

N° 375529

Centre hospitalier de Perpignan

10^e et 9^e sous-sections réunies

Séance du 9 mars 2016

Lecture du 30 mars 2016

CONCLUSIONS

M. Édouard CRÉPEY, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous permettra d'apporter des précisions, inédites à votre niveau, sur la communicabilité, au titre du droit d'accès aux documents administratifs institué par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (aujourd'hui reprise aux articles L. 311-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration), des **pièces du dossier d'attribution d'un marché public**.

Le principe selon lequel l'acte d'engagement de l'entreprise retenue et les conditions de prix constituent des documents administratifs communicables est certes acquis depuis longtemps (CE, 11 juillet 1990, n^{os} 84994 et 85264, *Centre hospitalier général de Neufchâteau c/ Union syndicale des ambulanciers vosgiens*, T. p. 780). Mais, pour d'autres pièces se rapportant à ces procédures, et notamment pour **l'offre détaillée de prix**, la CADA a élaboré une doctrine toute en nuances que nous vous proposerons de confirmer dans ses grands principes tout en précisant ses critères de mise en œuvre.

L'affaire se présente dans les circonstances suivantes. Alors qu'il s'était porté candidat en réponse à un appel d'offres du centre hospitalier de Perpignan pour des **prestations d'assurance de responsabilité civile**, le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) a été évincé au profit de la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM). Ayant alors demandé communication de toute une série de pièces, dont l'acte d'engagement, le cahier des clauses particulières ou encore les documents administratifs et fiscaux présentés par l'attributaire à l'appui de sa candidature, qu'il a fini par obtenir, il s'est heurté à un refus persistant du centre hospitalier en ce qui concerne son offre de prix détaillée, seule encore en litige. Le TA de Montpellier, par son jugement du 17 décembre 2013, a jugé ce refus illégal et enjoint au directeur du centre hospitalier, qui se pourvoit régulièrement en cassation, de le communiquer au BEAH.

Ce faisant il a mobilisé des concepts inspirés de la **doctrine de la CADA** dont il faut donc commencer par rappeler la teneur.

*

C'est la conciliation du principe de transparence avec la préservation du « **secret en matière industrielle et commerciale** » garanti par l'article 6, II de la loi du 17 juillet 1978

1

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

modifiée qui a conduit la commission à établir, de manière constructive, plusieurs distinctions en ce qui concerne l'offre de prix détaillée d'un candidat à un marché public et les mentions qui s'y rapportent.

Selon la commission, il y a d'abord lieu de **raisonner différemment à cet égard pour l'offre de l'entreprise retenue et pour celles des candidats non retenus**. Dans le premier cas, le principe est la communicabilité au motif que l'offre de prix détaillée reflète le coût de la prestation pour la collectivité (conseil n° 20061255 du 16 mars 2006) ; dans le second en revanche, le détail des prix est réputé couvert par le secret en matière industrielle et commerciale (conseil n° 20044618 du 4 novembre 2004).

Cette approche est à la vérité inhabituelle et repose sur des considérations en partie étrangères à la logique du droit de communication. Les documents relatifs aux offres non retenues ne sont pas moins administratifs, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 modifiée, que les autres et, du point de vue de l'entreprise concernée, l'atteinte au secret industriel et commercial est la même dans les deux hypothèses. Si la CADA leur réserve un sort différent, c'est donc eu égard à **l'intensité de l'intérêt public qui s'attache spécifiquement à la communicabilité des offres retenues** compte tenu de leur lien avec l'exécution du service public. Pour compréhensible qu'elle soit, cette justification détone par rapport au principe voulant que le demandeur n'ait jamais à justifier des raisons pour lesquelles il demande l'accès à un document ni encore moins de leur légitimité.

Nous tenons néanmoins cette première distinction pour raisonnable et opportune dans le but, notamment, de **ne pas décourager les entreprises de se porter candidates aux appels d'offres publics** ; or tel serait le cas si elles pouvaient craindre de voir certains de leurs secrets révélés alors même qu'elles ne remporteraient pas le marché.

Mais la CADA pousse plus loin le souci de protection du secret des affaires au sens large. Elle veille en effet, et nous en arrivons au cœur des litiges qui vous sont soumis, à ce que s'agissant même de l'offre de l'entreprise attributaire, le droit de communication ne soit pas défini de façon si extensive qu'il affecte indûment sa position concurrentielle. Tel serait le cas selon elle lorsqu'elle est susceptible de se porter candidate à un appel d'offres présentant avec le précédent des liens suffisants, soit que le premier marché ait été conclu pour une durée brève et ouvre donc la perspective proche d'une nouvelle mise en concurrence, soit que le même pouvoir adjudicateur ait vocation à passer des marchés distincts mais portant sur des biens ou services analogues (conseils n° 20110425 du 17 février 2011 et n° 20114251 du 3 novembre 2011). Dans ces deux hypothèses, que la CADA regroupe dans la catégorie générique et propre à cette doctrine des **marchés répétitifs**, l'offre de prix détaillée du cocontractant de l'administration n'est selon elle pas communicable.

