

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Créé en 1923, le Syndicat des eaux d'Ile-de-France (SEDIF), devenu syndicat mixte en 2021, regroupe 135 communes, réparties sur tous les départements d'Ile-de-France sauf Paris, communes en lieu et place desquelles le syndicat exerce la compétence d'organisation du service public de production et de distribution d'eau potable. Le SEDIF est, à ce titre, responsable de l'alimentation en eau potable d'environ 4 millions d'habitants.

Depuis sa création, son réseau est géré par des sociétés du groupe Veolia, héritier de la « Compagnie Générale des eaux ». La dernière convention de délégation de service public, qui devait initialement venir à échéance au 31 décembre 2023, a finalement été prolongée d'un an, jusqu'au 31 décembre 2024, le temps d'achever la procédure d'attribution du nouveau contrat de concession, lancée par un avis de concession publié le 28 mai 2021 au bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) et le 2 juin 2021 au journal officiel de l'Union européenne (JOUE). La valeur estimée de ce contrat de concession, qui sera conclu pour une durée de 12 ans à compter du 1^{er} janvier 2025, a été évaluée par le SEDIF à la somme de 4,3 milliards d'euros.

Le règlement de consultation prévoit, après la sélection des candidats admis à concourir, trois étapes : une offre initiale suivie d'une première négociation avec le syndicat, une offre intermédiaire suivie d'une seconde négociation et enfin une offre finale sur la base de laquelle s'opère l'attribution de la concession. Les deux candidats admis - le concessionnaire historique, Véolia, et son habituel rival, Suez Eau France (héritier de la Lyonnaise des eaux) - ont ainsi présenté une offre initiale puis, le 17 novembre 2022, une offre intermédiaire, améliorée.

Toutefois, à la suite d'un dysfonctionnement majeur de la plateforme électronique d'échange dématérialisé des documents de la consultation et des offres des candidats, Veolia a pu prendre connaissance de données confidentielles relatives à l'offre intermédiaire de Suez et,

après un délai d'une semaine, en a informé le syndicat. Celui-ci a fait procéder à une expertise informatique qui a confirmé ce dysfonctionnement en excluant toute responsabilité de Veolia dans la survenance de celui-ci. Puis, par une décision du 17 octobre 2023, le syndicat a tiré les conséquences de cet incident en mettant fin aux secondes négociations et en indiquant aux candidats qu'ils ne seraient pas invités à soumettre une offre finale, l'attribution du contrat de concession s'effectuant finalement sur la base de leurs offres intermédiaires.

Suez a alors formé un référé précontractuel, avant même la décision d'attribution du contrat, estimant que le syndicat devait aller au terme de la procédure prévue par le règlement de consultation en lui permettant de déposer son offre finale et en excluant la candidature de Veolia sur le fondement de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, aux termes duquel l'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation les personnes qui ont « *entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession* ». Par une ordonnance du 29 novembre 2023, le juge des référés du TA de Paris, en formation collégiale de trois juges, a rejeté la demande de Suez, qui vous a donc saisi d'un pourvoi en cassation.

Il y a toujours lieu d'y statuer, alors même que le comité syndical du SEDIF, réuni jeudi dernier 25 janvier, a décidé d'attribuer la concession à Véolia. Ce n'est en effet que si le contrat est signé que le litige perdra son objet (CE, Section, 3 novembre 1995, *Société Stentofon Communications*, n°152650, p. 393). Il vous faudra toutefois, pour éviter le non-lieu, rendre votre décision d'autant plus rapidement que le délai dit de « standstill » n'est pas applicable aux concessions portant sur la production, le transport et la distribution d'eau potable¹, de sorte que le SEDIF, même s'il a annoncé publiquement qu'il ne signerait pas le contrat avant votre décision, n'est juridiquement pas tenu d'attendre.

