



COMMANDE PUBLIQUE

Marchés publics et discrétion professionnelle

L'ESSENTIEL

■ Concilier discrétion professionnelle et information

L'article 26 de la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, pose un principe de discrétion professionnelle à la charge des agents publics. En cas de non-observation de ce principe, l'agent est strictement sanctionné. Cette obligation doit cependant se combiner avec la nécessaire information des candidats évincés à un marché public.

La jurisprudence et la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) ont précisé la nature des informations communicables aux candidats aux marchés, mais les acheteurs publics doivent être vigilants, sous peine de sanctions.

UNE ANALYSE DE
Mathieu HEINTZ,
chef du service juridique
au conseil général de l'Isère

Le risque pénal dans les marchés publics est aujourd'hui bien appréhendé par les acheteurs publics. Il s'agit principalement des délits de prise illégale d'intérêt et de favoritisme sanctionnés respectivement par les articles 432-12 et 432-14 du Code pénal.

Il en est un, en revanche moins connu, de nature disciplinaire, qui porte sur la violation de l'obligation de discrétion professionnelle.

Un ingénieur, affecté dans un centre hospitalier, a fait l'objet d'une sanction disciplinaire, prononcée par le directeur de ce centre, pour avoir communiqué à une entreprise, dont la candidature à un marché public avait été rejetée, le rapport de présentation du marché ainsi que le rapport d'analyse, sans qu'aient été occultées les informations relatives aux montants et aux détails des offres qui n'avaient pas été retenues.

Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil

d'Etat a considéré, dans un arrêt d'octobre 2005, que: «la communication d'informations est intervenue en méconnaissance de l'obligation de discrétion professionnelle», ainsi qu'en «violation de la procédure de passation des marchés publics font obstacle à ce que soient communiquées à une entreprise [...] des renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises et à une concurrence loyale» (1).

L'obligation de discrétion professionnelle, confirmée par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, a pour effet d'imposer à l'ensemble des agents publics de s'abstenir de divulguer des informations et documents dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (2).

Le champ d'application de cette obligation est large. En l'espèce, l'arrêt du Conseil d'Etat consacre le fait que l'information communiquée à un marché public peut être divulguée par l'obligation de discrétion. Suivant la jurisprudence, la question se pose dès lors de savoir comment concilier le droit à l'information des candidats évincés, reconnu par l'article 76 du Code des marchés publics, avec l'obligation de discrétion professionnelle dont les agents sont tenus.

L'obligation de discrétion professionnelle présente un caractère général et son champ de connaissance est de nature à engendrer une sanction disciplinaire (I).

Pour autant, certaines précautions doivent être prises pour éviter de prétendre d'accorder ce risque avec l'obligation de communication des candidats dont le principe a été rejeté (II).

RÉFÉRENCES

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, article 26.
- Loi n° 78-753 du 13 juillet 1978, relative à la liberté d'accès aux documents administratifs.
- Code des marchés publics, article 76.

I. L'obligation de discrétion professionnelle et ses dérogations

L'obligation de discrétion professionnelle est énoncée à l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Cependant, ce même article prévoit des dérogations à cette obligation, écartant ainsi le risque disciplinaire lié à sa méconnaissance.

1. La notion de discrétion professionnelle

L'alinéa 2 de l'article 26 de la loi n° 83-634 dispose que : les « fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ».

Au préalable, l'on relèvera que, par définition, cette obligation ne concerne pas les élus. En revanche, les agents titulaires ou non-titulaires de la fonction publique sont concernés par cette obligation.

Par ailleurs, cet alinéa retient une définition générale de l'obligation, dans le sens où elle s'étend à toutes sortes d'informations connues de l'agent, sans faire de distinction selon le caractère plus ou moins secret des informations ou documents.

Enfin, il s'agit d'informations ou de documents obtenus dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions exercées par l'agent incriminé. En d'autres termes, les informations liées à l'activité professionnelle des agents doivent rester internes à l'administration. La jurisprudence comprend de nombreuses illustrations de violations de cette obligation.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré que constituait un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle, le fait pour un agent d'un centre hospitalier, malgré sa qualité de délégué syndical, de divulguer devant des caméras de télévision les difficultés auxquelles étaient confrontés les fournisseurs de l'hôpital pour obtenir le règlement de leurs factures (3). Porte également atteinte à ce devoir, la divulgation par un agent qui, informé d'une enquête de police diligentée contre l'un de ses subordonnés, avertit ce dernier qu'une action judiciaire est en cours le concernant (4). De même, constitue un manquement à l'obligation de discrétion, le fait pour un agent d'un foyer d'orientation et d'action

éducative de divulguer des opinions exprimées lors d'une réunion de l'équipe éducative du centre (5). Dans le sens d'une jurisprudence abondante sur cette matière, le Conseil d'Etat a considéré, dans son arrêt du 4 juillet 2005, que la divulgation d'informations relatives aux montants et aux détails des offres qui n'avaient pas été retenues dans une procédure de marché public était constitutive d'un manquement à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 (6). La conséquence d'une infraction à l'obligation de discrétion professionnelle est de nature à entraîner une sanction disciplinaire. Cependant, le législateur a prévu des dérogations à cette obligation.

