N°s 465171 465174

Ville de Paris

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 13 février 2023

Décision du 15 mars 2023

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

Au printemps 2019, la Ville de Paris a attribué à la Société Clear Channel France la concession de services relative à la conception, la fabrication, la pose, l'entretien, la maintenance et l'exploitation de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité¹. La Société des Mobiliers Urbains pour la Publicité et l'Information (Somupi), filiale de la société JC Decaux et de Publicis, qui exploitait le précédent contrat de fourniture et d'exploitation des mobiliers d'information, a formé un recours en contestation de la validité du contrat conclu par la Ville avec Clear Channel.

Elle a aussi, pour les besoins de ce contentieux, adressé à la Ville de Paris une demande de communication de divers documents administratifs afférents à la procédure de passation de la concession contestée, tels que l'offre finale détaillée de l'attributaire, le rapport d'analyse des offres avant et après négociations, les échanges avec l'attributaire lors de la phase de négociation ou encore les documents justifiant de la garantie pour le paiement de la redevance.

La Ville de Paris a communiqué plusieurs des documents demandés, dont certains après occultation au titre de la protection du secret des affaires. Dans ses avis rendus le 20 février et le 2 mars 2020, la CADA a estimé que la garantie bancaire n'était pas communicable ; que les autres documents qui n'avaient pas été communiqués devaient l'être, au besoin après occultation des mentions protégées par le secret des affaires ; et que les documents communiqués après occultation devaient l'être moins car ils étaient inexploitables.

Au contentieux, le TA de Paris (jugement du 12 avril 2022) a jugé que devaient être communiqués à la Somupi les documents relatifs à la garantie de paiement de la redevance, les échanges au cours de la négociation après occultation au titre du secret des affaires et le rapport d'analyse des offres moins occulté. La Ville de Paris se pourvoit en cassation.

¹ Sur les épisodes contentieux précédents, v. 18 septembre 2017, Ville de Paris et Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information, n°s 410336, 410337, 410365, 410364 et 5 février 2018, Ville de Paris et Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information, n°s 416581, 416641, 416579, 416585, 416640, 416711, B.

Ce pourvoi va vous conduire à préciser et enrichir votre jurisprudence sur la communication des pièces d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, et plus précisément ici une concession de services.

Sur les documents relatifs à la garantie de la redevance

Ce premier aspect du dossier est essentiellement circonstanciel. La société qui exploite les mobiliers urbains d'information n'est pas imposée à la taxe locale sur la publicité extérieure, mais elle doit en revanche verser une redevance d'occupation du domaine public, calculée en fonction des produits d'exploitation de la concession et comportant une part fixe minimum.

Quelques jours avant que le conseil de Paris (séance du 1^{er} avril 2019) ne délibère sur la signature du contrat, des articles de presse ont mis en doute la capacité de la société Clear Channel à honorer ses engagements financiers, à savoir la redevance annuelle fixée à 70 % des produits d'exploitation avec une part garantie de 34 millions d'euros. Les débats, en séance, s'agissant de la plus importante redevance perçue par la Ville et s'agissant d'un contrat qui avait connu quelques mésaventures contentieuses, ont notamment porté sur cette question. D'un point de vue technique, la question était notamment posée de savoir si la société avait présenté un engagement de garantie bancaire ne portant que sur un trimestre de redevance ou bien sur une année de redevance. L'adjoint au maire a entendu rassurer les élus sur ce point en expliquant que la garantie est annuelle mais qu'elle peut être activée chaque trimestre (car la redevance annuelle donne lieu à des acomptes trimestriels), et il s'est ainsi exprimé : « Je vous le dis de façon claire, précise, documentée, parce que j'ai fourni ce matin des documents de garantie bancaire très précise : la Ville est (...) garantie sur les 34 millions d'euros (...). (...) Nous avons produit les pièces qui démontrent que les 34 millions d'euros de redevance annuelle sont garantis. Ils sont garantis » (BO Débats de la Ville de Paris, Séances des lundi 1er, mardi 2, mercredi 3 et jeudi 4 avril 2019, p. 91).

D'où la demande de la Somupi de communication de ces « documents », de ces « pièces ». Précisons que ce n'est pas la garantie bancaire elle-même qui est demandée, car en vertu du contrat, elle doit être fournie par l'attributaire dans les trois mois suivant la signature du contrat. Au demeurant, et alors que la CADA avait estimé qu'elle était couverte par le secret des affaires, la société Clear Channel l'a produite (moyennant quelques occultations) dans l'instance relative à la contestation du contrat. Ce qui est demandé, ce sont les pièces fournies par la société Clear Channel avant la conclusion du contrat et qui ont convaincu la Ville de Paris que la redevance serait garantie.

