

N° 449643

Société Lorany Conseils

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 26 mai 2021

Lecture du 9 juin 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

S'il est un principe auquel vous êtes, à juste titre, attachés et vigilants, car l'histoire se rappelle à vous, c'est le caractère contradictoire de la procédure.

Ce principe est toutefois régulièrement questionné par certaines évolutions, tenant à des pratiques administratives ou privées. Nous pensons à l'usage de notes blanches par l'administration, qui conduisent à occulter une source, ou au secret des affaires, qui est susceptible de soustraire du contradictoire le contenu même d'un document.

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduit à vous pencher sur cette tension entre le respect du contradictoire et le principe de loyauté de la preuve.

1. En décembre 2019, le Grand port maritime du Havre a lancé un avis d'appel à la concurrence en vue de l'attribution d'un contrat de concession portant sur la réalisation et l'exploitation d'un terminal de vrac solides dans le port du Havre.

L'offre retenue a été celle de la société Lorany Conseils. La société Gimarco, candidate évincée, a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Rouen afin qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres et, à titre subsidiaire, afin qu'il annule l'ensemble de la procédure de passation.

Le juge des référés a annulé cette procédure. La société Lorany se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

2. Le moyen le plus important du pourvoi concerne la possibilité ou non pour le juge des référés de se fonder sur des pièces en méconnaissance, vous dit-on, du secret des affaires.

Aux termes de l'article L. 3123-18 du code de la commande publique, « *L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession.* ».

Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle restreint sur l'appréciation portée par l'autorité concédante quant aux garanties et capacités économiques et financières que présentent les candidats (17 septembre 2014, Société Delta Process, n° 378722, aux Tables).

Par ailleurs, l'article R. 3123-19 du même code prévoit que « *Si le candidat s'appuie sur les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités et aptitudes de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.* »

L'ordonnance attaquée, après avoir cité cet article, a précisé qu'à cet égard, il n'appartenait pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur la légitimité ou les conditions d'obtention des éléments de preuve fournis par les parties.

Il lui est reproché d'avoir commis une erreur de droit en jugeant de la sorte et en acceptant de se fonder sur des pièces obtenues par la société Gimarco, évincée, en violation du secret industriel et commercial. Ces pièces étaient le rapport d'analyse des offres, une note confidentielle de présentation à la commission consultative des marchés du GPMH reprenant les éléments d'analyse des offres et des candidatures et les notes attribuées, et une note confidentielle plus succincte à destination du conseil de surveillance.

Deux précisions préalables doivent être apportées.

D'abord, ce moyen, contrairement à ce qui est soutenu, n'est pas nouveau en cassation : il porte sur l'office du juge et pourrait être regardé comme né de l'ordonnance attaquée et, en tout état de cause, la société attributaire avait bien fait valoir devant le juge des référés qu'elle s'étonnait que la société évincée ait pu produire l'intégralité du rapport d'analyse des offres et que cette production violait le secret industriel et commercial.

Ensuite, si le juge des référés semble s'être appuyé sur la dernière phrase de l'article R. 3123-19 du CCP précité (« *Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié* »), cette référence n'est pas déterminante pour le point qui nous intéresse car elle porte sur les moyens de la preuve des capacités à apporter à l'autorité concédante dans le cadre de la procédure de passation, et non sur la preuve à apporter devant le juge, même s'il n'est pas exclu que les deux soient liés.

La question qui vous est posée revient, au fond, à déterminer si le juge des référés pouvait ne pas tenir compte des conditions d'obtention d'un élément apporté par une partie devant lui, sur lequel il entendait se fonder.

3. Deux situations doivent, selon nous, être distinguées.

La première est celle dans laquelle une partie produit devant le juge des éléments la concernant elle-même, en demandant qu'ils ne soient pas divulgués aux autres parties, en invoquant le secret des affaires.

La notion de secret des affaires est aujourd'hui définie à l'article L. 311-6 du CRPA : elle comprend « *le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles* ». Vous avez déjà retenu que le secret industriel et commercial s'opposait, en principe, à la communication du bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire, car il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité (30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, au Recueil).

