

N^{os} 400172, 400175
Commune d'Hyères-les-Palmiers
Mme M...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 30 septembre 2016
Lecture du 17 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au mois de juin 2015 et après une première annulation, le conseil municipal de la commune d'Hyères a décidé de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence pour l'attribution de la délégation du service public de l'exploitation des bains de mer sur une surface de plage d'environ 300 m². La société Le Petit Bain a été retenue. La SARL MLR, précédent attributaire et candidate évincée, a formé devant le TA de Toulon un référé précontractuel auquel celui-ci a fait droit par une ordonnance du 12 mai 2016 en annulant la procédure « au stade de la sélection des candidatures » au motif l'autorité délégante avait retenu une candidature qui ne présentait pas les garanties financières et professionnelles requises et suffisantes. La commune d'Hyères et Mme M..., représentante de la société Le Petit Bain en cours de constitution, se pourvoient en cassation contre cette ordonnance par deux requêtes distinctes mais que vous pourrez joindre. Leurs nombreux moyens se recourent largement.

La relative originalité de cette affaire ne tient pas à l'objet ou à la nature du contrôle que le juge du référé précontractuel a effectué sur l'appréciation portée par l'autorité délégante sur les capacités du candidat retenu, à propos desquels votre jurisprudence est désormais bien établie, mais sur les modalités de son exercice dans le cas particulier où les pièces justificatives produites au débat contradictoire étaient expurgées d'un certain nombre de données financières et comptables au nom de la protection du secret industriel et commercial.

Pour juger que l'autorité délégante avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en décidant d'attribuer le convention à une candidate qui ne présentait pas de garanties professionnelles et financières suffisantes, le juge du référé s'est fondé sur deux circonstances : il a relevé d'une part que « la commune de Hyères a noirci pour les rendre illisibles au tribunal les éléments relatifs aux garanties professionnelles et financières - dont il ne résulte pas de l'instruction qu'ils relèveraient du secret commercial ou industriel - ci-dessus mentionnés » et, d'autre part, « la mention « *Absence de pouvoir du signataire des documents bancaires* » à laquelle la commission de délégation de service public n'apporte pas de réponse lors de la séance complémentaire d'analyse des candidatures du 5 février 2016 ».

Ces deux motifs sont critiqués et ils doivent être tous deux entachés d'illégalité pour entraîner l'annulation de l'ordonnance (8 août 2008, *Centre hospitalier Edmond Garcin*, n° 309652, aux T, pour une application au référé précontractuel de votre jurisprudence de principe *Cne de Barcarès*).

Evacuons rapidement le second, qui procède, comme le fait valoir la commune, d'une évidente dénaturation des pièces du dossier : outre qu'elle s'est elle-même rendue compte au cours de la procédure du caractère excessif de cette exigence, les délégations de pouvoir aux signataires des documents bancaires étant impossibles à obtenir de certaines banques, il ressort des pièces du dossier que la société Le Petit Bain l'a produite au cours de la procédure. Le juge du référé s'est fondé sur une mention d'un rapport des analyses des offres probablement antérieur au rapport final et à la récupération de ces documents, qui n'était même pas en débat entre les parties qui n'avaient pas expressément soulevé ce point.

L'autre motif est plus substantiel. Il pose la question, que vous avez déjà rencontrée dans d'autres contentieux, de la conciliation, dans le cadre de l'administration de la preuve, entre les exigences parfois antagonistes du respect du caractère contradictoire de la procédure et du respect des secrets protégés par la loi.

La position de votre jurisprudence est aussi ferme que constante : la protection de secrets légitimes ne justifie pas de porter atteinte au caractère contradictoire de la procédure, qui interdit au juge de statuer sur le fondement de pièces qui n'auraient pas été communiquées aux parties. La juridiction ne peut tenir compte de documents qui, parce qu'ils sont couverts par des secrets absolus, ne peuvent être communiqués aux parties (CE, Ass., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre c/ Sieur Coulon*, p. 149, s'agissant du secret de la défense nationale ; CE Ass, 6 novembre 2002, *M. S...*, n° 194295, concl. Christine Maugué, s'agissant de secrets relatifs à la sûreté de l'Etat et à la sécurité publique). Lorsque le secret n'est que relatif, vous considérez que la communication à la juridiction par la partie qui en bénéficie exprime son intention d'y renoncer et vous soumettez le document au contradictoire (CE, 7 juillet 2006, *Syn professionnel des entreprises locales gazières*, n° 275093, s'agissant du secret des affaires).