En réponse, la Ville de Paris a seulement communiqué un extrait (avec des passages occultés) d'une note rédigée par ses services sur la robustesse économique de l'offre de Clear Channel, en expliquant que c'est seulement à ce document que l'adjoint au maire faisait référence.

Dans son jugement, le tribunal n'a pas été convaincu, et il a enjoint à la Ville de communiquer les documents mentionnés par le premier adjoint lors de la séance du conseil de Paris, sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret des affaires.

Son jugement comporte sur ce point une ambiguïté de rédaction dans laquelle le pourvoi s'est engouffré. Le TA a jugé que « Sauf à ce que la ville de Paris justifie que le premier adjoint se serait exprimé de manière imprécise, la société requérante peut légitimement estimer que la note fournie par la ville de Paris ne correspond pas aux documents mentionnés ». Le pourvoi y voit, selon une terminologie empruntée à la cassation judiciaire, des motifs hypothétiques et dubitatifs, qui sont pour vous des moyens d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit.

Il nous semble cependant qu'il faut comprendre le jugement comme ayant voulu dire qu'« à défaut pour la Ville de Paris d'avoir justifié que le premier adjoint se serait exprimé de manière imprécise, la société requérante peut légitimement estimer que la note fournie par la ville de Paris ne correspond pas aux documents mentionnés » et, par voie de conséquence, elle peut en demander la communication, car il ne ressort pas des pièces du dossier que ces documents n'existent pas. A défaut, le tribunal aurait en effet prononcé une injonction conditionnelle, alors qu'il lui appartient de s'assurer de l'existence des documents avant d'en ordonner la communication (à charge, le cas échéant, pour l'administration de démontrer, au stade de l'exécution, qu'elle est dans l'impossibilité matérielle de communiquer ces documents, v. 2 novembre 2007, *Ministre de la Défense c/ L...*, n° 282012).

Au bénéfice de cette lecture, nous vous proposons d'écarter les premiers moyens.

Sur les échanges en cours de négociation

C'est le sujet principal du dossier. Votre jurisprudence a fixé les principes applicables à la communication des documents produits ou reçus par les administrations dans le cadre de la passation des contrats.

Les documents qui s'y rapportent, y compris les documents relatifs au contenu des offres, sont des documents administratifs. S'agissant toutefois des secteurs d'activités où les candidats sont des concurrents, il convient de s'interroger sur l'atteinte que la communication d'un document pourrait porter au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles.

C'est ainsi que 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 unitaire de prix de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité et qu'il est susceptible, ainsi, de porter atteinte au secret commercial, n'est quant à lui, en principe, pas communicable (30 mars 2016, *Centre hospitalier de perpignan c\ Bureau européen d'assurance hospitalière*, n° 375529, Rec. p. 108).

Vous avez aussi jugé que le détail quantitatif estimatif d'un marché et l'offre finale détaillée du candidat retenu, s'ils reflètent la stratégie commerciale de l'entreprise, ne sont pas non plus communicables (28 septembre 2016, *Société Armor Développement et autres*, n° 390760, aux T.).

Pour la cession au secteur privé de la participation majoritaire de l'Etat dans le capital d'une société, v. 27 mars 2020, Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-Saint-Exupéry et Mme D..., n° 426623, Rec. T. pp. 746- 748.

En l'espèce, c'est une procédure avec négociation qui a été mise en œuvre pour la passation du contrat de concession et la demande de communication portait notamment sur la négociation, précisément sur les courriers échangés avec l'attributaire pendant la négociation.

Le tribunal a jugé que l'intégralité des documents échangés entre la ville de Paris et la société Clear Channel France au cours de la négociation sont communicables, sous réserve du respect du secret des affaires.

Nous ne sommes pas convaincus par cette solution.

En répondant à un avis de concession, les candidats présentent une offre initiale qui est susceptible, en phase de négociation, d'évoluer. Plus précisément, l'autorité concédante, qui organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires (art. L. 3124-1 du code de la commande publique), demande aux candidats, en fonction des caractéristiques respectives de leur offre, et dans la limite de l'objet de la concession, des critères d'attribution et des conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation (art. préc.), de faire évoluer ces offres, sur le plan matériel, humain, opérationnel, financier, etc.

Certes, certains aspects de la négociation peuvent paraître tout à fait anodins. En l'espèce, une partie de la négociation a porté sur la qualité esthétique et technique des mobiliers proposés.

Mais, 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.