En premier lieu, Suez reproche au juge des référés d'avoir inexactement qualifié les faits de l'espèce en considérant le SEDIF comme une « entité adjudicatrice » et non comme un « pouvoir adjudicateur » et de s'être fondé, en conséquence, au prix d'une erreur de droit, sur les dispositions applicables aux premières (les articles L. 551-5 à L. 551-9 du code de justice administrative) et non sur celles applicables aux seconds (les articles L. 551-1 à L. 551-4 du même code). Le juge des référés aurait, à tout le moins, insuffisamment motivé son ordonnance en n'exposant pas les raisons de ce choix.

Disons-le d'emblée, ces moyens nous semblent fondés : l'ordonnance est effectivement fort peu disserte sur ce sujet mais, surtout, le SEDIF devait bien selon nous, en l'espèce, être

¹ L'article R. 3126-11 du code de la commande publique exclut l'application de « la section 1 du chapitre V du présent titre » – c'est-à-dire des articles sur l'information des candidats évincés et le délai de « standstill » – aux contrats qui relèvent du chapitre VI, c'est-à-dire, en vertu de l'article R. 3126-1, notamment les contrats de concession ayant pour objet « Les activités relevant du c du 1° de l'article L. 1212-3 » - c'est-à-dire les concessions d'eau potable.

regardé non pas comme une entité adjudicatrice mais comme un pouvoir adjudicateur, sujet sur lequel vous exercez un contrôle de qualification juridique des faits (CE, 10 avril 2015, *CCI Territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud*, n° 387128, T. pp. 747-748-758). Le point est certes un peu contre-intuitif puisqu'en vertu des dispositions combinées des articles L. 1212-1 et L. 1212-3 du code de la commande publique, sont des entités adjudicatrices les pouvoirs adjudicateurs qui exercent les activités d'opérateur de réseaux que sont « *la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution* » d'eau potable. Mais, c'est que vous distinguez la dévolution de la gestion du réseau et son exploitation. Ainsi, une collectivité est entité adjudicatrice lorsqu'elle constitue un réseau (CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom Transport SA*, n°233173, T. pp. 868-1038), et ce même lorsque l'exploitation de ce réseau a été déléguée (CE, 24 juin 2011, *Communauté d'agglomération Rennes Métropole* n° 346529, T. p. 1008). En revanche, lorsqu'elle passe un marché aux fins de confier l'exploitation du réseau à un tiers, vous jugez que cette même collectivité agit en tant que pouvoir adjudicateur (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, n° 297711, p. 298 ; CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, T. p. 829 ; CE, 23 novembre 2011, *Société GHP Lorraine transports*, n° 349746, T. p. 1002). Telle est également la position de la CJUE (CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia bus*, C-513/99² ; CJUE, 16 juin 2005, *Stabag AG*, C-462/03).

De cette erreur de qualification juridique des faits commise par le juge des référés découle bien, comme le soutient le pourvoi, une erreur de droit. Le juge du référé précontractuel saisi de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par une entité adjudicatrice d'un marché public ou d'un contrat de concession, dispose en effet, dans le cadre des articles L. 551-5 à L. 551-9 du code de justice administrative, de pouvoirs plus restreints que ceux qui lui sont reconnus, par les articles L. 551-1 à L. 551-4, s'agissant des contrats passés par des pouvoirs adjudicateurs. Il ne dispose, dans une telle hypothèse, que d'un pouvoir d'injonction et d'astreinte, à l'exclusion de tout pouvoir d'annulation ou de suspension.

Les premiers moyens du pourvoi sont fondés, donc, mais sont-ils pour autant opérants ? La question aurait pu paraître incongrue à l'époque où le président Odent écrivait que « *toute décision juridictionnelle qui retient plusieurs motifs également déterminants dont les uns légitiment le dispositif tandis que d'autres seraient erronés devrait être annulée par le juge de cassation* ». Mais elle ne l'est plus maintenant que vous avez apporté à ce principe traditionnel plusieurs assouplissements, en acceptant, dans certains cas, de neutraliser les motifs erronés d'une décision juridictionnelle.

