

2 Référé « secret des affaires », principe du contradictoire et droit de la commande publique

Valérie de SIGOYER,
avocate à la Cour, VDS Avocats

CONTEXTE

Introduit par l'article 4 du décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 (JO 31 déc. 2019, texte n° 2) portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative, le référé « secret des affaires » a été codifié à l'article R. 557-3 du Code de justice administrative.

Ainsi, cet article dispose-t-il 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* ».

Et cet article du Code de commerce prévoit que : « *I.- Lorsqu'elle est saisie aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Elle peut notamment : 1° Interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ; 2° Interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits soupçonnés de résulter d'une atteinte significative à un secret des affaires, ou d'importation, d'exportation ou de stockage de tels produits à ces fins ; 3° Ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers de tels produits, y compris de produits importés, de façon à empêcher leur entrée ou leur circulation sur le marché. II.- Aux lieu et place des mesures provisoires et conservatoires mentionnées aux 1° à 3° du I, la juridiction peut autoriser la poursuite de l'utilisation illicite alléguée d'un secret des affaires en la subordonnant à la constitution par le défendeur d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret. La juridiction ne peut pas autoriser la divulgation d'un secret des affaires en la subordonnant à la constitution de la garantie mentionnée au premier alinéa. III.- La juridiction peut subordonner l'exécution des mesures provisoires et conservatoires qu'elle ordonne à la constitution par le demandeur d'une garantie destinée, dans le cas où l'action aux fins de protection du secret des affaires est ultérieurement jugée non fondée ou s'il est mis fin à ces mesures, à assurer l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le défendeur ou par un tiers touché par ces mesures. IV.- La garantie mentionnée aux II et III est constituée dans les conditions prévues aux articles 514-5, 517 et 518 à 522 du code de procédure civile. V.- Les mesures prises en application du présent article deviennent caduques si le demandeur ne saisit pas le juge du fond dans un délai courant à compter de la date de l'ordonnance de vingt jours ouvrables ou de trente et un jours civils si ce dernier délai est plus long* ».

Du fait de l'introduction de ce référé dans le cadre de la procédure administrative contentieuse, la question se pose de savoir quelles en sont les incidences en droit de la commande publique.

COMMENTAIRES

A. - Sur l'exigence d'une atteinte au secret des affaires

À titre liminaire, une question s'impose : qu'est-ce que le secret des affaires ? Et en quoi les acheteurs sont-ils concernés ?

La notion de secret des affaires est légalement définie à l'article L. 151-1 du Code de commerce, lequel dispose que : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle 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* ».

Les acheteurs sont concernés par cette notion, dès lors qu'ils sont tenus à la confidentialité de certaines informations qui leur sont transmises par les opérateurs économiques, notamment dans le cadre de la passation des contrats de la commande publique. Ainsi, l'article L. 2132-1 du Code de la commande publique prévoit que : « *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 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 ».

Cela étant posé, il est acquis qu'à l'analyse de l'article R. 557-3 du Code de justice administrative, l'atteinte au secret des affaires doit être **avérée, ou imminente** ; aussi, il ne s'agit pas d'une atteinte au secret des affaires, qui serait purement hypothétique.

B. - Sur les pouvoirs dévolus au juge des référés

Si l'atteinte au secret des affaires est caractérisée, le juge des référés près les tribunaux administratifs pourra ordonner les mesures à la fois provisoires et conservatoires mentionnées à l'article R. 152-1 du Code de commerce.

Mais il y a plus. Le juge des référés peut même autoriser la poursuite de l'atteinte au secret des affaires en la subordonnant toutefois à la constitution par le défendeur d'une garantie destinée à assurer l'indemnisation du détenteur du secret, selon les modalités prévues par l'article R. 152-1 du Code de commerce.

À ce stade, une précision s'impose : comment s'effectue la saisine du juge des référés ? Il s'agit d'un **recours autonome** de tout autre recours, en référé ou au fond. Aussi, cela revient à dire que, si une demande est présentée au juge administratif sur le fondement de l'article R. 557-3 du Code de justice administrative, l'introduction d'un **recours dédié** s'impose. Autrement dit, il n'est pas possible, dans le cadre d'un référé précontractuel par exemple, de présenter dans le cadre du même référé une demande sur le fondement de l'article R. 557-3 du Code de justice administrative ; il sera ajouté que le référé « secret des affaires » peut même introduit en dehors de toute « autre » procédure contentieuse.

