

Par David
CAPITANT

Professeur à
l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

Secret des affaires et marchés publics devant le juge communautaire

La Cour de justice précise de quelle manière la protection du secret des affaires doit être prise en compte dans les contentieux juridictionnels de la passation de marchés publics.

David Capitant nous propose son analyse de cette décision novatrice, la plaçant en perspective avec le droit interne des marchés publics.

RLCT 990

CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, Varec SA c./ Belgique, JOUE 29 mars 2008, n° C 79/6

Dans quelle mesure la confidentialité qui caractérise certaines informations transmises par une entreprise dans le cadre d'une procédure de passation de marché public s'étend-elle, au-delà de la procédure de passation elle-même, à la procédure contentieuse susceptible de naître à cette occasion ?

C'est sur cette question que s'est penchée la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans un arrêt « Varec contre Belgique » du 14 février 2008, à propos d'une demande de décision préjudicielle adressée par une juridiction belge, dans le cadre d'un litige relatif à la passation d'un marché public par l'État belge, pour la fourniture de maillons de chenilles de chars. Son offre ayant été rejetée tandis qu'était retenue celle de la société Diehl, la société Varec introduisit devant le Conseil d'État belge un recours tendant à l'annulation de la décision d'attribution du marché, invoquant notamment la non-conformité de l'offre de la société Diehl au regard des exigences de la sélection. Dans le cadre de la procédure menée devant cette juridiction nationale, l'État belge ne put transmettre les plans du maillon acheté, les ayant rendus à la société Diehl à l'issue de la procédure de passation. Par ailleurs, la société Diehl, admise à l'instance en qualité de partie intervenante, fit savoir que, parmi les éléments constituant son offre tels qu'ils avaient été communiqués au juge par l'État belge, elle s'opposait à ce que ceux qu'elle considérait comme confidentiels, parce que liés à des secrets commerciaux, fussent communiqués à la société Varec.

La procédure juridictionnelle nationale devant se conformer aux exigences de la directive dite « Recours » du Conseil n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989 (JOCE 30 déc., n° L 395), le Conseil d'État belge a été conduit à interroger la CJCE quant à la manière dont il convenait de concilier transparence des procédures de passation et protection du secret des informations confidentielles transmises par les entreprises dans le cadre des recours contentieux.

Dans la réponse qu'elle apporte par l'arrêt commenté, la Cour rappelle que le principe de transparence qui gouverne le droit communautaire de la passation des marchés publics s'efface parfois devant la nécessité de protéger certains secrets. En ef-

fet, ce principe n'est pas une fin en soi mais plutôt un moyen destiné à servir l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics qui consiste à favoriser la mise en concurrence des entreprises (CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle, Rec. CJCE, I, p. 1). Or si la transparence des procédures de passation permet de limiter les atteintes à la concurrence en permettant à chacun de s'assurer de l'égal traitement des candidats, elle ne doit pas s'étendre jusqu'à menacer le secret des affaires, nécessaire lui aussi au libre jeu de la concurrence en ce qu'il permet à chaque entreprise de protéger ses avantages compétitifs.

Le droit de la passation des marchés publics tient compte de la nécessaire protection du secret des affaires en limitant les informations susceptibles d'être transmises par le pouvoir adjudicateur. La Cour rappelle ainsi que l'article 15 de la directive « Fournitures » du Conseil n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 (JOCE 9 août, n° L 199) prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs. Ces dispositions sont désormais reprises par l'article 41 de la directive du Conseil et du Parlement n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 (JOUE 30 avr., n° L 134). De même, dans le cadre de la communication à un candidat malheureux des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, l'article 7 de la directive n° 93/36/CEE, comme aujourd'hui l'article 35 de la directive n° 2004/18/CE, prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que certains renseignements ne sont pas communiqués « *lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, ou serait contraire à l'intérêt public, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs* ». Le droit français dispose pour sa part à l'article 80 du Code des marchés publics que « *Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ; serait contraire à l'intérêt public ; porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ; pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques* ».

