

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 2100356

SAS OMEGA +

Mme Sylvie Wustefeld
Rapporteure

Mme Helfter-Noah
Rapporteur public

Audience du 6 janvier 2022
Décision du 20 janvier 2022

26-06
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Toulon

La magistrate désignée,

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 15 février 2021, la société par actions simplifiée (SAS) Omega +, représentée par Me Serrano-Bentchich, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision rejetant implicitement ses demandes des 10 et 28 septembre 2020 auprès de la commune de Toulon et le 17 novembre 2020 auprès de la commission d'accès aux documents administratifs tendant à la communication par la commune de Toulon des documents suivants :

- (1) le rapport de présentation ;
- (2) le procès-verbal d'ouverture des offres ;
- (3) les rapports d'analyse des offres et les éléments de notation de la Société OMEGA + et de la Société ALG établi avant les négociations et après les négociations ;
- (4) les notes obtenues par critère avant les négociations ;
- (5) l'ensemble des échanges intervenus avec la Société ALG lors des négociations et les documents y afférents (convocation aux négociations, compte rendu des réunions de négociation, questions posées, réponses apportées, demandes de régularisation, lettres, courriels ...) ;
- (6) les données financières proposées par ALG avant et après négociation : le montant de la redevance variable proposé en sus de la partie fixe/ le montant de la subvention demandée, la politique tarifaire proposée, ainsi que les modalités de révision de ces tarifs, la présentation d'un compte d'exploitation prévisionnel sur cinq ans accompagné des sous-détails relatifs à la masse salariale et au chiffre d'affaire établi en corrélation avec la politique tarifaire ;
- (7) le contrat signé avec la Société ALG et ses annexes ;

- (8) le projet de contrat de la Société ALG remis lors du dépôt de son offre initiale et ses annexes ;
- (9) le projet de contrat de la Société ALG remis après la négociation et ses annexes ;
- (10) l'ensemble des délibérations du conseil municipal de Toulon qui se prononcent sur la procédure et le contrat conclu avec la Société ALG et les convocations des membres y afférentes, y compris celle autorisant le Maire à signer le contrat ;
- (11) le contrat, l'avenant ou tout acte juridique matérialisant le transfert du contrat entre la Société ALG et la Société Zenith Omega Toulon et ses éventuelles annexes ;
- (12) la ou les délibérations du conseil municipal autorisant la cession du contrat litigieux, et autorisant le Maire à signer la cession et ses éventuelles annexes ;

2°) d'enjoindre à la commune de Toulon de lui communiquer l'ensemble des documents précités dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement à intervenir, et ce, sous astreinte de 800 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Toulon une somme de 2 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la commune de Toulon n'a pas déféré à ses demandes des 10 et 28 septembre 2020 de lui communiquer diverses pièces relatives à la consultation ayant pour objet l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live dans le cadre d'une délégation de service public malgré l'avis favorable de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) du 5 janvier 2021 ;
- contrairement à l'avis exprimé par la CADA, les données financières et le projet de contrat de la Société ALG remis lors du dépôt de son offre initiale et ses annexes sont des documents communicables.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 avril 2021, la commune de Toulon, représentée par la SELAS interbarreaux Charrel et associés, agissant par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- il n'y plus lieu de statuer sur la requête de SAS Omega + dès lors qu'elle a procédé à la communication des pièces demandées dans le respect du secret des affaires ;
- elle se remet à la sagesse du Tribunal quant à la communication de certaines informations occultées ;
- la requête a un caractère abusif et justifie le prononcé d'une amende d'un montant de 5 000 euros.

Par un mémoire distinct, enregistré le 8 avril 2021 et non soumis au contradictoire en application de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, la commune de Toulon a communiqué au Tribunal l'ensemble des documents qu'elle estime couverts par le secret des affaires.

Un mémoire a été enregistré pour la société requérante le 28 avril 2021 et n'a pas été communiqué en application des dispositions de l'article R. 611-1 du code de justice administrative.

Par ordonnance du 18 mai 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 30 juin 2021 à 12h.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de commerce ;
- le code de justice administrative.

Vu la décision de la présidente du tribunal qui désigne Mme Wustefeld, première conseillère, pour statuer en audience publique sur les litiges en application de l'article R. 222-13 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Wustefeld,
- les conclusions de Mme Helfter-Noah,
- les observations de Me Bellon, substituant Me Serrano-Bentchich, pour la société requérante et de Me Charrel pour la commune de Toulon.