Il sera enfin observé que le référé « secret des affaires » peut être introduit **à tout moment**, sans condition de délai.

C. - Sur l'intérêt du référé « secret des affaires » en droit de la commande publique

Lorsqu'il est susceptible d'être porté atteinte à ce qu'un opérateur économique considère comme relevant du secret des affaires, il pourrait alors saisir le juge des référés afin de prévenir une atteinte imminente au secret des affaires ou faire cesser une atteinte illicite au secret des affaires.

De quoi pourrait-il s'agir ? Il est imaginable que, dans le cadre de procédures de passation induisant une **négociation**, des « fuites » interviennent du côté de l'acheteur.

Dans ce contexte, un opérateur économique pourrait introduire un référé « secret des affaires » afin de faire cesser l'atteinte au secret de ses affaires. Encore faut-il toutefois que cette saisine conserve un sens ; en effet, si l'atteinte au secret des affaires a été consommée, il est à craindre qu'il n'y ait plus grand-chose à faire cesser.

D. - Sur l'exception au principe du contradictoire et la communication de pièces relevant du secret des affaires

En sus du référé « secret des affaires », le décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 précité a apporté une exception au principe du contradictoire.

Pour rappel, en droit de la commande publique, et tant que le marché n'est pas signé, le rapport d'analyse des offres n'est pas communicable.

Le mémoire technique des candidats ne l'est pas davantage.

Aussi, et dans le cadre d'un référé précontractuel ou d'un recours en contestation de la validité d'un contrat, il est difficile – pour un opérateur économique – de s'assurer de ce que les critères de jugement des offres ont été correctement appliqués par l'acheteur ; il est également délicat pour un opérateur économique d'apporter la preuve de la dénaturation de son offre, alors même qu'il se trouve placé dans l'impossibilité de communiquer son mémoire technique qui, s'il était communiqué à la juridiction, le serait nécessairement à toutes

les parties – ce qui ne permettrait pas de préserver le secret des affaires. Aussi, se trouve-t-il placé dans une situation inconfortable : soit il n'apporte pas la preuve du fondement du moyen invoqué soit il communique à toutes les parties – et donc éventuellement à un concurrent si le concurrent est intervenu à la procédure – des éléments de son offre, pourtant couverts par le secret des affaires.

À ce titre, le décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative présente un réel intérêt. En effet, l'article 4 du décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative a institué un nouvel article, à savoir l'article R. 611-30 du Code de justice administrative qui dispose que : « *Lorsqu'une partie produit une pièce ou une information dont elle refuse la transmission aux autres parties en invoquant la protection du secret des affaires, la procédure prévue par l'article R. 412-2-1 est applicable* ». Cet article prévoit que : « *Lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ou lorsque le refus de communication de ces pièces ou informations est l'objet du litige, la partie qui produit de telles pièces ou informations mentionne, dans un mémoire distinct, les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, en joignant, le cas échéant, une version non confidentielle desdites pièces après occultation des éléments soustraits au contradictoire. Le mémoire distinct et, le cas échéant, la version non confidentielle desdites pièces, sont communiqués aux autres parties. Les pièces ou informations soustraites au contradictoire ne sont pas transmises au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-6 mais sont communiquées au greffe de la juridiction sous une double enveloppe, l'enveloppe intérieure portant le numéro de l'affaire ainsi que la mention : « pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative ». Si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire, le cas échéant au moyen des applications informatiques mentionnées aux articles R. 414-1 et R. 414-6. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire. Lorsque des pièces ou informations mentionnées au premier alinéa sont jointes au dossier papier, celui-ci porte de manière visible une mention signalant la présence de pièces soustraites au contradictoire. Ces pièces sont jointes au dossier sous une enveloppe portant la mention : « pièces soustraites au contradictoire-Article R. 412-2-1 du code de justice administrative ». Lorsqu'un dossier comportant des pièces ou informations soustraites au contradictoire est transmis à une autre juridiction, la présence de telles pièces ou informations est mentionnée de manière visible sur le bordereau de transmission* ».