Enfin, dans le cadre de la publication de l'avis d'attribution, d'un marché, l'article 9 de la directive n° 93/36/CEE, comme désor-

mais l'article 6 de la directive n° 2004/18/CE, précise que pour les mêmes raisons, certaines informations peuvent ne pas être publiées. Au plan interne, l'article 85 du Code des marchés publics dispose que « *Certaines informations relatives à la passation du marché ou à la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* »⁽¹⁾.

I – L'EXTENSION DE LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES À LA PHASE JURIDICTIONNELLE

Dans le silence de la directive « Recours », la Cour considère que cette protection du secret des affaires, expressément prévue pour la procédure de passation des marchés publics, doit être étendue à la procédure juridictionnelle susceptible d'être intentée pour contester la régularité de la passation, de sorte que pour interpréter la directive « Recours », il convient de se rapporter en l'espèce aux dispositions précitées de la directive n° 93/36/CEE. Il en ira de même dans le cadre de l'application des modifications de la directive « Recours » par la directive du Parlement et du Conseil n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 (JOUE 20 déc., n° L 335) qui devra être interprétée au regard des dispositions de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004. En effet, comme le relève la Cour, la protection du secret pendant la procédure de passation serait largement dépourvue d'effet utile si elle devait cesser lors de la procédure juridictionnelle, de sorte que les concurrents pourraient alors obtenir communication des documents confidentiels qui leur auraient été cachés auparavant. Cela conduirait à fausser le libre jeu de la concurrence ; le risque existerait même que des opérateurs économiques formassent des recours à seule fin d'accéder aux secrets d'affaires de leurs concurrents (point 40 de l'arrêt). Cependant, l'interprétation de la directive « Recours » doit également tenir compte des principes généraux de la procédure juridictionnelle. Parmi ceux-ci se trouve le principe de contradiction qui implique que toutes les parties au litige disposent des mêmes informations afin de pouvoir les discuter devant le juge (CJCE, 22 mars 1961, aff. 42/59, SNUPAT, Rec. CJCE, p. 103 ; CJCE, 10 janv. 2002, aff. C-480/99, Plant, Rec. CJCE, I, p. 265). Ce principe de contradiction découle notamment de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDHLF), qui garantit le caractère équitable de la procédure. Il implique que les pièces, preuves et observations produites par une partie soient transmises à l'autre partie, soit directement par celle qui les invoque, soit par le juge qui les reçoit (CEDH, 31 oct. 2006, aff. 59741/00, Aksoy c./Turquie). De même, les pièces dont le juge pourrait avoir connaissance à la suite de la mise en œuvre de ses propres pouvoirs d'instruction doivent être soumises à la discussion des parties. Le principe de contradiction peut également être rattaché aux droits de la défense (Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, Rec. Cons. const. 1989, p. 110). Le Code français de justice administrative le range parmi les principes fondamentaux du contentieux administratif dans son article L. 5. Bien entendu, le principe de contradiction est susceptible de connaître des limitations, dans l'intérêt public et sous réserve

« *la protection du secret pendant la procédure de passation serait largement dépourvue d'effet utile si elle devait cesser lors de la procédure juridictionnelle (...)* »

de proportionnalité, comme la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de le préciser⁽²⁾. En l'espèce, la nécessité de protéger le secret des affaires trouve un fondement particulièrement solide dans le droit au respect de la vie privée, que protègent notamment l'article 8 de la CESDHLF et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (cf. JOUE 18 déc. 2000, n° C 364), couvrant également les activités professionnelles et commerciales (CEDH, 16 déc. 1992, aff. 72/1991/324/396, Niemietz c./Allemagne ; CEDH, 16 avr. 2002, aff. 37971/97, Sté Colas Est c./France ; CEDH, 28 janv. 2003, aff. 44647/98, Peck c./Royaume-Uni). Plus précisément, en droit communautaire, la CJCE a eu l'occasion de juger que la protection du secret des affaires était un principe général du droit communautaire, de sorte qu'en matière de concurrence, il peut conduire à limiter la communication par la Commission de documents à caractère confidentiel émanant d'une entreprise, aux autorités nationales ou à un tiers plaignant (cf. CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, AKZO Chimie, Rec. CJCE, p. 1965 ; cf. également CJCE, 19 mai 1994, aff. C-36/92 P, SEP, Rec. CJCE, I, p. 1911). Plus récemment, l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est venu préciser que cet élément important du droit à une bonne administration qu'est « *le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne* » n'est protégé que « *dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires* ». En outre, il est indéniable que le maintien d'une concurrence loyale constitue un intérêt public qui doit pouvoir conduire à une limitation du principe de contradiction.