² Les conclusions de l'avocat général Jean Mischo dans cette affaire sont, à cet égard, limpides : « *si une entité adjudicatrice lance un appel d'offres ayant pour objet de remettre à un tiers l'exploitation d'un réseau, elle n'agit pas dans le cadre de l'exercice d'une activité consistant à exploiter un réseau* ».

Ainsi, dans le sillage de votre jurisprudence de Section *Commune de Barcarès* (CE, Section, 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, n°257877, p. 170), vous jugez, depuis une décision *Centre Hospitalier Edmond Garcin* du 8 août 2008 (n° 309652, T. pp. 807-818-820-857), que, statuant comme juge de cassation d'une ordonnance de référé précontractuel, vous examinez chacun des motifs retenus par le juge des référés pour user de son pouvoir d'annulation et rejetez le pourvoi si l'un des moyens accueillis suffit à justifier légalement le dispositif de l'ordonnance.

Suivant une inspiration comparable, il a pu vous arriver de neutraliser l'erreur commise par le juge quant à l'étendue des pouvoirs dont il dispose. C'est ainsi que vous avez par exemple jugé que le moyen tiré de ce qu'une cour d'appel avait statué à tort par la voie de l'évocation était inopérant dans le cas où cette erreur n'avait eu aucune incidence sur le jugement de ce litige (CE, 19 avril 2013, *Société Elres*, n° 361721, T. p. 803). Et, de la même façon, vous avez très récemment infléchi votre jurisprudence traditionnelle, qui voulait que la méprise des juges du fond quant à la nature du recours dont ils étaient saisis, excès de pouvoir ou plein contentieux, était systématiquement un moyen d'ordre public en cassation (CE, 27 avril 2007, *L...*, n° 274992, T. pp. 706-1034-1046). Depuis votre avis contentieux *Société La Poste* du 25 mai 2023 (n° 471035, à publier au Recueil), ce n'est plus que si le juge est conduit, en raison de cette erreur sur la nature du recours, à méconnaître tout ou partie de son office que vous relèverez d'office le moyen. En d'autres termes, il nous semble que l'esprit de votre jurisprudence est de censurer les conséquences d'une méprise de la juridiction quant à l'étendue de ses pouvoirs, plutôt que la méprise elle-même.

Dans ce cadre jurisprudentiel assoupli, donc, qu'en est-il de l'opérance des moyens tirés de ce que le juge du référé précontractuel s'est mépris sur la qualité d'entité adjudicatrice d'une collectivité et, en conséquence, sur les dispositions du code de justice administrative au titre desquelles il statue ? Ces moyens, bien évidemment, sont opérants lors que son erreur conduit le juge à se fonder sur les règles de passation applicables aux entités adjudicatrices alors qu'il aurait dû se fonder sur celles – plus strictes – applicables aux pouvoirs adjudicateurs (CE, 23 novembre 2011, *société GHP Lorraine transports*, n° 349746, T. p. 1002). Mais il n'y a rien eu de tel en l'espèce : les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence invoqués par Suez devant le juge des référés s'appréciaient au regard des mêmes règles et principes que soit en cause un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice (il s'agissait des principes de transparence et d'égalité ainsi que de la méconnaissance de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, relatif à l'exclusion des candidats qui ont entrepris d'obtenir des informations confidentielles).

Vous avez également admis l'opérance de ces moyens, bien évidemment, lorsque son erreur a conduit le juge du référé précontractuel à annuler le contrat alors qu'il n'a pas ce pouvoir s'agissant d'une entité adjudicatrice (voyez par exemple CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, T. p. 829 ; CE, 10 avril 2015, *CCI Territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-*