2. Les dérogations

L'alinéa 2 de l'article 26 de la loi n° 83-634 énonce que : « en dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent ».

La loi prévoit donc expressément deux cas dans lesquels il peut être dérogé à l'obligation de discrétion professionnelle.

D'une part, avec l'accord de l'autorité territoriale, l'agent peut être délié de cette obligation. Il devra obtenir pour cela une décision expresse de son supérieur hiérarchique.

D'autre part, lorsqu'une réglementation en vigueur impose la communication de documents ou d'informations, l'agent

À NOTER

L'agent est délié de son obligation de discrétion sur autorisation du supérieur hiérarchique ou dans le cadre de la réglementation sur la communication des documents administratifs.

concerné est également délié de cette obligation de discrétion. L'article 27 de la loi du 13 juillet 1983 dispose que : « les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public, dans le respect des règles mentionnées à l'article 26 de la présente loi ». Précisément, cet article se réfère explicitement aux dispositions de la loi n° 78-753 du 13 juillet 1978 modifiée, relative à la liberté d'accès aux documents administratifs. Ce dernier texte pose comme principe celui de la communication des documents administratifs aux tiers, sauf dans les cas où elle porterait atteinte à certains secrets pro-

tégés. La loi énumère ces secrets, parmi lesquels figurent ceux en matière industrielle et commerciale, mais également ceux relatifs à la vie privée et aux dossiers personnels et médicaux.

La cour administrative d'appel de Douai a ainsi considéré que l'obligation de discrétion professionnelle n'interdit pas la communication d'extraits à caractère non nominatif des procès-verbaux d'une commission administrative paritaire (7).

Dès lors, et au regard de ces principes, il convient de s'interroger en matière de marchés publics sur l'articulation entre l'obligation de discrétion professionnelle et le droit à communication des documents administratifs.

II. Discrétion professionnelle et information des candidats évincés

Les candidats à un marché public, dont l'offre a été rejetée, ont le droit de connaître les motifs de leur éviction. Sous réserve d'un certain nombre de précautions, cette information n'emporte pas manquement à l'obligation de discrétion professionnelle.

1. Le droit à l'information des candidats évincés

Au-delà de la loi précitée du 13 juillet 1978, le Code des marchés publics organise lui-même les modalités d'information des candidats évincés. A l'époque des faits qui font l'objet de l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 juillet 2005, était applicable le Code des marchés publics dans sa version issue du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

Depuis, concernant l'achèvement de la procédure, le CMP de 2004 a sensiblement repris le même énoncé que la version précédente, en le complétant.

Ainsi, l'article 76 du Code des marchés publics prévoit que : « la personne publique, dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai d'au moins dix jours doit être >

(1) CE, 4 juillet 2005, « M. X. », req. n° 269177.

(2) CE, 6 mars 1953, « Faucheux », Rec. Lebon, p. 123.

(3) CAA Bordeaux, 19 juillet 1999, « M. César », req. n° 97BX02096.

(4) CAA Paris, 20 février 2001, « M^{me} Letailleur », req. n° 00PA01755 - 00PA01838.

(5) CAA Nantes, 19 juin 2003, « M. X. », req. n° 99NT02904.

(6) Arrêt précité.

(7) CAA Douai, 9 novembre 2000, « Communauté urbaine de Lille », req. n° 97DAO1763.

respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature».

Ce même article impose également à la personne responsable du marché d'informer, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduit à ne pas leur attribuer le marché. La méconnaissance de l'obligation de communication des motifs de rejet d'une offre constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner les violations (8).

Cependant, l'article 76 du code dispose que : « la personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ; serait contraire à l'intérêt public ; porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ; pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises ».

Or, précisément, dans l'arrêt du 4 juillet 2005, le Conseil d'Etat a considéré que la communication du rapport de présentation du marché et du rapport d'analyse, sans qu'aient été occultées les informations relatives aux montants et aux détails des offres qui n'avaient pas été retenues, portait préjudice aux intérêts commerciaux des entreprises et à une concurrence loyale entre elles. En conséquence, cette divulgation « est intervenue en méconnaissance de l'obligation de discrétion professionnelle » (9).

Pour écarter ce risque, il convient de distinguer les informations communicables de celles qui ne le sont pas.

2. Les informations communicables aux candidats évincés

La Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) ainsi que la jurisprudence administrative ont précisé la nature des informations communicables.

Concernant tout d'abord les candidats évincés, il est constant que le secret, en matière industrielle et commerciale, fait obstacle à ce

que le détail (qu'il soit technique ou financier) de leurs offres soit divulgué (10).