II – LA CONCILIATION AVEC LE PRINCIPE DE CONTRADICTION

S'agissant de la conciliation à opérer entre principe de contradiction et protection du secret des affaires, la Cour adopte une position qui apparaît novatrice tant au regard de la jurisprudence française qu'au regard des solutions retenues jusqu'alors en droit communautaire auxquelles se rapportait l'avocat général Mme Eleanor Sharpston dans ses conclusions, présentées le 25 octobre 2007.

Lorsque le juge français s'est trouvé confronté à la nécessité de protéger le secret attaché à certains documents confidentiels, il n'a pas cru devoir pour autant limiter l'empire du principe de contradiction (cf. Vandermeeren R., La procédure administrative contentieuse administrative et les secrets de l'administration, AJDA n° spécial, 1999, p. 61 ; Chapus R., Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 2006, 12^e éd., n^{os} 992 et s. et 1014 et s.). Considérant que « *conformément au principe du caractère contradictoire de l'instruction, le juge administratif est tenu de ne statuer qu'au vu des seules pièces du dossier qui ont été communiquées aux parties* » (CE, ass., 6 nov. 2002, n° 194295, Moon Sun Myung, Rec. CE 2002, p. 381, AJDA

(1) Dans le cadre des procédures négociées (C. marchés publ., art. 66, V, al. 4) et des procédures de dialogue compétitif (C. marchés publ., art. 67, VI, al. 5), le pouvoir adjudicateur doit en outre veiller à ne pas « révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat ».

(2) CEDH, 16 févr. 2000, aff. 28901/95, Rowe et Davis c./Royaume-Uni : possibilité pour l'accusation, dans une procédure pénale, de ne pas divulguer certaines preuves notamment si la sécurité nationale, la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions le commandent ; voir également CEDH, 24 avr. 2007, aff. 40412/98, V. c./ Finlande : même solution.

2002, p. 1337, chron. Donnat F. et Casas D. : à propos d'informations détenues par la CNIL), il a préféré renoncer à exiger que lui soient transmises les pièces confidentielles auxquelles il aurait pu avoir accès par l'effet de son pouvoir général d'instruction (CE, sect., 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, Rec. CE 1936, p. 485 ; CE, ass. 28 mai 1954, Barel, Rec. CE 1954, p. 308), plutôt qu'en prendre connaissance de manière unilatérale sans en assurer la communication à toutes les parties. Ainsi par exemple, en matière médicale, appartient-il à chaque partie concernée de déterminer elle-même si elle souhaite qu'un document couvert par le secret médical (C. pen., art. 226-13 et 226-14) soit transmis au juge (CE, sect., 24 oct. 1969, n° 77.089, Gougeon, Rec. CE 1969, p. 457). Mais si une information est transmise, elle sera communiquée aux tiers. De même, les documents couverts par le secret de la Défense nationale peuvent ne pas être transmis par l'administration, qui peut se contenter de rédiger une note comportant « toutes indications susceptibles de permettre au juge, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi (...) de se prononcer en pleine connaissance de cause », laquelle note sera alors susceptible d'être communiquée aux parties (CE, ass., 11 mars 1955, Coulon, Rec. CE 1955, p. 149 ; l'intervention de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, depuis codifiée aux articles L. 2312-1 et suivants du Code de la défense, qui institue la Commission consultative du secret de la défense nationale, ne modifie pas cette jurisprudence, ajoutant simplement une procédure de consultation destinée à éclairer l'administration).