Le respect du secret s'impose à l'administration qui détient des informations confidentielles et qui doit s'abstenir de les communiquer tant à la juridiction qui ne pourra en tenir compte qu'à des tiers. Vous avez ainsi jugé, dans ce dernier cas, que le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas transmettre de données confidentielles lorsqu'il informe les candidats évincés sur les caractéristiques de l'offre retenue (29 mai 2013, *Min de la défense c/ sté Aéromécanic*, n° 364827, aux T).

Vous ne dérogez à cette position de principe que lorsque le secret ne couvre pas seulement un élément de preuve, mais qu'il constitue l'objet même du litige, de sorte que son respect priverait le juge de toute possibilité de statuer sur le litige et que sa levée priverait d'objet le litige. Tel est le cas des litiges relatifs aux refus de communication de documents administratifs (Sect, 23 décembre 1988, *H...*, n° 95310, p. 464) ou d'informations figurant dans un fichier de souveraineté (CE, 11 juillet 2016, *ministre de la défense c. M. C...*, n°375977) et des litiges relatifs à la légalité de la décision de ne pas publier l'acte de création d'un fichier intéressant l'ordre public (CE, 31 juillet 2009, *Association Aides et autres*, n° 320196). Vous admettez alors que les informations couvertes par le secret puissent n'être

communiquées qu'au juge. Ajoutons pour être complets que le législateur a expressément prévu cette communication au juge seul dans le contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat (cf. les articles L. 773-1 et s ; du CJA, issus de la loi du 24 juillet 2015).

Hors ces hypothèses particulières qui ne concernent pas la présente affaire, le juge doit donc exercer son office en tenant compte des informations que les parties acceptent de lui soumettre en sachant que cela sera transmis à l'ensemble des parties. La juridiction peut ainsi demander que soient versés au dossier de l'instruction contradictoire tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées et les raisons de leur exclusion, de façon à lui permettre de se prononcer en connaissance de cause sans porter, directement ou indirectement, atteinte aux secrets qui lui ont été opposés (*M. S...*, n° 194295, précitée).

Poussée à l'extrême, cette solution met le bénéficiaire du secret face au choix cornélien de protéger son secret ou de défendre son droit. Elle n'est pas la seule envisageable. Ainsi, devant l'Autorité de la concurrence, le secret des affaires cède lorsque la consultation des documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause (article L.463-4 du code de commerce ; pour une illustration récente, voyez votre décision d'assemblée du 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, n° 362347).

Plus généralement, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu d'autres principes de conciliation de ces exigences contradictoires en affirmant dans un arrêt *Varec c/ Belgique* du 14 février 2008 (aff. C-450/06), précisément dans le contentieux de la commande publique, que « l'instance responsable des recours prévus audit article 1er, paragraphe 1, doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable » (§ 55).

Si la Cour de justice admet que le principe du contradictoire de la procédure puisse être limité pour protéger la légitime confidentialité de certaines données afin de garantir à l'ensemble des parties un procès équitable, elle n'impose pas aux juridictions nationales de renoncer systématiquement au principe du contradictoire dès qu'un secret est invoqué. Elle laisse au contraire à chaque juridiction le soin d'opérer une conciliation entre ces exigences, sous réserve de ne pas soumettre une partie au choix cornélien que nous avons exposé, qui porterait une atteinte excessive à son droit à un procès équitable. Nous pensons donc que ce n'est que lorsqu'une telle situation extrême se présentera que votre position de principe pourrait devoir être reconsidérée, comme vous l'avez fait dans certaines configurations pour préserver l'objet même du recours.

Mais tel n'est pas le cas en l'espèce où l'office du juge des référés précontractuels pouvait parfaitement s'exercer dans le respect de la confidentialité des données couvertes par un secret industriel et commercial.