En revanche, l'offre de prix globale des entreprises non retenues est communicable (11). En conséquence, lorsqu'il est demandé de communiquer les documents se rapportant à une procédure d'attribution (procès-verbaux, rapport d'analyse, rapport de présentation), la collectivité sollicitée devra prendre soin d'occulter l'ensemble des renseignements concernant le détail des offres des candidats évincés.

Dans l'arrêt du 4 juillet 2005, l'agent en cause avait précisément omis d'occulter dans le rapport d'analyse et le rapport de présentation les informations relatives au détail des offres des entreprises non retenues (12).

Seuls peuvent donc figurer de façon non cachée, certes l'identité des soumissionnaires,

À NOTER

L'offre de prix des entreprises non retenues est communicable.

mais également le montant global de leur offre.

La question est plus délicate en ce qui concerne la communication des renseignements relatifs à l'attributaire du marché.

En effet, l'examen se fait nécessairement au cas par cas, compte tenu, notamment, de l'exception liée au secret industriel et commercial. Cependant, la Cada a le souci de ne pas retenir de règles par trop générales qui restreindraient le droit à communication.

Ainsi, sous réserve d'une nécessaire appréciation au cas par cas, la Cada a considéré que sont communicables les références et les marques des produits de l'offre retenue dans le cadre d'un appel d'offres (13), le bordereau de prix unitaire d'un marché en cours (14), l'offre de prix détaillée dès lors qu'elle reflète le coût du service public (15).

En revanche, ne sont pas communicables, les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierce partie, ainsi qu'aux certificats de qualification con-

cernant la prestation demandée, toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics (16).

Le Conseil d'Etat a considéré, pour sa part, que les documents déterminant les conditions de prix arrêtées entre l'administration et l'entreprise retenue, à l'issue d'un appel d'offres, étaient communicables à un tiers qui en faisait la demande (17).

Ainsi, une personne publique pourra communiquer les marchés publics des entreprises attributaires et les documents s'y rapportant (procès-verbaux, rapports d'analyse et de présentation), en veillant à occulter les informations précitées couvertes par le secret industriel et commercial. Accessoirement, l'on relèvera que la Cada ne semble pas distinguer selon que la demande de communication provient d'un soumissionnaire ou d'un tiers (18).

En l'absence de liste exhaustive sur la nature des documents communicables ou non, la tâche des agents chargés d'informer les candidats évincés n'est pas simple. D'autant plus que le risque de manquement à l'obligation de discrétion professionnelle n'est pas que théorique. Dans l'arrêt du 4 juillet 2005, l'agent en cause a fait l'objet, pour ce motif, d'une sanction disciplinaire consistant en une exclusion temporaire pour une durée de douze mois assortie d'un sursis de onze mois (19).

Par ailleurs, le risque de violation de l'obligation de discrétion professionnelle ne pèse pas uniquement, comme c'est le cas en l'espèce, sur l'achèvement de la procédure.

En effet, la divulgation, en cours de procédure d'attribution, d'informations susceptibles de porter atteinte au secret industriel et commercial de l'un des soumissionnaires, par exemple pendant une phase de négociation ou de dialogue, serait certainement constitutive d'un tel manquement.

Enfin, ce risque plaide, s'il en est encore besoin, pour une nécessaire professionnalisation des acheteurs publics. En effet, alors que la tendance est à la recherche pour ces derniers de profils types management et économie de l'achat (20), la dimension juridique de l'achat public, avec les risques qui en découlent, incite à une nécessaire formation juridique des acheteurs. ■

(8) CE, 21 janvier 2004, « Société Aquitaine Démolition », req. n° 253509.

(9) Arrêt précité.

(10) Cada, 25 août 2005, « Directeur du Sois d'Ille-et-Vilaine », réf. 20053337 ; Cada, 7 juillet 2005, « Maire de Dardilly », réf. 20052631.

(11) Cada, 7 juillet 2005, « Maire de Dardilly », réf. 20052631.

(12) Arrêt précité.

(13) Cada, 7 juillet 2005, « Maire de Dardilly », réf. 20052631.

(14) Cada, 9 juin 2005, « Président de la communauté de communes du Lac du Bourget », réf. 20052183.

(15) Cada, 9 juin 2005, « Directeur du centre hospitalier universitaire d'Angers », réf. 20052131.

(16) Cada, 7 juillet 2005, « Maire de Dardilly », réf. 20052631.

(17) CE, 11 juillet 1990, « Centre hospitalier général de Neuchâteau », req. n° 84994-85264.

(18) Cada, 10 avril 2003, « Maire de Belbèze-en-Comminges », réf. n° 20031701.

(19) Arrêt précité.

(20) Jean-Marc Binot, « Du responsable des marchés au manager de l'achat : la métamorphose est en marche », achatpublic.com, 1^{er} septembre 2004.