Afin qu'un secret protégé par la loi ne soit pas invoqué de mauvaise foi, vous exigez de la partie qui s'en prévaut de verser au dossier de l'instruction tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées de la communication et sur les raisons de cette exclusion (Assemblée, 6 novembre 2002, M..., n° 194295, au Recueil ; Section, 1^{er} octobre 2014, E..., n° 349560, au Recueil).

Vous avez fait application de ces principes en matière contractuelle. Dès lors qu'il s'agit, le cas échéant, d'une entorse au principe du contradictoire, le juge du référé précontractuel, s'il l'estime indispensable pour forger sa conviction, doit inviter la partie qui s'en prévaut à lui procurer tous les éléments nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion. Il lui revient, si ce secret lui est opposé à tort, d'enjoindre à cette partie de produire les pièces en cause et de tirer les conséquences, le cas échéant, de son abstention (10 juin 2009, Société Baudin-Châteauneuf, n° 320037, aux Tables ; 17 octobre 2016, Commune d'Hyères-les-Palmiers, n° 400172, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier).

La CJCE avait elle-même estimé qu'il appartenait au juge du contrat d'apprécier comment concilier la protection des informations confidentielles et du secret des affaires avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense (CJCE, 14 février 2008, V... SA, n° C-450/06, § 49-55).

Cette conciliation entre secret des affaires et contradictoire est depuis peu régie par les textes : les articles L. 611-1, R. 611-30 et R. 412-2-1 du CJA permettent désormais au juge administratif, par une procédure spécifique, de concilier le principe du contradictoire et la protection du secret des affaires.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle une partie produit des éléments concernant une autre partie. La question posée au juge est alors moins celle du contradictoire – puisque les éléments sont connus des deux parties, le requérant et le défendeur, sous réserve toutefois de la question de la présence d'autres parties – que celle de la loyauté de la preuve : comment une partie s'est-elle procuré un élément qu'elle n'était pas censée connaître et dans quelle mesure le juge peut-il se fonder sur une telle pièce ?

Votre jurisprudence est déjà engagée dans une voie qui privilégie le contenu d'un élément de preuve à son mode d'obtention. Vous avez ainsi refusé d'écarter du débat des pièces produites par une partie au seul motif que leur production méconnaîtrait un secret protégé par la loi, en matière de secret de l'instruction (Assemblée, 30 décembre 2014, B..., n° 381245, au Recueil) ou de secret professionnel dans le champ fiscal (18 janvier 2017, A..., n° 394562, aux Tables).

sur un autre point). En contentieux électoral, une pièce obtenue par vol n'est pas non plus écartée (8 novembre 1999, Election cantonale de Bruz, n° 201966, au Recueil).

Votre décision de Section *Ganem* (16 juillet 2014, n° 355201, au Recueil) a posé des limites importantes mais d'une part, elles concernent l'administration, d'autre part elles sont ciblées sur la relation entre l'administration employeur et l'agent public. Ainsi, l'administration ne peut pas légalement fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou documents obtenus en méconnaissance de son obligation de loyauté à l'égard de ses agents, sauf si un intérêt public majeur le justifie.

Dans ses conclusions sur cette décision, Vincent Daumas vous invitait à dégager un principe général de loyauté de la preuve. Mais, malgré la force de son argumentation, vous n'avez pas été converti par ce qu'il appelait lui-même alors sa « profession de foi ». Vous n'avez que rappelé l'administration à son devoir de loyauté en en tirant les conséquences sur les preuves maniables devant le juge de la sanction disciplinaire de l'agent public.

Au total, si 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, il est aussi en charge de l'instruction et ne doit, à ce titre, pas lui-même violer un secret protégé par la loi, ce d'autant moins qu'il dispose aujourd'hui de nouveaux outils procéduraux prévus par les textes.