Sud, n° 387128, T. pp. 747-748-758). Mais, là encore, il n'y a rien eu de tel au cas d'espèce : puisque le juge des référés a rejeté les conclusions dont il était saisi, il n'a aucunement fait usage de pouvoirs dont il ne disposait pas et, à l'inverse, ne s'est pas non plus autolimité à tort. Ses erreurs ne l'ont donc pas conduit à méconnaître son office. Ainsi, la circonstance que le juge des référés ait cité à tort les articles L. 551-5, 6 et 7 du code de justice administrative est restée sans aucune incidence tant sur la solution du litige que sur les motifs qui ont conduit à son adoption. Dans ces conditions, nous pensons, au vu des précédents que nous vous avons cités, que vous pouvez considérer que les premiers moyens du pourvoi ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de l'ordonnance attaquée. Nous vous invitons donc à écarter ces moyens comme inopérants, non sans avoir au préalable relevé expressément les erreurs dont l'ordonnance est entachée, comme vous le faites lorsque vous appliquez la jurisprudence *Commune de Barcarès*. Si jamais vous ne nous suiviez pas pour écarter ces premiers moyens, vous annuleriez, en les accueillant, l'ordonnance attaquée et retrouveriez ensuite, en réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, les questions que nous allons désormais aborder, en examinant les autres moyens de cassation.

Suez conteste tout d'abord, sous l'angle de l'erreur de droit, le raisonnement qui a conduit le juge des référés à écarter son moyen tiré de ce que le SEDIF aurait méconnu les dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique – en vertu desquelles l'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation les personnes qui ont « *entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession* » – et qu'il aurait méconnu également l'article 10 du règlement de la consultation « phase offre », lequel, en reprenant les dispositions de l'article L. 3123-15 du même code, prévoit qu'un candidat qui se retrouve dans une situation d'exclusion en cours de procédure doit en informer sans délai le SEDIF, qui prend alors la décision de l'exclure. Ce moyen d'erreur de droit, à travers ses différentes branches, nous semble en réalité poser deux questions.

La première est de savoir si, dans l'hypothèse où la situation d'exclusion visée par l'article L. 3123-8 est avérée, le pouvoir adjudicateur est ou non tenu d'exclure le candidat concerné. On pourrait être tenté, de prime abord, de répondre par la négative, dans la mesure où l'interdiction de soumissionner prévue par les dispositions de cet article L. 3123-8, est au nombre de ce qu'il est convenu d'appeler les exclusions « facultatives », c'est-à-dire celles que l'autorité concédante peut prononcer, par opposition aux exclusions dites « obligatoires », que l'autorité concédante doit prononcer à l'encontre d'opérateurs économiques reconnus coupables de certaines infractions pénales, fiscales ou sociales. Mais il serait trop rapide de s'en tenir à cette réponse simpliste. En effet, si l'exclusion est facultative, le respect des principes fondamentaux de la commande publique, lui, est obligatoire, de sorte qu'une exclusion, quoique dite facultative, peut à l'occasion se révéler indispensable à la régularité d'une procédure de passation. Tel est bien d'ailleurs l'esprit dans lequel ces exclusions ont été instituées : ainsi que vous l'exposait Gilles Pellissier³ en commentant la transposition de la

directive du 26 février 2014⁴ par l'ordonnance du 23 juillet 2015⁵, « *les interdictions facultatives visent à garantir la bonne exécution du marché et la conformité de la procédure aux principes d'égalité et de mise en concurrence, en prévenant les pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur économique et les conflits d'intérêts* ».

Il ne faudrait donc pas penser qu'une exclusion facultative est de l'ordre du pur pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante : si le comportement d'un candidat, au cours de la procédure de passation, relève d'un des motifs d'exclusion et risque de porter atteinte aux principes d'égalité et de mise en concurrence, il appartiendra à l'autorité concédante de faire usage de ses pouvoirs et de l'exclure. Il serait d'ailleurs sans doute plus exact d'utiliser la terminologie du code de la commande publique et de parler non pas d'exclusions « facultatives » mais d'exclusions « à l'appréciation de l'autorité concédante ». C'est bien en cela, en effet, que les exclusions dites « facultatives » diffèrent fondamentalement des exclusions dites « obligatoires », que le code de la commande publique désigne comme les « exclusions de plein droit ». Dans ce dernier cas, l'exclusion résulte du constat de la situation d'exclusion faite par quelqu'un d'autre que l'autorité concédante qui doit alors, sans disposer d'aucun pouvoir d'appréciation, tirer les conséquences de ce constat et exclure le candidat. Au contraire, les exclusions facultatives correspondent à des hypothèses dans lesquelles le constat de la situation d'exclusion est opéré par l'autorité concédante, laquelle dispose d'un pouvoir d'appréciation pour s'assurer que l'exclusion est justifiée au vu des preuves dont elle dispose et qu'elle est proportionnée à la gravité des faits. Mais, il ne nous semble pas faux de dire, comme la documentation de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers que « *Si l'exclusion est justifiée, l'acheteur n'a pas le choix : il doit exclure l'opérateur économique concerné* »⁶.