Mais dans tous les cas, lorsqu'un document n'est pas transmis en raison de son caractère confidentiel, « il appartiendrait au Conseil d'État, conformément aux règles générales d'établissement des faits devant le juge administratif, de joindre, en vue du jugement à rendre, cet élément de décision à l'ensemble des données fournies par le dossier » (CE, ass., 6 nov. 2002, n° 194295, *précit.*), de sorte que le doute subsistant sur les faits occultés sera retenu au détriment de partie ayant invoqué le secret. Cette conception très protectrice du principe de contradiction trouve un appui dans le Code de procédure civile dont l'article 16 précise que « (le juge) ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ».

Ce n'est que dans le domaine de l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs que le Conseil d'État a accepté d'écarter le principe de la contradiction et de prendre connaissance d'un document sans le transmettre préalablement au demandeur. En effet, « si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige » (CE, sect., 23 déc. 1988, n° 95.310, Banque de France c./Huberschwiller, Rec. CE 1988, p. 464 ; sur cette décision, cf. Chapus R., *op. cit.*, p. 851).

C'est la même optique très protectrice du principe de contradiction qu'avait retenue le Tribunal de première instance dans une décision rendue sur l'affaire dite « des poutrelles » (TPICE, 11 mars 1999, aff. T-134/94, NMH Stahlwerk c./Commission, Rec. CJCE, II, p. 239), considérant que les pièces confidentielles non versées au dossier devaient rester « totalement étrangères à la procédure » (TPICE, ord., 10 déc. 1997, aff. T-134/94, NMH Stahlwerk, Rec. CJCE, II, p. 2293) et qui a été depuis formalisée dans l'article 67 §3 de son règlement de procédure⁽³⁾. La solution élaborée par le Tribunal diffère cependant de celle qui est classiquement appliquée par le juge

français, en cela que c'est la juridiction elle-même qui doit opérer le départ, après en avoir pris connaissance, entre les pièces qui peuvent être versées au dossier et celles qui doivent au contraire en être écartées en raison de leur caractère confidentiel, de sorte que le juge ne peut plus alors en tenir compte dans l'élaboration de sa décision. C'est dans la ligne de cette solution que s'était placée l'avocat général dans ses conclusions en considérant que « les principes qu'il convient d'appliquer sont les suivants, à savoir a) une partie ne saurait refuser la communication de pièces à l'instance de recours en invoquant le secret des affaires; b) il est loisible à une partie communiquant des pièces à l'instance de recours de solliciter leur traitement confidentiel, partiel ou total, à l'égard d'une autre partie; c) toutes les principales parties doivent pouvoir consulter toutes les pièces pertinentes aux fins de l'issue du recours sous une forme leur permettant de présenter des observations sur ces pièces; d) l'instance de recours doit veiller à ne pas faire usage de pièces non-divulguées à l'une ou plusieurs parties principales d'une manière susceptible de porter atteinte aux droits de ces parties à une procédure équitable et à une égalité des armes » (point 62 des conclusions). Une telle solution n'est pas satisfaisante car elle fait peser sur la partie détenant des informations confidentielles le poids de leur protection. Un document ne peut en effet être invoqué sans être divulgué. Ainsi, dans l'espèce, la société Diehl non plus que le pouvoir adjudicateur ne peuvent prouver la conformité de l'offre retenue, sauf à divulguer les plans en cause qui permettraient de la mettre en évidence. Si la société Diehl préfère que les plans ne soient pas versés au dossier, en raison des secrets d'affaire qu'ils contiennent, notamment en matière de procédé de fabrication, il devient impossible pour le juge d'en tenir compte. Une telle solution n'est acceptable qu'à la condition que le juge, s'appuyant sur les mécanismes d'administration de la preuve, considère que l'absence de communication joue en faveur du détenteur du secret et renonce par conséquent au contrôle en raison de la confidentialité qui entoure les éléments qui permettraient de trancher. Or dans la solution française classique, le secret est compté au détriment de celui qui s'en prévaut.