Aussi, ces dispositions sont-elles de nature à permettre aux opérateurs économiques d'obtenir du juge administratif qu'il puisse se prononcer sur des moyens à propos desquels le secret des affaires est invoqué et/ou s'impose. Il est vrai qu'une méthodologie de l'instruction en matière de référé précontractuel avait déjà été pensée par le Conseil d'État, en jugeant que : « [...] il appartient au juge du référé précontractuel, lorsque est invoqué devant lui le secret commercial et industriel, et s'il l'estime indispensable pour forger sa conviction sur les points en litige, d'inviter la partie qui s'en prévaut à

lui procurer tous les éclaircissements nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion ; qu'il lui revient, si ce secret lui est opposé à tort, d'enjoindre à la collectivité de produire les pièces en cause et de tirer les conséquences, le cas échéant, de son abstention [...] » (CE, 17 oct. 2016, n° 400172, Cne Hyères-les-Palmiers : *JurisData* n° 2016-021705).

De façon plus générale, l'article R. 611-30 du Code de justice administrative permet à une partie de ne pas communiquer au débat contradictoire une pièce présentant une information pouvant être couverte par le secret des affaires. Concrètement, il incombe à cette partie de produire auprès du juge administratif un mémoire distinct présentant les motifs pour lesquels cette pièce est couverte par le secret des affaires, et n'a pas vocation à être communiquée au débat contradictoire. Cette partie peut joindre, si possible, une version non confidentielle de ladite pièce après occultation des éléments soustraits au contradictoire.

Une question s'impose : si le juge administratif devait considérer que cette pièce n'était pas couverte par le secret des affaires, serait-elle alors communiquée à la partie adverse ? Fort heureusement non ; en effet, si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire.

Aussi, les droits de la partie ayant produit une pièce qu'elle estimait couverte par le secret des affaires seraient préservés en ce sens que, si le juge administratif ne partageait pas son analyse, cette pièce ne serait pas immanquablement communiquée à l'adversaire.

RECOMMANDATIONS

Dans le cadre de cette analyse, il est finalement question d'équilibre entre la transparence des procédures de passation des contrats de la commande publique, le respect du principe du contradictoire et la protection du secret des affaires dans le droit de la commande publique. Un exemple en a été récemment donné, dans une instance tendant à la communication de documents administratifs – le Conseil d'État ayant suivi les conclusions de son rapporteur public qui préconisait « un travail d'échenillage un peu laborieux mais nécessaire » d'analyse des documents afin d'assurer l'équilibre entre la préservation du secret des affaires et la transparence (CE, 27 mars 2020, n° 426623, ACENAS : *JurisData* n° 2020-004504).

L'article R. 611-30 du Code de justice administrative a vocation à trouver sa pleine effectivité dans le cadre de référés précontractuels, ou de recours en contestation de la validité du contrat ; ainsi, est-il acquis que les documents, à ce jour couverts par le secret des affaires – comme par exemple les mémoires techniques des candidats ou le rapport d'analyse des offres – pourront être communiqués au juge administratif sans que

l'adversaire puisse en prendre connaissance. Reste à savoir si cette possibilité va dans le sens d'une bonne administration de la justice, dès lors que la pièce litigieuse n'aura pas été soumise au débat contradictoire. De fait, dans le cadre des écritures contentieuses, force est de constater que l'exégèse d'un rapport d'analyse des offres est très variable, selon que l'analyse en est faite par l'acheteur, le candidat évincé ou l'attributaire !

Et, en cas de négociation à titre d'exemple, les opérateurs économiques pourront faire sanctionner *via* un référé « secret des affaires » une atteinte par les acheteurs au secret de leurs affaires ; reste à savoir si cette disposition présente dans les faits un réel intérêt, et ce d'autant plus que la saisine du juge des référés doit avoir un sens. Si l'atteinte au secret des affaires a été consommée, il y aura lieu de s'interroger sur la pertinence du juge des référés.

L'avenir nous dira si ce nouveau référé a rencontré son public !

Mots-Clés : Contrats - Procédure contentieuse - Principe contradictoire