

## 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 économiques<sup>1</sup>, 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 »<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup> ne saurait être interprétée comme un renversement de l'arrêt *Specializuotas transportas*<sup>4</sup>, 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 *Klaipėdos*<sup>5</sup> 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 illicites<sup>6</sup> 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'Union<sup>7</sup>, ce qui semble logiquement le cas, compte tenu des articles 50<sup>8</sup> et 55<sup>9</sup> 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<sup>er</sup>, 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 public<sup>10</sup>. 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.*<sup>11</sup> 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 publique<sup>12</sup>.

Enfin, et même si ni l'arrêt *Klaipėdos* 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 litigantes<sup>13</sup>. 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 européenne<sup>14</sup>.

**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 mûni 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* »<sup>15</sup>. 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 adjudicateur<sup>16</sup>.

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, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, EU:C:2021:700.

6. JOUE n° L 157, 2016, p. 1.

7. Pt 100 de l'arrêt *Klaipėdos*.

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 *Klaipėdos*.

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 »<sup>17</sup>. 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 »<sup>18</sup>. 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 loyale<sup>19</sup>.

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 55<sup>20</sup>. 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 »<sup>21</sup>.

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'irrégularité<sup>22</sup>. 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 »<sup>23</sup>. 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 candidats<sup>24</sup>. 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 de commerce (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 cocontractant<sup>25</sup>.

## 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 procédure<sup>26</sup> – 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 candidat<sup>27</sup>, et elle perdure au-delà de l'attribution du contrat, y compris s'agissant des informations échangées entre l'attributaire et l'acheteur<sup>28</sup>. 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 »<sup>29</sup>. 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 »<sup>30</sup>.

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

**11** - 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* »<sup>31</sup>. Il s'en déduit un principe de non-communication des informations réputées confidentielles contenues dans l'offre de l'adjudicataire<sup>32</sup>.

Naturellement, « *le pouvoir adjudicateur ne saurait être lié par la simple allégation d'un opérateur économique selon laquelle les informations transmises sont confidentielles* »<sup>33</sup>. 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* »<sup>34</sup>.

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 concerné<sup>35</sup>. 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 provisoire<sup>36</sup>.

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 motivation<sup>37</sup>, 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* »<sup>38</sup>, 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'autre<sup>39</sup>.

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°, 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° 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° 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 »<sup>40</sup>. 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 moyens<sup>41</sup>.

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 »<sup>42</sup> ;

- 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 »<sup>43</sup> ;

- troisièmement, une version non confidentielle, ainsi que le prévoit l'article 21, paragraphe 2, de la directive 2014/24<sup>44</sup>.

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 pas 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 demandeur<sup>45</sup>.

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 2020<sup>46</sup>, 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* »<sup>47</sup>. 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-Pitre*<sup>48</sup>, 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 contraint 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 *Transdev*<sup>49</sup> 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 à 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 confidentielles<sup>50</sup>. 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 *Klaipedos*.

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'affaires<sup>51</sup>.

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 recours<sup>52</sup>. 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 confidentielles<sup>53</sup>.

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 contradictoire<sup>54</sup>. 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 membres<sup>55</sup> 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 ZZ<sup>56</sup>. 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. [...] ».

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.

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 confidentielles<sup>57</sup>. 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 attestent<sup>58</sup>. 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 professionnelles<sup>59</sup>.

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 »<sup>60</sup>. 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 »<sup>61</sup>.

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 »<sup>62</sup>. 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 plûtôt 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

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 RGPD<sup>63</sup>, 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 »<sup>64</sup>.

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 »<sup>65</sup>.

Dans l'hypothèse où des informations relatives à la conception du projet ou aux modalités d'exécution du marché ne pourraient<sup>66</sup> ou ne devraient<sup>67</sup> 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 offres<sup>68</sup>, 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 »<sup>69</sup>.

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. Diethenhoefte.