La deuxième question que pose le moyen est de déterminer quels éléments doivent être pris en compte pour apprécier si, au sens de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, des personnes ont « *entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession* ». Vous ne vous êtes, à notre connaissance, jamais penché sur cette question. Les quelques fois où vous avez eu à connaître de cet article L. 3123-8 ou de son pendant pour les marchés publics, l'article L. 2141-8, étaient en cause en effet les deux autres situations d'exclusions visées par ces dispositions, la tentative d'influer indûment le processus de décision, d'une part, et la fourniture d'informations trompeuses pouvant avoir une influence déterminante sur la décision, d'autre part, (voyez respectivement CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-*

³ Dans ses conclusions sur l'affaire CE, 24 juin 2019, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 428866, p. 230

⁴ Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

⁵ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

⁶ Voir DAJ Bercy, Fiche « L'examen des candidatures », § 3.2.8, p. 23 ; mise à jour le 1^{er} avril 2019. Voir aussi, sur ce sujet DAJ Bercy, fiche « Les exclusions des procédures de passation « de plein droit » en droit de la commande publique », § 1.1.1, p. 2, mäj 28 juillet 2020 et § 1.1.2, p. 3, mäj 28 juillet 2020

Rhône, n° 428866, p. 230 et CE, 24 mars 2022, *Société EPI*, n°s 457733, 457735, T. pp. 794-797). La jurisprudence européenne, vierge sur ce sujet, ne vous aidera pas davantage.

Vous pourrez néanmoins, selon nous, vous fonder sur les termes mêmes de la loi, qui visent à exclure non pas le candidat qui a obtenu des informations confidentielles mais le candidat qui a entrepris d'obtenir ces informations. Et ce verbe « entreprendre » suppose, de la part du candidat, une forme d'intentionnalité. Le candidat qui obtient des informations de façon fortuite et n'a pas engagé d'action délibérée pour les obtenir n'a pas « entrepris d'obtenir » ces informations. Comme l'exposent les consultations juridiques qui figurent au dossier, en particulier celle des professeurs Hoepffner et Nicinski, produite par Suez, il y a donc, dans l'action d'entreprendre, deux éléments, l'un moral – entreprendre suppose une décision, une résolution de faire quelque chose – l'autre matériel – entreprendre suppose une tentative d'exécution de cette décision, laquelle peut ou non aboutir. Les professeurs Hoepffner et Nicinski dressent à cet égard un parallèle, qui nous semble pertinent, avec les notions, comportant également un élément moral et un élément matériel, de « pratiques commerciales trompeuses » – définies comme des manœuvres ou des subterfuges sanctionnés par les articles L. 121-2 et suivants du code de la consommation – de « manœuvres frauduleuses » – sanctionnées par le code général des impôts – d'escroquerie – prévue à l'article 313-1 du code pénal – ou encore avec la notion de dol, définie par l'article 1137 du code civil comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* » et qui peut être constitué par une « *dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il saurait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

Au total, donc, nous pensons, qu'il faut, pour que soit constituée la cause d'exclusion facultative prévue par le 2^{ème} item de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, que soient identifiés des éléments précis et circonstanciés indiquant que le candidat a délibérément effectué des démarches qu'il savait déloyales, en vue d'obtenir des informations dont il connaissait le caractère confidentiel, et qui étaient susceptibles de lui procurer un avantage indu lors de la procédure de passation. Cette tentative de définition nous semble par ailleurs cohérente avec notre conviction qu'il ne faudrait pas que vous ayez des cas d'exclusion une interprétation exagérément extensive : en matière de commande publique, le principe est la liberté de candidater, et l'interdiction de soumissionner n'est qu'une exception qui, comme toute exception à un principe général, doit être d'interprétation stricte.