*

Nous vous invitons à confirmer que les offres détaillées de l'entreprise attributaire **n'ont pas à être communiquées dans tous les cas**, à défaut de quoi le gain d'un appel d'offres risquerait d'être finalement pénalisant. Dès lors que les candidats évincés n'ont pas à faire la transparence sur leur bordereau de prix, il faut veiller à ce que l'attributaire ne soit pas concurrentiellement défavorisé ; or à l'évidence, la demande dont vous êtes indirectement saisis est moins motivée par un souci de transparence administrative que par celui de

concourir plus efficacement, sur la base d'informations asymétriques, lors du prochain appel d'offres.

Même s'il faut pour cela consentir un effort d'interprétation, cette préoccupation nous paraît pouvoir être prise en compte dans le cadre de la loi CADA au titre du secret en matière industrielle et commerciale, le bordereau des prix unitaires devant être regardé comme révélant la structure des coûts et la stratégie commerciale de l'entreprise. Elle trouve en outre un renfort supplémentaire dans les termes de **l'article 80, I et III du code des marchés publics**. Celui-ci n'est pas applicable en tant que tel à une demande présentée après la sélection des offres sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 ; mais il est intéressant de noter que, s'il prévoit que le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix, doit notifier à tous les autres candidats, afin de leur permettre d'engager une procédure de référé précontractuel, les motifs du rejet de leur offre, il lui fait interdiction de communiquer, ce faisant, des renseignements dont la divulgation violerait le secret industriel et commercial ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques (pour une illustration concernant le prix global de l'offre et ses délais d'exécution dans le cas particulier des marchés de défense, jugés ne pas porter atteinte à ces principes, voyez CE, 11 mars 2013, n° 364827, *Ministre de la défense c/ Société Aéromécanic*, T. pp. 693-694, concl. B. Dacosta BJCP n° 90/2013 p. 342, retenant d'ailleurs une conception plus ouverte à la communication que la décision n° 278601 du 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, T. p. 946, concl. D. Casas BJCP n° 50/2007 p. 28, note J.-D. Dreyfus AJDA 2006 p. 2283).

Ces dispositions seront reprises, à compter du mois prochain, aux articles 44, 55 et 56 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics où il est vrai qu'elles ont été assorties d'une prudente mention selon laquelle elles s'entendent sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs ; mais nous vous invitons à **faire prévaloir une lecture harmonieuse de ces deux corps de règles** alors même que, force est de le constater, la loi CADA prise isolément ne dit rien de la concurrence loyale, qui est le vrai fondement du refus de communication.

Nous vous engageons même à retenir des critères plus englobants que ceux que la CADA a élaborés. Celle-ci se fonde à titre principal sur la durée du marché en cause pour déterminer son caractère répétitif, qui n'est présumé que lorsqu'elle est inférieure à vingt-quatre mois ; à défaut, il faut des éléments particuliers tirés du délai séparant l'achèvement du marché de son renouvellement, de la nature des biens ou services ou de la situation particulière du marché économique. C'est un mode d'emploi bienvenu pour les administrations et les entreprises et il ne s'agit pas de le remettre en cause en tant que tel mais, au stade de l'énoncé de la règle de droit, il y a lieu à notre sens d'avoir une **vision plus large des motifs de refus**. Vous considérerez donc que la communication de l'offre de prix détaillée doit être refusée lorsqu'elle serait de nature à porter atteinte à une concurrence loyale et que tel est le cas, sous réserve d'une analyse d'espèce sur la structure du secteur d'activité et les opérateurs qui y interviennent, lorsque des appels d'offres portant sur des biens ou services analogues sont susceptibles d'être émis à brève échéance par le même pouvoir adjudicateur ou d'ailleurs aussi par d'autres ; ce sera, vous l'aurez compris, la solution la plus fréquente.