Ajoutons que même si vous aviez suivi le rapporteur public dans la décision *Ganem*, il réservait le cas d'un intérêt public majeur. Or, le respect des règles de passation des contrats de la commande publique pourrait peut-être utilement être mobilisé en ce sens pour justifier l'utilisation d'une preuve.

4. En l'espèce, nous sommes dans la seconde des deux problématiques que nous évoquions. Une pièce a été versée non pas par la partie concernée par son contenu, mais par la partie opposée. Le juge n'a donc pas, de lui-même, versé une pièce au contradictoire en omettant de respecter, le cas échéant, la procédure prévue en cas de demande tenant au secret des affaires. Cette pièce était, par définition, connue de la société attributaire et le juge l'a versée au contradictoire afin que les parties puissent en discuter.

Au regard de votre jurisprudence, il n'a donc pas commis d'erreur de droit en retenant qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la légitimité ou les conditions d'obtention des éléments de preuve fournis par les parties.

5. Les autres moyens peuvent être écartés.

D'abord, le juge n'a pas soulevé d'office le moyen tiré de ce que la requérante ne présentait pas de garanties financières suffisantes.

S'agissant ensuite de l'appréciation des capacités financières, le juge du référé précontractuel n'exerce qu'un contrôle restreint, comme nous l'avons dit, et vous vous référez donc à son appréciation souveraine.

La candidature de la société Lorany Conseils s'appuyait sur les capacités financières des sociétés SMEG international et Sudagri, sans prêt bancaire.

Le juge des référés a retenu que l'appréciation par l'autorité concédante des capacités financières de la société Lorany Conseils était entachée d'erreur manifeste, en relevant notamment l'absence de soutiens véritablement formalisés par des sociétés tierces.

La rédaction de l'ordonnance nous semble, à vrai dire, luxueuse au regard de ce qui doit, en principe, résulter d'un contrôle restreint. Pour autant, un contrôle restreint n'est pas une absence de contrôle et nous ne voyons pas matière à retenir une erreur grossière sur les points factuels soulevés. Surtout, il nous semble nécessaire que vous regardiez, de façon globale, si son appréciation quant à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation sur les capacités financières est entachée ou non de dénaturation.

Or, la société Gimarco soutenait devant le juge des référés, sans être sérieusement contredite, que la société Lorany Conseils n'avait qu'un capital faible, peu de fonds propres et de liquidités, une activité quasi-inexistante et, en outre, que la société SMEG international, son actionnaire à 99 %, avait elle-même peu de fonds propres. Le juge des référés pouvait, en outre, légitimement avoir des doutes sur l'engagement de la société Sudagri, dont le gérant est le même que celui de la SMEG.

Au total, nous ne voyons donc pas de raison de censurer pour dénaturation l'ordonnance attaquée, qui ne prête pas non plus prise à erreur de droit sur cette appréciation factuelle, y compris s'agissant de la prise en compte du nantissement judiciaire sur les titres de Lorany Conseils par la société Ciments de la Seine.

Par ailleurs, l'erreur manifeste d'appréciation suffisait à justifier la solution d'annulation de la procédure. Le second manquement relevé par le juge – à savoir que la société attributaire reposerait sur de faux renseignements quant à l'exploitation d'un terminal de vrac sur le port de Gand – est mentionné de façon surabondante, ce qui rend inopérants les moyens soulevés en cassation à son encontre.

Enfin, les moyens de cassation additionnels transmis ce matin doivent être écartés :

- Le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en ne rejetant pas comme irrecevable la requête de la société Gimarco, en rappelant notamment que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est susceptible de l'avoir lésée quel que soit son propre rang de classement
- Il n'a pas non plus commis d'erreur ni de droit, ni de qualification juridique, ni même omis de tirer les conséquences de ses constatations puisqu'il a précisément tenu compte de la divulgation de documents pour annuler l'ensemble de la procédure de passation.

Par ces motifs, nous concluons :

- Au rejet du pourvoi
- A ce que la société Lorany Conseils verse à la société Gimarco une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.