Ce cadre étant posé, revenons au cas d'espèce. Pour considérer que Veolia ne pouvait être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu au sens de l'article L. 3123-8, le juge des référés du TA de Paris s'est fondé sur les éléments suivants :

- Premièrement, les informations confidentielles concernant Suez ont été mises à la disposition de Veolia à la suite d'un dysfonctionnement informatique, sans que Veolia soit responsable en quoi que soit de cette mise à disposition ;
- Deuxièmement, Véolia a téléchargé ces informations et en a pris connaissance alors qu'elle ne pouvait ignorer qu'ils concernaient son concurrent ;
- Troisièmement, Véolia les a dupliquées, imprimées et téléchargées sur un dossier partagé accessible à plusieurs personnes de l'entreprise ;
- Quatrièmement, si Véolia a tardé à informer le pouvoir adjudicateur, elle l'a fait avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de sa nouvelle offre, a ainsi nécessairement renoncé à tirer parti de ces éléments et c'est son signalement qui a conduit le SEDIF à mettre fin aux négociations.

Les trois premiers éléments que nous venons d'énoncer peuvent selon nous, à l'évidence, être pris en compte pour apprécier l'existence de la situation d'exclusion. A cet égard, nous ne souscrivons pas à l'argumentation du SEDIF selon laquelle, dès lors que les informations confidentielles sont parvenues à Veolia sans que celle-ci n'ait cherché à se les procurer, les faits de l'espèce seraient nécessairement hors du champ de l'article L. 3128-3 : il s'agit certes d'un élément très important en faveur de Véolia mais la situation doit être appréhendée globalement, y compris au vu de la réaction de Veolia face à cet incident, et la circonstance que Véolia ait eu accès involontairement aux informations ne suffit pas, à elle seule, à écarter la cause d'exclusion.

Il est moins évident d'admettre que le dernier élément sur lequel le juge des référés s'est fondé puisse être pris en compte. Il nous semble en particulier que la décision du SEDIF de mettre fin aux négociations est complètement extrinsèque à Veolia et n'a donc pas en tant que telle à entrer en ligne en compte pour apprécier son comportement. Mais, si le juge des référés a mentionné dans son ordonnance que le SEDIF a mis fin aux négociations à la suite du signalement de Véolia, nous croyons que ce n'est pas tant pour se fonder sur cette circonstance en elle-même, que pour insister sur le fait que le comportement de Véolia, qui a fini par alerter le SEDIF, témoigne de ce que l'entreprise a renoncé à faire usage des informations qu'elle avait obtenues.

Et, à la réflexion, cela nous semble bien pouvoir être pris en compte. Vous pourriez certes, comme Suez vous y invite, considérer que la situation d'exclusion est constituée dès lors que l'opérateur s'est livré à des manœuvres en vue d'obtenir des informations confidentielles, peu important qu'il ait ultérieurement renoncé à se servir des éléments ainsi recueillis. Mais, en droit pénal, si la tentative est constituée lorsqu'elle elle « *a été suspendue ou (...) a manqué son effet (...) en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* »⁷, elle ne l'est pas lorsque l'auteur s'est ravisé. L'analogie est permise puisque, pour établir l'existence d'une cause d'exclusion, il s'agit d'apprécier – nous vous l'avons dit – l'intentionnalité d'une tentative, comme en matière pénale. Et, dans ces conditions, nous sommes d'avis que le juge

⁷ Article 121-5 du code pénal

des référés n'a pas commis d'erreur de droit en retenant, aux côtés des trois éléments précités, la circonstance que Véolia avait renoncé à faire usage des informations obtenues pour en déduire que la situation d'exclusion n'était pas constituée.