Considérant ce qui suit :

1. Par courriers des 10 et 28 septembre 2020, la SAS Omega + a demandé à la commune de Toulon de lui communiquer diverses pièces relatives à la consultation ayant pour objet l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live dans le cadre d'une délégation de service public. Suite au refus implicite de cette demande, elle a saisi le 17 novembre 2020 la CADA qui a par un avis du 5 janvier 2021 estimé que les documents sollicités étaient communicables à toute personne qui en fait la demande en application des dispositions des articles L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration et L. 2121-26 du code général des collectivités territoriales sous réserve de l'occultation des mentions protégées par le secret des affaires et à l'exception de la communication des documents visés au point 8) et des éléments financiers visés au point 6) antérieurs à l'offre finale du candidat retenu. La SAS Omega + conteste le refus implicite né, le 17 janvier 2021, du silence gardé pendant deux mois après l'enregistrement de la demande adressée à la CADA en application des articles R. 343-4 et R. 343-5 du code des relations entre le public.

Sur l'exception de non-lieu à statuer :

2. Il est constant que la commune de Toulon a communiqué en cours d'instance, le 8 avril 2021, une partie des documents sollicités. Il s'agit du procès-verbal d'ouverture des offres, de l'ensemble des délibérations du conseil municipal de Toulon qui se prononcent sur la procédure et le contrat conclu avec la Société ALG et les convocations des membres y afférentes, y compris celle autorisant le Maire à signer le contrat le contrat, de l'avenant ou tout acte juridique

matérialisant le transfert du contrat entre la Société ALG et la Société Zenith Omega Toulon et ses éventuelles annexes et de la ou les délibérations du conseil municipal autorisant la cession du contrat litigieux, et autorisant le Maire à signer la cession et ses éventuelles annexes. N'ont toutefois pas été communiqués les annexes du contrat signé avec la société ALG, les contrats antérieurs au contrat signé ainsi que les données financières proposées par la société ALG avant et après négociation. En outre, le rapport de présentation des offres, le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, le contrat signé avec la société ALG ainsi que les courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020 ayant été communiqués après occultation de certaines mentions et la SAS Omega + soutenant que ces occultations ne concernent pas seulement les éléments dont la communication porterait atteinte au secret en matière commerciale et industrielle, les conclusions de la requête tendant à la communication de ces documents conservent leur objet. Ainsi, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions de la requête à l'exception de celles tendant à la communication des contrats antérieurs au contrat signé, des données financières proposées par la société ALG avant et après négociation, du rapport de présentation des offres, du rapport d'analyse des offres, du procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, du contrat signé avec la société ALG avec ses annexes ainsi que des courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 300-1 du code des relations entre le public et l'administration : « *Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des titres I^{er}, III et IV du présent livre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.* ». Aux termes de l'article L. 300-2 du même code : « *Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres I^{er}, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions. / (...).* ». Aux termes de l'article L. 311-1 du même code : « *Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L.300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre.* ». Aux termes de l'article L. 311-6 du même code : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / 1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ; (...).* ». L'article L. 311-7 dispose que « *Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application des articles L. 311-5 et L. 311-6 mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointer, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions.* »

4. D'autre part, aux termes de l'article L. 151 du code de commerce : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement*

connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »

5. Il résulte des dispositions précitées que les délégations de service public et les documents qui s'y rapportent, y compris les documents relatifs au contenu des offres, sont des documents administratifs au sens des dispositions de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration. Saisi d'un recours relatif à la communication de tels documents, il revient au juge du fond d'examiner si, par eux-mêmes, les renseignements contenus dans les documents dont il est demandé la communication peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret des affaires et faire ainsi obstacle à cette communication en application des dispositions de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration. Au regard des règles de la commande publique, doivent ainsi être regardés comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces du marché. Dans cette mesure, si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau unitaire de prix de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité et qu'il est susceptible, ainsi, de porter atteinte au secret commercial, n'est quant à lui, en principe, pas communicable.