En l'espèce, la négociation a aussi, et surtout, porté sur les calendriers de déploiement des nouveaux mobiliers, les conditions d'exploitation, l'organisation mise en place pour assurer la mission d'information, les mesures prises en faveur de l'environnement, les modalités de financement, les hypothèses de chiffre d'affaires, le montant des différents postes de charges, la rentabilité attendue, la redevance envisagée. C'est bien des possibilités commerciales des entreprises dont il s'agit. Et même derrière les questions d'apparence plus secondaires, comme le choix des mobiliers et leurs caractéristiques techniques, c'est aussi la capacité d'investissement de l'entreprise qui est interrogée.

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.

Vous pourriez être tentés par l'asymétrie s'agissant des seules demandes et questions de l'autorité concédante. A ce stade, rien n'est dit en effet sur les stratégies et informations de l'entreprise. Mais, en pratique, c'est indirectement le cas : 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 pas dans l'offre du candidat et la comparaison avec l'offre final 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.

Cette solution ne heurte pas l'effectivité du droit au recours des candidats évincés ou des tiers, et notamment ne jette pas un voile opaque sur le contrôle du respect de l'égalité de traitement entre les candidats lors de la phase de négociation.

Le juge, précontractuel ou contractuel, a toujours la faculté, pour forger sa conviction sur les points en litige, d'inviter la partie qui se prévaut du secret des affaires à lui procurer tous les éclaircissements nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion (17 octobre 2016, Commune d'Hyères-les-Palmiers, Mme M..., n°s 400172, 400175, Rec. T. pp. 837-884), et, parce que les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de la protection du secret des affaires (art. L. 611-1 du CJA), le juge peut se faire communiquer, dans les conditions prévues à l'article R. 412-2-1 du CJA, et donc notamment sans transmission aux autres parties, une pièce ou une information pour laquelle la protection du secret des affaires est invoquée (art. R. 611-30 CJA).

Si vous nous suivez, vous pourrez alors annuler cette partie du jugement pour inexacte qualification juridique des faits de l'espèce.

Sur le rapport d'analyse des offres

La Ville de Paris avait communiqué à la Somupi le rapport d'analyse des offres avec des occultations. Comme la CADA, le TA a estimé qu'elles étaient excessives s'agissant de l'offre de Clear Channel.

La Ville, dans son pourvoi, considère que le raisonnement du TA est entaché d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation, car, selon elle, le tribunal aurait tout simplement déduit ce qui était communicable dans l'analyse de l'offre de Clear Channel du seul fait que les mêmes mentions figurant dans l'analyse de l'offre de la Somupi n'étaient pas occultées. Mais, nous ne pensons pas que le tribunal ait joué au jeu des 7 erreurs. Il a plutôt joué aux devinettes. En effet, il est parti du rapport Somupi pour identifier le type d'informations occultées dans le rapport Clear Channel et il a ensuite apprécié, mais indépendamment de ce qui n'était pas occulté dans l'analyse Somupi, ce qui devait l'être dans l'analyse Clear Channel. En toute rigueur, il aurait mieux valu se faire communiquer, hors contradictoire, le rapport Clear

Channel sans occultation, mais toujours est-il que les moyens, tels qu'ils sont soulevés, ne sont pas fondés.

Quant à la solution à laquelle le tribunal est parvenu, elle n'est pas entachée d'erreur de qualification juridique des faits. Il a jugé que les éléments relatifs aux engagements financiers globaux et à la nature générale des prestations proposées étaient communicables, à condition qu'ils excluent la mention des prix unitaires et les caractéristiques précises des prestations dès lors qu'elles relèveraient du secret des procédés. Ce qui en positif implique que ne soient pas occultées, comme l'avait fait la Ville de Paris, les mentions relatives aux modèles de mobilier choisis (dimensions, qualité, esthétique, équipements numériques proposés), à leur nombre et leur évolutivité ainsi que le calendrier de leur déploiement. Ces informations, qui font partie du contrat et ne révèlent pas de secret de l'attributaire en ce qui concerne ses stratégies ou ses informations financières, sont communicables, sans occultation. Vous pourrez écarter le moyen.

Il en résulte que nous proposons seulement d'annuler le jugement en ce qui concerne les échanges entre la Ville et l'attributaire en cours de négociation. Le règlement du litige dans cette mesure se déduisant du motif de cassation, vous pourrez y procéder.

PCMNC :

A l'annulation du jugement en tant qu'il porte sur les échanges en cours de négociation et au rejet de la demande au fond dans cette mesure ;

Au rejet du surplus des conclusions à fin d'annulation du jugement ;

Au non-lieu à statuer sur la demande de sursis à exécution ;

Au rejet des conclusions présentées par les parties au titre des frais d'instance.