



Marchés publics : secret industriel et commercial et référé

publié le 24/02/2017, vu 3058 fois, Auteur : [Maître Malvina Mairesse](#)

Le secret industriel et commercial de l'offre d'un candidat doit être respecté. Malgré l'évidence d'une telle remarque, Malvina Mairesse, avocat au barreau de Paris, a dû le rappeler à une administration qui avait négligemment communiqué, à l'appui de son mémoire en défense, toute l'offre du requérant, dans le cadre d'un référé précontractuel. Pour l'avocat, les personnes publiques ne doivent jamais oublier que l'attributaire de la procédure litigieuse reçoit aussi l'ensemble du dossier en question.

Article publié le 3 novembre 2016 sur www.achatpublic.info avec interview de Me Malvina Mairesse

« *Dans le doute, abstenez-vous !* » Voici en substance ce que Malvina Mairesse, avocate, conseille aux personnes publiques qui hésiteraient sur le contenu des pièces et des mémoires à communiquer, dans le cadre d'un référé précontractuel. La publiciste a récemment sauvé in extremis l'offre commerciale de son client, laquelle avait été entièrement communiquée au greffe par une métropole de Gironde, dans le cadre d'un contentieux opposant la communauté d'agglomération à l'entreprise requérante. « *La collectivité en question n'avait pas d'avocat et a cru pertinent de communiquer, dans le cadre de l'instance, toute l'offre de mon client, indique-t-elle. Or, il se trouve que tous les mémoires et pièces communiqués en référé précontractuel sont aussi transmis à l'attributaire - en l'occurrence le concurrent de mon client dans le marché en question -, de façon à permettre à ce dernier d'intervenir à la procédure s'il le souhaite. Le greffe ne contrôle pas ces pièces. Il est tenu de les communiquer. Les personnes publiques doivent faire attention et dissimuler les informations économiquement sensibles de l'entreprise, prévient-elle. En principe, les documents couverts par le secret industriel et commercial doivent être "caviardés" en cas de transmission. Seuls les extraits nécessaires doivent être produits* », rappelle-t-elle. Ce que n'a pas fait l'intercommunalité en cause... « *Je m'en suis rendue compte et j'ai pu interrompre le processus le jour même. Mais il s'en est fallu de peu* », commente l'avocate. Si violation du secret industriel et commercial il y avait eu, la communauté d'agglomération aurait probablement dû essuyer, dans la foulée du référé, un plein contentieux avec demande d'indemnités.

Distorsion de concurrence en cas de relance

Pour Malvina Mairesse, cet oubli fâcheux, émanant d'une grande collectivité pourtant armée d'une direction des affaires juridiques, est peut-être le fruit de la précipitation et d'un excès de zèle ou de transparence : « *Le "caviardage" des offres prend du temps* », reconnaît cette dernière. Prise de vitesse, l'intercommunalité en question aura donc oublié que l'attributaire est également destinataire des documents transmis au greffe, d'autant que cette démarche « *n'est pas fixée dans le code de la justice administrative et relève davantage de la pratique* », selon l'avocate. *Il n'en demeure pas moins que l'article 44-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est clair, reprend-elle.*

Il rappelle que « l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres. » Au-delà de la violation du secret industriel et commercial, la divulgation de données sensibles pour l'opérateur pose une difficulté de taille si la procédure est relancée : la distorsion de concurrence, souligne-t-elle. L'attributaire, en cas de relance de la procédure, connaît les conditions économiques de son concurrent, ce qui fausse considérablement la donne. Cela peut aussi fausser la concurrence dans les marchés suivants qui auraient un objet et un périmètre proches, ajoute-t-elle. En matière de secret industriel et commercial, les acheteurs doivent être vigilants et bien suivre les positions de la CADA et de la jurisprudence administrative, car on constate encore, dans ce domaine, des cas de violation de ce secret », conclut l'avocate.