6. En premier lieu, la commune de Toulon a occulté de nombreuses mentions concernant aussi bien l'offre de la société requérante que celle de la société attributaire dans le rapport de présentation des offres, dans le rapport d'analyse des offres et dans le procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public. Toutefois, certaines mentions ne relèvent pas du secret des affaires. Il s'agit concernant le rapport de présentation de l'analyse du pli de la société requérante, des pages 7 à 10, 12 à 15 et 17 à 20, de l'analyse du pli la société ALG des notes et synthèses, pages 12, 17, 23 à l'exception du montant de la subvention, des notes et éléments de négociations concernant la société Oméga +, pages 24 à 26, le complément d'analyse de l'offre, la synthèse et la note pour la même société pages 28 à 32, ainsi que pour la société ALG des synthèses et notes pages 29 à 32 et de la synthèse finale pour les deux candidats, page 33. S'agissant du rapport d'analyse des offres sont concernés tous les éléments relatifs à l'offre de la société Omega +, pages 7 à 13, 20 à 25, 30 à 38, 44 à 48 ainsi que les appréciations chiffrées page 50 pour les deux candidats et pour la société ALG, des synthèses avant/ après négociation pages 15/16, pages 18/19, pages 28/29, pages 42/43, page 49 à l'exception des données financières. Quant au procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, il s'agit des notes de la société Omega +, page 6, de la société ALG, page 9, des appréciations de synthèse de l'offre d'ALG ainsi que le relevé des éléments de négociation, page 10. En revanche, les autres mentions occultées dans le rapport d'analyse des offres sont couvertes par le secret des affaires dès lors qu'elles sont relatives aux moyens humains et techniques de la société attributaire ainsi qu'à sa stratégie commerciale.

7. En deuxième lieu, les projets de contrat révèlent des informations quant à la stratégie commerciale de l'entreprise attributaire, ainsi seul le contrat signé avec la société ALG a un caractère communicable. Il ressort néanmoins des pièces du dossier que la commune de Toulon a occulté diverses mentions notamment sur les pages 10, 11, 15, 19, 20, 28, 29 qui ne sont pas protégées par le secret des affaires. Par ailleurs, elle n'a pas communiqué les annexes qui ont également un caractère communicable sous réserve de l'occultation des mentions protégées par le secret des affaires.

8. En troisième lieu, il ressort des pièces du dossier que la commune de Toulon a également caviardé les deux courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020 relatifs à ses échanges avec la société ALG lors des négociations. Toutefois, les mentions occultées qui se rapportent aux éléments sur lesquels portaient la négociation ne relèvent pas du secret des affaires et ont un caractère communicable.

9. En quatrième et dernier lieu, ainsi qu'il vient d'être rappelé au point 5, les données financières détaillées proposées par la société ALG avant et après négociation ne relèvent pas de la catégorie des documents communicables.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la SAS Omega + est seulement fondée à demander l'annulation du refus de communiquer en tant que les mentions listées aux points 6 à 8 n'ont pas été communiquées.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

11. Eu égard aux motifs du présent jugement, il doit être enjoint à la commune de Toulon de communiquer à la SAS Oméga + dans un délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement le rapport de présentation des offres, le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, le contrat signé avec la société ALG ainsi que les courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020 sans occultation des mentions listées aux points 6 à 8 de ce jugement.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de laisser à chacune des parties ses frais d'instance.

DECIDE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête en tant qu'elles tendent à la communication du procès-verbal d'ouverture des offres, de l'ensemble des délibérations du conseil municipal de Toulon qui se prononcent sur la procédure et le contrat conclu avec la Société ALG et les convocations des membres y afférentes, y compris celle autorisant le Maire à signer le contrat le contrat, de l'avenant ou tout acte juridique matérialisant le transfert du contrat entre la Société ALG et la Société Zenith Omega Toulon et ses éventuelles annexes et de la ou les délibérations du conseil municipal autorisant la cession du contrat litigieux, et autorisant le Maire à signer la cession et ses éventuelles annexes.

Article 2 : Les décisions rejetant implicitement les demandes de la société Omega + des 10 et 28 septembre 2020 auprès de la commune de Toulon et le 17 novembre 2020 auprès de la commission d'accès aux documents administratifs sont annulées en tant qu'elles concernent le rapport de présentation des offres, le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, le contrat signé avec la société ALG ainsi que les courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020 dans les conditions énoncées aux points 6 à 8 de ce jugement.

Article 3 : Il est enjoint à la commune de Toulon de communiquer à la SAS Omega + dans un délai d'un mois à compter de la notification du présent jugement le rapport de présentation des offres, le rapport d'analyse des offres, le procès-verbal de la commission de concession et de délégation de service public, le contrat signé avec la société ALG ainsi que les courriers des 20 décembre 2019 et 31 décembre 2020 sans occultation des mentions listées aux points 6 à 8 de ce jugement.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties à l'instance est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société par actions simplifiée Omega + et à la commune de Toulon.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 20 janvier 2022.

La magistrate désignée,

Signé

S. Wustefeld

La greffière,

Signé

A.Cailleaux

La République mande et ordonne au préfet du Var en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

P/ la greffière en chef,

La greffière,