Ensuite, logiquement, après avoir critiqué le raisonnement par lequel le juge des référés a écarté l'existence d'une situation d'exclusion, le pourvoi critique l'appréciation portée par le juge des référés sur ce sujet. Il fait valoir que Veolia aurait entrepris sciemment d'obtenir, dans les fichiers mis accidentellement à sa disposition et dont elle avait pleinement conscience qu'ils étaient confidentiels, les informations susceptibles de lui donner un avantage indu ; que Véolia, qui avait nécessairement détectée l'anomalie informatique, aurait dû avertir immédiatement le SEDIF au lieu d'attendre une semaine et de visualiser systématiquement les fichiers confidentiels ; et que son comportement ultérieur n'est pas de nature à atténuer cette situation dès lors, notamment, que Véolia aurait adopté un comportement trouble pendant l'expertise informatique.

A cet égard, nous relevons que plusieurs éléments ne sont contestés par personne :

- les fichiers confidentiels ont atterri accidentellement entre les mains de Veolia, qui n'a engagé aucune démarche pour se les procurer ;
- Véolia a effectivement mis une semaine avant d'en avertir le pouvoir adjudicateur, mais elle l'a bel et bien fait avant la poursuite de la négociation et le dépôt de sa nouvelle offre, donc avant d'avoir pu tirer avantage de ces informations ;
- elle a bien téléchargé l'ensemble des fichiers, les a consultés, dupliqués et rendus accessibles à plusieurs de ses collaborateurs.

En revanche, Veolia conteste :

- ne pas avoir pleinement collaboré à l'expertise informatique ;
- avoir immédiatement compris que les fichiers qui lui avaient été transmis comportaient des informations confidentielles relatives à l'offre de son concurrent ;
- avoir massivement téléchargé et consulté les fichiers qui lui étaient transmis en vue d'obtenir des informations confidentielles concernant son concurrent dès lors que seuls 3 des 541 fichiers qu'elle avait reçus étaient en lien avec l'offre de Suez, les autres correspondant aux éléments transmis par le SEDIF en réponse aux questions des soumissionnaires.

Véolia indique aussi avoir eu le souci d'isoler les fichiers concernés (ce qui expliquerait qu'elle ait créé un dossier spécifique intitulé « concurrent ») et le souci d'assurer la traçabilité de l'événement (ce qui expliquerait les captures d'écran qu'elle a effectuées).

Dans ces conditions, nous ne voyons, dans l'ordonnance du juge des référés du TA de Paris rien qui soit de nature à caractériser une dénaturation, ni même une erreur de qualification juridique des faits, si tant est que votre contrôle aille jusque-là.

Ajoutons enfin, pour en finir avec l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, que, dès lors que le juge des référés considérait que Véolia ne se trouvait pas dans le champ de cet article, nous paraît inopérante l'invocation par le pourvoi de l'article L. 3123-11 du même code et de l'article 10 du règlement de la consultation « phase offres », ces articles n'étant applicables que lorsqu'un candidat se trouve dans une situation d'exclusion.

Par son moyen suivant, Suez reproche au juge des référés, sous le double timbre de l'erreur de droit et de la dénaturation, d'avoir jugé que le SEDIF pouvait légalement, après la divulgation des informations confidentielles, mettre un terme aux négociations et attribuer la concession sur la base des offres intermédiaires et non des offres finales, en méconnaissance des termes du règlement de consultation. Pour ce faire, le juge des référés, suivant l'argumentation du SEDIF, a estimé qu'il y avait lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de votre jurisprudence *Société Transdev* du 8 novembre 2017 (n° 412859, inédite).