C'est à l'aune de la règle de droit ainsi consacrée que vous apprécierez le bien-fondé du jugement attaqué. Encore vous faut-il commencer par déterminer **l'étendue de votre contrôle en cassation**. Vous n'avez en effet, curieusement, que rarement pris parti, et jamais

par une décision fichée sur ce point, sur la question de savoir si, à l'égard des différents motifs d'exclusion de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée, il y a lieu de s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond ou de contrôler pleinement ce que vous analyseriez comme une opération de qualification juridique. C'est cette seconde approche que nous vous invitons à retenir. Sans doute vous en tenez-vous à un contrôle de la dénaturation sur la question de l'existence d'un document ou de sa détention par une autorité administrative (CE, 21 décembre 2007, n° 281999, *D...*, inédit) et même sur son caractère éventuellement préparatoire (CE, 9 juillet 2003, n° 243246, *Ministre de l'intérieur c/ Association GISTI*, T. pp. 787-962-963). Mais eu égard à la nature des intérêts en cause au titre de l'article 6, il y a lieu à notre sens d'assurer une application uniforme de la loi, sur la base bien sûr des appréciations proprement factuelles portées par les juridictions du fond. C'est d'ailleurs à un contrôle de qualification juridique que vous vous êtes récemment livrés sur le motif de refus tiré de ce que la communication ferait apparaître le comportement d'une personne et que sa divulgation pourrait lui porter préjudice (CE, Ass., 27 mars 2015, n° 382083, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ M^{me} M... et Société editrice de Mediapart*, Rec. p. 128, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe AJDA 2015 p. 981, note R. Rambaud RFDA 2015 p. 598, note M^{me} A. Virot-Landais JCP A 2015 p. 15).

Or le centre hospitalier de Perpignan nous paraît fondé à soutenir que le jugement attaqué est entaché d'une **erreur de qualification juridique**.

Le TA de Montpellier s'est placé dans le cadre conceptuel élaboré par la CADA mais a jugé le refus de communication illégal au motif que le marché d'assurance de responsabilité civile qui était en discussion devant lui était d'une durée d'un an renouvelable trois fois par tacite reconduction sans, a-t-il relevé, que les allégations du centre hospitalier sur un possible non-renouvellement soient étayées. Mais le requérant soutient à bon droit que se focaliser sur la durée totale du marché, sans prise en considération de ce que celle-ci est en réalité constitué d'une première période d'engagement ferme mais courte, suivie de simples possibilités de **reconduction**, est erroné.

En outre et en tout état de cause, c'est au prix d'une erreur de droit que le tribunal a expressément refusé de prendre en compte la circonstance que d'autres procédures de marchés publics étaient susceptibles d'être engagées **par d'autres hôpitaux** pour des prestations analogues, tout établissement de santé étant, en vertu de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique, tenu de souscrire une assurance destinée à le garantir pour sa responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers survenant dans le cadre d'une activité de prévention, de diagnostic ou de soins. Comme nous l'avons indiqué, les exigences résultant d'une concurrence loyale entre opérateurs économiques valent y compris à l'égard d'autres pouvoirs adjudicateurs que celui qui a attribué le marché litigieux, pourvu seulement que les prestations demandées soient suffisamment proches. Le cas de l'assurance de responsabilité civile nous paraît illustratif de ce cas de figure et nous vous invitons donc à censurer le jugement attaqué.

L'affaire étant en état d'être jugée, vous pourrez la régler au fond en confirmant la légalité du refus de communication. Sans doute le tribunal avait-il également considéré que, s'agissant du cas particulier des contrats d'assurance, la connaissance de la décomposition du montant de la prime annuelle d'assurance acquittée par le souscripteur était moins stratégique que celle des **contreparties offertes par l'assureur**, et qu'en l'espèce l'offre financière

détaillée de l'attributaire ne comportait aucun élément sur ce second aspect, de sorte que rien ne s'opposait à sa communication à des tiers. Mais, d'une part, il y a tout lieu de penser que le cahier des clauses particulières encadrerait largement les prestations ; d'autre part, il est en tout cas excessif de déduire de ce que l'offre de prix détaillée ne révélait pas tout des caractéristiques de l'offre que sa divulgation à des tiers ne porterait pas atteinte au secret en matière industrielle et commerciale.

*

Nous sommes donc d'avis que l'offre de prix détaillée n'était pas communicable alors que **la CADA avait, en l'espèce, pris position en sens contraire**. C'est donc tout à la fois à une confirmation des grands principes de la doctrine que la commission a progressivement élaborée et à une relative extension des exceptions au droit de communication que nous vous invitons à procéder.

Par ces motifs nous concluons à **l'annulation du jugement attaqué du TA de Montpellier**, au rejet de la demande présentée devant ce tribunal par le BEAH, à ce qu'une somme de 5000 € soit mise à la charge de ce dernier au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions qu'il a présentées sur le même fondement.