Ce secret est protégé notamment par l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration qui indique qu'il est opposable à toute demande de communication d'un document administratif n'émanant pas de celui qui en bénéficie. Il recouvre trois dimensions, selon une typologie élaborée par la CADA et reprise tant par votre rapport public pour 1995 (EDCE, p. 104) que par le président Arrighi de Casanova dans ses conclusions sur votre décision *C... et F...* du 10 décembre 1999 (n° 192453, aux T), que nous citons : « le secret des procédés techniques et, de manière générale, le savoir faire ; le secret des informations retraçant la santé économique et financière d'une entreprise et son crédit ; le secret des stratégies commerciales, des contrats passés avec divers partenaires, en particulier les collectivités publiques. » S'agissant plus précisément des contrats de commande publique, vous avez jugé que « si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité, n'est quant à lui, en principe, pas communicable » (30 mars 2016 *Centre hospitalier de Perpignan*, req. n° 375529, au rec).

En l'espèce, la commune a occulté les éléments suivants figurant dans les documents justificatifs de sa capacité financière qu'elle avait reçu de la candidate retenue : le montant des investissements, le fonds de roulement de trésorerie, le capital social de la société, qui était en cours de constitution, le montant du prêt bancaire et le montant de l'apport personnel de Mme M..., égal au capital social de la société dont elle était l'unique actionnaire. A l'exception du capital social qui n'est pas couvert par le secret – il figure notamment sur les extraits Kbis des entreprises qui sont communiqués à tous les tiers -, les autres données intéressent la santé financière de l'entreprise et son niveau d'activité prévisionnel. Elles étaient donc couvertes par le secret industriel et commercial, contrairement à ce qu'a affirmé le juge du référé, entachant son ordonnance, comme le font valoir les requérantes, d'une erreur de qualification juridique que vous contrôlez sur ce point en cassation (voyez CE, Ass., 27 mars 2015, *CNCFP c/ Mme M... et Société éditrice de Médiapart*, p. 128, à propos d'autres exceptions à la communicabilité des documents administratifs).

Non seulement le juge des référés a eu tort de considérer que ces données devaient être communiquées par la commune pour se défendre utilement, mais, indépendamment même de cette erreur de qualification, il a méconnu son office en déduisant de la seule l'absence de communication à l'instruction de ces données l'absence des capacités financières de la candidate retenue. Car outre que, compte tenu de l'étendue de son contrôle sur ce point, les éléments non confidentiels dont il disposait lui permettaient de l'exercer, il devait, s'il l'estimait nécessaire, demander à la commune les informations complémentaires.

Moins détaillé que pour les marchés publics, l'examen des capacités professionnelles financières des candidats à une délégation de service public était néanmoins prévu par l'article L. 1411-1 du CGCT, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 29 janvier 2016 et applicable au litige. A ce cet examen s'ajoute, pour les sous-concessions de plage, celui de l'aptitude du titulaire « à assurer l'accueil du public pendant la période d'exploitation ainsi que la préservation du domaine » (article R. 2124-31 du CGPPP).

Le règlement de la consultation (art 6-1) exigeait la production d'un certain nombre de documents propres à établir que les candidats disposaient des garanties financières leur permettant de mobiliser les investissements nécessaires pour l'exploitation du service délégué et le financement de la caution et des garanties professionnelles attestant de leur capacité à assurer l'exploitation de l'activité déléguée. Ces documents, qui ont été fournis par la

candidate retenue, étaient pour certains d'entre eux, nous l'avons dit, couverts par un secret industriel et commercial qui imposait à la collectivité délégante de ne les divulguer ni à des tiers, ni au juge qui n'aurait pu en tenir compte puisqu'ils ne pouvaient être soumis à l'instruction contradictoire.