La situation, dans ce précédent, était très proche de celle la présente affaire, à la différence près que les fichiers concernant l'offre concurrente n'avaient pas été mis à disposition sur une plateforme informatique mais figuraient par erreur sur une clé USB envoyée par l'autorité concédante à l'autre candidat. Mais, dans cette précédente affaire comme aujourd'hui, le candidat bénéficiaire des informations confidentielles avait informé l'autorité concédante de l'incident avant le dépôt des offres finales, ce qui avait conduit cette autorité à attribuer le contrat sur la base des offres intermédiaires. Vous aviez alors estimé, compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce et de l'absence de manœuvre du candidat bénéficiaire des informations, que cette solution était la plus respectueuse de l'égalité de traitement entre les candidats même si elle impliquait de méconnaître les termes du règlement de consultation alors qu'en principe l'autorité délégante ne peut revenir en cours de procédure sur une étape essentielle prévue dans le règlement de la consultation. L'approche pragmatique qui a été la vôtre dans cette décision tient à ce que l'autorité concédante était en quelque sorte piégée dans une situation inextricable, dont aucun chemin légal ne lui permettait de sortir. Elle ne pouvait poursuivre la procédure comme prévue, le candidat ayant bénéficié des informations confidentielles disposant désormais d'un avantage décisif. Mais elle ne pouvait pas non plus relancer une nouvelle procédure sur les mêmes bases, ce qui n'aurait en rien réduit cet avantage. Et il était impossible d'abandonner le principe même de la concession en cause ou de lancer une nouvelle procédure sur des bases substantiellement différentes, dès lors que les besoins de l'autorité concédante ne changeaient pas. Dans ce cas très particulier où la divulgation d'informations confidentielles a des effets durables et irrémédiables, vous avez donc admis la solution consistant, pour la collectivité, à figer la procédure à un stade précédent cette divulgation. C'est là une mauvaise solution, mais c'est la pire solution à l'exception de toutes les autres, pour paraphraser Churchill dans son célèbre discours de 1947, ou « *la moins illégale des solutions possibles* », pour paraphraser le président Schwartz dans son commentaire de la décision au BJCP.

Dans son pourvoi, la société Suez tente de faire valoir des différences entre ce précédent *Transdev* et la présente affaire. Elle soutient ainsi que la procédure de passation n'avait pas atteint un degré de maturité suffisant pour permettre l'attribution du contrat, mais il nous semble que l'appréciation du juge des référés sur ce point purement factuel est souveraine et exempte de dénaturation. Suez estime, d'autre part, que Veolia s'est livré à une manœuvre, mais nous vous avons exposé précédemment pourquoi nous pensons que tel n'est pas le cas. Enfin, elle soutient qu'il existait une autre solution permettant d'assurer la sécurité juridique du contrat, à savoir l'exclusion de Veolia sur le fondement des dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, mais, si vous nous avez suivi pour écarter les moyens précédents, vous estimerez que cette option n'était pas ouverte au SEDIF. Au total, donc, nous pensons que la situation de l'espèce est suffisamment similaire à celle en cause dans l'affaire *Transdev* pour que le juge des référés ait pu, sans erreur de droit ni dénaturation, retenir la même solution.

Quant au dernier moyen du pourvoi, il ne vous retiendra guère. Il est dirigé contre le point 9 de l'ordonnance attaquée, par lequel le juge des référés a estimé qu'à supposer même que Véolia ait entrepris d'obtenir des informations confidentielles, il y aurait eu lieu pour le juge, en application de l'article L. 551-7 du code de justice administrative, de permettre la poursuite de la procédure jusqu'à l'attribution de la concession. Mais ce point 9 constitue clairement un motif surabondant de l'ordonnance. Outre qu'il est introduit par un « au demeurant », le juge des référés – par souci de pédagogie ou pour faire reste de droit – s'y place dans une hypothèse dont il a expressément jugé au préalable qu'elle n'était pas avérée : il raisonne « à supposer même » que Véolia ait été dans une situation d'exclusion alors qu'il a justement estimé que tel n'était pas le cas. Or, dès lors que ce motif est surabondant, le moyen de cassation qui le critique est inopérant (CE, 30 avril 1997, *X...*, n°152391, T. pp. 773-781-793-1043).

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que Suez Eau France verse une somme de 3 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, d'une part au SEDIF et d'autre part à Veolia.