchangée.

Au plan formel, l'évolution n'est donc guère importante : une formule chasse l'autre, le « secret des affaires » et remplace le « secret industriel et commercial ».

Deux observations toutefois.

1° Pour commencer, il faudra déterminer le périmètre couvert par chacune des deux notions. Le nouveau texte par son but lui-même est destiné à assurer aux opérateurs une protection que

l'ancien droit ne leur garantissait pas. Si tel n'était pas le cas, il n'aurait pas été nécessaire d'adapter le droit français pour en assurer la transposition. Sans que pour l'heure, il soit possible d'en dire davantage, faute de jurisprudence disponible, le « secret des affaires » sera sans doute appelé à se développer, ne serait-ce que pour accompagner la dynamique propre au nouveau texte.

A notre sens, il le devrait d'autant plus que sa définition apparaît laissée aux opérateurs eux-mêmes. On n'a sans doute pas assez remarqué que déjà dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, une nouvelle obligation est mise à la charge de l'acheteur : celle de leur demander son accord à l'opérateur économique avant de communiquer aux autres concurrents des informations qui pourraient bénéficier de la protection du secret des affaires.

2° Ce dispositif est inédit dans le droit des marchés publics. Jusqu'à présent, l'acheteur décidait seul, et dans le respect de la jurisprudence disponible ou des avis de la CADA, s'il communiquait, ou pas les informations en question. De plus, l'obligation de transparence ex-post organisée par l'article 99, de même que le risque d'un référé précontractuel le conduisent naturellement à communiquer le maximum d'informations aux concurrents évincés (le plus souvent, une motivation des notes obtenues par critères ou sous-critères, et à cette occasion une description sommaire de l'offre de l'attributaire).

Or, même si on ne l'avait pas remarqué lors de sa publication, le texte de l'ordonnance est particulièrement net : « l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques » (*Ord. 23 juill. 2015, art. 44-I, préc.*).

Le plus étonnant tient même au fait que dans sa rédaction (encore une fois, non modifiée par la réforme de l'été dernier), l'ordonnance exclut du droit à communication « la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres » (*Idem*).

Certes « l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées » (*Id.*), mais ce dispositif contraint alors à demander à l'attributaire son autorisation avant toute communication de son offre.

## **B – Contradiction entre l'ordonnance et son décret d'application ?**

La rédaction de l'ordonnance conduit à s'interroger sur la possible contrariété de l'ordonnance et de son propre décret d'application.

On sait que ce dernier prévoit une procédure d'information des candidats évincés, et celle-ci est particulièrement contraignante pour les marchés formalisés : « pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, l'acheteur (...) communique aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande écrite les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public » (*Décret 2016-360, art. 99-I*). Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, « l'acheteur, dès qu'il décide

de rejeter une candidature ou une offre, notifiée à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre » (*Décret préc. art. 99-II*).

De plus « à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande (...) les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue » (*Idem*).

Dans ces conditions, on voit mal comment ces dispositions seraient respectées si l'acheteur ne donne pas au minimum le montant global de l'offre. Celui-là même pour lequel l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit d'obtenir l'accord préalable de l'entreprise qui en est l'auteur.

### **III – Tentatives de résolution de la contradiction**

Plusieurs voies pourraient être imaginées qui permettraient de dépasser la contradiction signalée, elles passent soit par l'interprétation extensive de la notion d'accès aux documents administratifs (A), soit, au contraire, par une acception restrictive de celle de « consultation » (B), mais il est fort probable qu'une clarification officielle sera nécessaire (C).

#### **A – Assimiler l'article 99 à un texte relatif à l'accès aux documents administratifs**

Il y a de quoi hésiter, au moment de parler de contradiction. L'opposition entre l'ordonnance et son décret qui vient d'être décrite est telle que l'on peut s'étonner qu'elle ait pu échapper à leurs rédacteurs. De même on comprend difficilement que les praticiens ne l'aient pas relevée (notre explication sur ce point serait que le décret est beaucoup souvent consulté que l'ordonnance, eu égard à sa généralité).

Sans doute avons-nous mal compris. Une piste serait par exemple d'en revenir à la formule qui ouvre l'article 44-I : « sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs ». Bien que ce ne soit pas là, la définition classique de la réglementation de l'accès aux documents administratifs, il faudrait considérer que l'article 99 du décret participerait à celle-ci, et constituerait une dérogation à l'obligation d'obtenir l'accord de l'entreprise avant de communiquer le montant de son offre. En réalité, cette interprétation est bien peu convaincante, s'agissant d'un texte organisant la transparence et le recours des candidats évincés, et non l'accès aux documents administratifs eux-mêmes.

#### **B – Interpréter la notion de consultation**

Une solution nettement plus convaincante mais encore peu étayée pourrait être de considérer qu'au moment où intervient le mécanisme d'information prévu à l'article 99, la « consultation » est achevée.

L'obligation de non divulgation du secret des affaires et celle, concomitante, d'obtenir l'accord de l'opérateur économique apparaissent liées à la mise en concurrence elle-même :

« l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques » (*Ord. 23 juill. 2015, art. 44-I, préc.*).

Plus précisément, l'ordonnance interdit « la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres » (*Idem*).

La solution pourrait alors passer par la défense de la thèse suivant laquelle, lorsque le marché est attribué, la consultation est achevée, et par voie de conséquence, l'interdiction de communication de l'offre ne tient plus.

### **C - Nécessité d'une mise au point officielle, voire d'une modification des textes**

En bonne logique, le texte de l'article 99 devrait évoluer rapidement pour se mettre en accord avec l'ordonnance dont il est supposé réaliser l'application.