Le respect de ce secret n'empêchait pas le juge des référés d'exercer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les capacités financières et professionnelles des candidats son contrôle, qui est un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que cela ressort de votre décision *sté Delta process* du 17 septembre 2014 (n° 378722, aux T). Un tel contrôle ne peut conduire à juger qu'un pouvoir adjudicateur a retenu un candidat qui ne présentait pas les capacités techniques, financières et professionnelles pour exécuter le marché que dans le cas où aucune justification n'est produite pour l'une ou l'autre de ces capacités (tel était le cas dans l'affaire *sté Delta process*, où seules les capacités professionnelles étaient justifiées) ou bien lorsqu'il ressort des documents produits que la candidate retenue ne présente manifestement pas les capacités requises. Le juge peut procéder à un tel contrôle restreint sur les données non couvertes par le secret industriel et commercial. D'une part, les garanties professionnelles ne sont pas concernées. S'agissant des garanties financières, le capital social, des déclarations bancaires, qui peuvent attester des capacités financières de l'entreprise sans donner de détails chiffrés, voire d'autres pièces du dossier non couvertes par le secret, devraient en général permettre au juge d'appréhender une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'occurrence, si le capital social avait été occulté par la commune, à tort comme nous l'avons dit, il apparaissait aussi dans les statuts de la société, à découvert et, en tout état de cause, rien n'empêchait le juge des référés, s'il estimait avoir besoin de cette donnée communicable pour effectuer son contrôle, d'ordonner à la commune de la produire. Et à supposer que ces données ne lui eussent pas suffi, il lui appartenait, comme vous le rappelez depuis votre décision *M. S...*, (n°194295), de demander à la collectivité délégante de lui apporter tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées et les raisons de leur exclusion. Mais il ne pouvait, comme il l'a fait en l'espèce, déduire du seul fait que des données relatives aux capacités financières d'un candidat avaient été occultées pour respecter un secret industriel et commercial que ces capacités n'étaient pas établies.

Nous vous proposons donc d'annuler l'ordonnance attaquée. Régulant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous pourrez commencer par écarter le moyen que le juge du référé du tribunal a retenu. L'ensemble des pièces du dossier vous permet de le faire sans procéder à une mesure d'instruction supplémentaire. Il ressort du bordereau des pièces du dossier de sa candidature que la société Le Petit Bain a fourni l'ensemble des documents justificatifs demandés et que la commission de délégation de service public s'est estimée suffisamment renseignée pour considérer que la société justifiait de sa capacité financière à assurer le service objet de la délégation. Figurent également au dossier les statuts de la société, faisant état d'un capital social de 10 000 euros, et le compte prévisionnel d'exploitation. S'agissant d'une activité de plagiste et d'une redevance annuelle comprise entre 26 000 et 40 000 euros, avec un dépôt de garantie de 30 000 euros, les éléments présents au dossier nous paraissent suffire à écarter toute erreur manifeste dans l'appréciation portée par la commune délégante sur la capacité financière de la société Le Petit Bain à exécuter le service.

Contrairement à ce que soutient ensuite la société MLR Plage, M. F..., membre de la commission de délégation de service public, Mme D..., trésorière municipale, et la représentante du ministre chargé de la concurrence, ont été régulièrement convoquées aux réunions de cette commission.

Le moyen tiré de ce que la société attributaire aurait remis des pièces relatives aux garanties financières après le dépôt des candidatures manque en fait, le document auquel fait allusion la société requérante - un prévisionnel d'exploitation – étant un élément constitutif de l'offre.

Vous écarterez sans plus de difficultés le moyen tiré de ce que la commission de délégation de service public n'aurait pas rendu d'avis circonstancié sur les mérites des offres. Il n'en est rien, l'avis de la commission analysant les offres reçues et justifiant leur évaluation.

De même, il ressort du rapport du maire au conseil municipal que les sous-critères de la crédibilité financière du projet et des moyens humains ont bien été appliqués.

La critique de l'absence de conformité de l'offre retenue aux documents de la consultation est très confuse et à peine argumentée. Les règles d'accessibilité ont été respectées, les chiffrages ne sont pas incohérents et les autres griefs ne sont pas assortis de précisions suffisantes pour vous permettre d'y répondre.

Enfin, le moyen tiré de ce que les membres du conseil municipal appelés à délibérer sur le choix du titulaire de la délégation n'auraient pas été suffisamment informés est inopérant dans le cadre d'un référé précontractuel.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance du juge des référés du TA de Toulon ;
- Rejet de la demande de la société MLR Plage présentée au juge des référés ;
- A ce que la société MLR plage verse à la commune de Hyères et à Mme M... les sommes de 4 500 euros à chacune au titre des frais qu'elles ont exposés devant vous et devant le TA.