Surtout, la solution retenue aussi bien par le juge français que par le Tribunal de première instance et à laquelle se ralliait l'avocat général repose sur une distinction artificielle entre la phase de passation des marchés publics et leur contestation juridictionnelle, le principe de transparence qui gouverne la phase de passation s'accommodant du secret, tandis que lors de la phase juridictionnelle, le principe de contradiction ne saurait souffrir d'exception, toute pièce prise en compte devant être communiquée. Mais c'est ne pas voir que transparence et contradiction poursuivent le même objectif : le renforcement du contrôle de la régularité de la passation, en amont ou en aval, par la diffusion de l'information ; de sorte qu'il n'y a pas lieu de réserver un traitement différent à chacune des deux phases. Si le pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché au regard de documents qui sont protégés par le secret, rien ne doit empêcher que le juge puisse trancher au regard des mêmes documents dans le même respect de leur confidentialité.

C'est bien une telle solution qui est retenue par la Cour de justice. Elle considère, dans l'arrêt commenté, que le juge « doit nécessairement pouvoir disposer des informations re-

(3) Aux termes de l'art. 67 §3 du règlement de procédure du Tribunal de première instance, dans sa version du 19 décembre 2000 : « le Tribunal ne prend en considération que des documents et pièces dont les avocats et agents des parties ont pu prendre connaissance et sur lesquels ils ont pu se prononcer ».

quises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires » (point 53). En outre, loin d'écarter de telles informations confidentielles, il doit « les prendre en considération » (point 55), alors même qu'il lui appartient d'en protéger le caractère confidentiel. Le principe de contradiction n'est plus appliqué alors avec la rigueur manifestée jusque là ; il convient certes que « la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable » (point 55), mais cela n'exclut pas la prise en compte de documents non communiqués lorsque la protection du secret des affaires l'exige⁽⁴⁾.

III – LES DOCUMENTS COUVERTS PAR LE SECRET DES AFFAIRES

L'arrêt « Varec » laisse entière la question de la détermination des documents couverts par le secret des affaires. En France, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a eu l'occasion de développer sa propre conception de cette question sur le fondement de l'article 6, II de la loi du 17 juillet 1978 qui précise que « ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs (...) dont la communication porterait atteinte (...) au secret en matière commerciale et industrielle ». Il résulte de sa « jurisprudence » que si, « une fois signés, les marchés publics et les documents qui s'y rapportent sont considérés comme des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par la loi du 17 juillet 1978 (...), ce droit de communication, dont bénéficient tant les entreprises non retenues que toute autre personne qui en fait la demande, doit (...) s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale (...). Sont notamment visées par cette réserve, les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée, ainsi que toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics » (CADA, conseil, 8 févr. 2007, n° 20070552, maire d'Arcachon). Ainsi, « les procès-verbaux sont communicables à une entreprise non retenue uniquement pour ce qui la concerne et ce qui concerne l'entreprise attributaire. Les mentions relatives aux autres entreprises non retenues ne sont pas communicables à l'exception de leurs conditions globales de prix. En outre, même en ce qui concerne l'entreprise finalement retenue, trois types de mentions couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale, devront être occultées des procès-verbaux si elles y figurent : les mentions protégées par le secret des procédés, qui recouvre les techniques de fabrication, telles que la description des matériels utilisés et du personnel employé ; les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières, catégorie dans laquelle entrent les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit comme par exemple le chiffre d'affaires, les effectifs et généralement toutes les informations de nature à révéler le niveau d'activité ; les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales, catégorie dans laquelle entrent des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs, le montant des remises consenties, etc. » [CADA, avis, 15 juin 2006, n° 20062458, min. de l'Équipement (DDE de la Réunion) ; cf. également CADA, conseil, 11 janv. 2007, n° 20070002, maire de Montlhéry ; CADA, conseil, 25 oct. 2007, n° 20074116, président de la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST)].