Même si l'amélioration des textes en vigueur est toujours préférable en termes de sécurité juridique, une autre solution, serait que Bercy, via sa DAJ montre la conciliation possible de chaque texte, par exemple en précisant que le champ d'application de l'article 44-I n'est pas celui de l'information des candidats évincés prévues par l'article 99 du décret.

Curieuse situation, fréquente dans d'autres branches du droit administratif constituées depuis toujours de plusieurs strates normatives (droit de l'union européenne, lois, décrets), par exemple dans le domaine du droit de l'urbanisme ou de l'environnement. Pour les marchés publics, il faudra s'habituer à ce que des décalages se créent entre les dispositions législatives et réglementaires. Du reste, la situation se rencontre déjà lorsque les textes nationaux ne respectent pas le droit de l'Union, à commencer par les directives (on l'a connue pour la définition de l'accord-cadre, régime des avenants de transferts, etc...).

Mais si les causes de la contradiction sont réelles et compréhensibles, une réaction rapide s'imposera, car il adviendra tôt ou tard qu'une entreprise attributaire refusera, sur le fondement de l'ordonnance et du secret des affaires consacré par la réforme du 30 juillet dernier, de voir le montant de son offre dévoilé, ou même sa teneur. En pareil cas, il faudra bien déterminer qui de l'ordonnance ou du décret doit s'appliquer...

### **III – Tentatives de résolution provisoires**

En attendant une réaction officielle (ou une analyse doctrinale plus convaincante que la nôtre), les praticiens devront trouver une solution. Celle-ci passe évidemment par l'adaptation des documents de la consultation (A). Mais, à bien considérer les risques contentieux, elle peut également passer par le déni ou l'ignorance des difficultés qui viennent d'être signalées (B).

## **A - Adapter les documents de la consultation**

En attendant une clarification nécessaire, il paraît nécessaire de ne plus appliquer le seul article 99, et de tenir compte de l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, modifiée.

Il est évidemment envisageable de demander à chaque fois, en fin de procédure, à l'attributaire, s'il consent à la divulgation du montant de son offre. Mais l'achèvement de procédure est déjà particulièrement consommateur de temps (réunion des attestations sociales et fiscales, vérifications, préparation des lettres de rejet, réponses aux demandes de motivation, sans compter la mise au point de l'offre retenue, ni la transmission au contrôle de légalité, ainsi que la notification) qu'ajouter en plus la demande d'accord sur la communication du montant de l'offre, paraît une gageure.

De plus, on imagine la difficulté si l'attributaire venait à refuser en invoquant le secret des affaires.

Une solution pourrait donc passer par l'ajout dans les documents de la consultation de l'engagement des candidats accepter la communication du montant de leur offre s'ils sont attributaires du marché.

Reste le choix du document qui pourrait accueillir cette mention. Le règlement de consultation n'étant pas appelé à devenir un document contractuel paraît devoir être laissé de côté. Le cahier des charges, spécialement le CCAP, pourrait alors comporter la mention, bien que la solution ne soit guère séduisante : l'objet du CCAP n'est pas d'organiser la communicabilité de l'offre.

En réalité la solution idéale pourrait consister dans l'insertion de la mention dans l'acte d'engagement lui-même. Il pourrait alors être indiqué « en complétant le présent acte d'engagement, le candidat accepte que le montant de son offre (ou toute autre information, par exemple ses caractéristiques essentielles), puisse être communiqué aux candidats évincés, s'il était désigné comme attributaire du présent marché ».

La solution peut paraître inédite, mais elle paraît seule à même d'obtenir de l'accord exigé par l'article 44-I, dès la formulation de l'offre.

## **B - Essayer l'ignorance ?**

Compte tenu de la relative discrétion autour de la réforme opérée en plein été, et de la non modification du décret du 25 mars 2016, il est fort probable que le problème qui vient d'être évoqué sera demeuré inaperçu pour nombre de praticiens de la commande publique.

Deux cas pourraient se présenter à eux si un attributaire entendait en demander le bénéfice.

En premier lieu, l'attributaire pourrait parfaitement s'opposer à la communication du montant de son offre, et/ou de tel ou tel élément financier qui la constitue. En pareil cas, on voit difficilement comment l'acheteur public pourrait passer outre. L'article 99 du décret paraît nécessairement devoir être écarté au bénéfice de l'ordonnance sur les marchés.

Au demeurant, si en dépit de l'opposition de l'attributaire, l'acheteur public divulguait le montant de l'offre, la question de l'illégalité commise n'apparaît devoir conduire à la nullité du marché ou même de son attribution. Si elle est avérée, elle se réglera sur le seul terrain de la responsabilité extracontractuelle. Eu égard à la jurisprudence actuelle (ville de Béziers, Tarn et Garonne), le contrat n'en serait pas moins formé, et on ne voit pas comment il pourrait être remis en cause, ou affecté par la publicité donnée à ses conditions financières.

Quant à l'action en responsabilité extracontractuelle, au plan des principes, rien ne s'oppose à ce que le dommage résultant de la divulgation de l'offre ne puisse être réparé sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle. En pratique toutefois, on peut sans peine imaginer les difficultés à établir, d'une part la réalité du dommage, et d'autre part, le lien de causalité avec la publication des informations financières.

Autant dire que l'acheteur ne risque pas grand-chose en pareil cas. Ceci conduirait alors à donner tort à la fameuse sentence attribuée au président Roosevelt : « vous trouvez que la connaissance coûte cher. Essayez l'ignorance ! ».