L'appréciation à porter sur le caractère communicable des documents est susceptible de varier selon le « mode de passation

du marché ou contrat, de sa nature et de son mode d'exécution » (CADA, conseil, 25 oct. 2007, n° 20074116, précit.) afin toujours d'assurer la protection du secret des affaires et le libre jeu de la concurrence auquel il est subordonné. Ainsi, « doivent par exemple faire l'objet d'un examen particulier les demandes d'accès aux documents relatifs à des marchés qui s'inscrivent dans une suite répétitive de marchés portant sur une même catégorie de biens ou services et pour lesquels une communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire à une entreprise concurrente serait susceptible de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement de ce marché ou de la passation d'un marché analogue par une autre collectivité publique. La commission applique le même raisonnement lorsque la spécificité du marché réside moins dans le détail des prix convenus que dans les prestations assurées pour un prix global donné » (CADA, conseil, 8 févr. 2007, n° 20070552, précit.). Les accords-cadres font ainsi l'objet d'un traitement particulier puisque « la signature d'un accord-cadre retenant plusieurs entreprises ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la mise en concurrence qui se poursuivra entre les entreprises retenues pendant toute la durée de l'accord. Le droit d'accès aux documents relatifs à ce dernier doit donc être défini de façon à ne pas risquer de porter atteinte à la concurrence entre ces entreprises ce qui conduit à en restreindre la portée par rapport aux contrats ou marchés publics habituels. Dès lors, la commission estime que les prix des différents attributaires de l'accord-cadre (...) ne peuvent être communiqués aux autres sociétés attributaires de l'accord ni même à un tiers, quel qu'il soit » (CADA, avis, 22 nov. 2007, n° 20074583, Président du Conseil général de la Vendée, Bulletin d'actualité Lamy Droit public des affaires, 2008, A).

L'effort de définition de la CADA se trouve relayé au plan national par le juge administratif qui a ainsi jugé que constituait une faute professionnelle le fait pour un agent public de communiquer à une entreprise dont la candidature avait été rejetée, le rapport d'analyse des offres présenté devant la commission d'appel d'offres, dans la mesure où ce document contenait des indications détaillées, qui n'avaient pas été occultées, relatives aux montants et aux détails des offres qui n'avaient pas été retenues ainsi qu'aux notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles (CE, 4 juill. 2005, n° 269177, Cillaire, Contrats marchés publ. 2006, comm. n° 271, note Pietri J.-P.) ; ou encore qu'« en communiquant (à un candidat malheureux) des informations relatives au prix et au délai d'exécution sur lesquels s'engageaient les autres sociétés candidates retenues pour présenter une offre, (le pouvoir adjudicateur) avait faussé l'application des règles du jeu de la concurrence » (CE, 20 oct. 2006, n° 278601, Syndicat des eaux de Charente-Maritime, AJDA 2006, p. 2283, note Dreyfus J.-D.). Ce sont ainsi de nombreux paramètres qui doivent permettre de garantir au mieux le libre jeu de la concurrence entre les entreprises candidates dans le domaine de la commande publique en assurant une exacte conciliation entre le respect du secret des affaires et les exigences du contrôle de la passation des marchés publics, qui impliquent la transparence de la procédure administrative et le caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle. Sans doute la CJCE aura-t-elle l'occasion, après avoir fixé les grandes lignes de cette conciliation dans l'arrêt « Varec », d'en préciser les contours de manière plus fine en s'appuyant sur les acquis du droit national. ♦

(4) La Cour inscrit cette solution novatrice dans la ligne de la jurisprudence développée en matière de concurrence qui, cependant, ne l'exprimait pas avec la même clarté : cf. CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-438/04, Mobistar, Rec. CJCE, I, p. 6675.