

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANCY**

N° 2002619

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles (SHAM)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. A... B...
Juge des référés

COPIE

Le juge des référés

Ordonnance du 26 octobre 2020

54-03-01
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 21 et 22 octobre 2020, la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), représentée par Me D..., demande au juge des référés :

1°) de suspendre, jusqu'à la notification de l'ordonnance du juge des référés précontractuels l'analyse des candidatures et des offres de la SHAM sur l'ensemble des lots auxquels elle a candidaté, c'est-à-dire les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9.

2°) d'ordonner au centre hospitalier régional universitaire de Nancy, jusqu'à la notification de l'ordonnance du juge des référés précontractuels d'interdire l'accès, par tout moyen, à M. E... ou à toutes personnes travaillant au sein de la société ACAOP, à l'ensemble des documents déposés par la SHAM sur les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9 ;

3°) en tout état de cause, de suspendre jusqu'à la même échéance l'analyse des candidatures et des offres présentées par la SHAM sur les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9 concernant les documents suivants :

S'agissant des candidatures :

- la déclaration du candidat modèle DC2 ou équivalent pour chaque membre du groupement ;
- la déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ;
- la liste de références significatives, notamment dans le domaine des acheteurs publics pour chacune des trois dernières années ;
- la déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement ;

- le formulaire DC1 ou la déclaration sur l'honneur que le candidat n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 du code de la commande publique ;

S'agissant des offres :

- l'acte d'engagement modèle ATTR 1 complété, daté et signé ;
- l'annexe N° 1 à l'acte d'engagement Réserves – Aménagements – Améliorations, pour chacun des lots, datée et signée ;
- l'annexe N° 2 à l'acte d'engagement Prix et le DPF (sauf lots 1 et 10) – tableau des tarifications pour chacun des lots, datée et signée ;
- l'annexe N° 3 à l'acte d'engagement convention de gestion pour chacun des lots, datée et signée ;
- le mémoire technique en appui de la valeur technique de l'offre indiquant notamment les améliorations apportées au CCTP ou à la convention de gestion ;
- toutes les pièces annexes nécessaires à l'analyse des offres des assureurs.

4°) de mettre à la charge du centre hospitalier régional universitaire de Nancy la somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les documents de la consultation et les pièces remises par les candidats avant la signature du marché sont des documents préparatoires couverts par le secret des affaires en vertu de l'article L. 151-1 du code de commerce et de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique ;
 - ces documents ne peuvent être communiqués par le pouvoir adjudicateur à une tierce personne dès lors qu'il existe un risque de concurrence déloyale et une rupture d'égalité de traitement des candidats ;
 - en tout état de cause, le mémoire technique et le détail des prix proposés au pouvoir adjudicateur sont au nombre des pièces relatives à une consultation publique protégées par le secret des affaires ;
 - l'ensemble des documents constitutifs de la candidature et de l'offre n'est pas communicable avant la conclusion du marché, de sorte que les documents remis par elle doivent être protégés d'une atteinte imminente au secret des affaires ;
 - l'atteinte imminente au secret des affaires tient au fait que la date limite de remise des offres était fixée au 21 octobre à 16h00 et qu'à partir de cette date, M. E..., en sa qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage, risque de se voir confier l'analyse des candidatures et des offres dont la sienne ;
 - M. E... est en situation de conflit d'intérêts à son égard et à l'égard d'un autre candidat, le BEAH ;
 - elle demande au juge du référé secret des affaires des mesures conservatoires et provisoires dans l'attente de la notification de la décision du juge du référé précontractuel.

Par un mémoire en défense, enregistré le 23 octobre 2020, le centre hospitalier régional universitaire de Nancy, représenté par Me F..., demande au juge des référés de rejeter la requête de la SHAM et de mettre à sa charge une somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'assistant à maîtrise d'ouvrage a été choisi au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence objective et transparente ;
- la société requérante n'établit pas que des informations communiquées dans le but de permettre à l'ensemble des soumissionnaires de répondre à la consultation auraient méconnu le secret des affaires.

Par une ordonnance en date du 23 octobre 2020, la clôture de l'instruction a été fixée le 26 octobre 2020 à 8h00.

Un mémoire de la SHAM, enregistré le 24 octobre 2020, n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires ;
- le code de la commande publique ;
- le code de commerce ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. A... B..., vice-président, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative pour statuer sur les demandes de référés.

Considérant ce qui suit :

Sur l'atteinte imminente au secret des affaires :

1. Aux termes de l'article R. 557-3 du code de justice administrative : « *Lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce* ». Lorsqu'il est saisi sur le fondement de ces dispositions en vue de prévenir une atteinte imminente à un secret des affaires, il appartient au juge des référés de s'assurer que le risque allégué par le demandeur présente un degré de vraisemblance suffisant.

2. Il résulte de l'instruction que le centre hospitalier régional universitaire (CHRU) de Nancy a, par un avis d'appel public à la concurrence, lancé une consultation ayant pour objet des « prestations de services d'assurance » pour les membres du groupement hospitalier du territoire Sud Lorraine. Le CHRU de Nancy a fait appel à la société ACAOP, un cabinet d'audit en assurance, en vue de lui confier une mission d'assistant à la maîtrise d'ouvrage pour l'assister dans cette procédure de passation. Si les candidats devaient initialement remettre leurs offres avant le 21 octobre 2020 à 16h00, cette date limite a finalement été repoussée au 26 octobre 2020 à 16h00.

3. La société requérante soutient que la poursuite de cette procédure de passation du marché présente un risque d'atteinte imminente à un secret des affaires compte tenu de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve M. E..., le dirigeant de la société ACAOP.

4. D'une part, il résulte de l'instruction qu'il existe sur le marché des assurances des établissements hospitaliers, très faiblement concurrentiel, une situation conflictuelle particulière entre la SHAM et le cabinet de courtage BEAH, au sein duquel M. E... a joué un rôle actif. En effet, il n'est pas contesté qu'après avoir dirigé la société Protectas, qui intervenait alors en qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage, M. E... a créé en 2009 un cabinet de courtage dénommé BEAH dans le but de rendre plus concurrentiel le marché d'assurances des établissements hospitaliers, jusqu'alors dominé par Axa et la SHAM, ainsi que cela ressort d'un courrier du directeur général de la société Protectas en date du 21 août 2009 versé aux débats. Il résulte de l'instruction que les liens entre la société BEAH, qu'il dirigeait, et la société Protectas ont été la cause de plusieurs litiges dans le cadre de recours relatifs à l'attribution de marchés publics relatifs à des prestations d'assurance dénoncés par la SHAM. La société requérante soutient que depuis lors, M. E... s'est livré à une politique de contestation systématique des marchés attribués à la SHAM à la fois devant les juridictions administratives et pénales, jusqu'en 2018. Elle produit à l'appui de ses allégations plusieurs articles signés en février 2014, mai 2018 et janvier 2019 dans lesquels M. E... a fait preuve d'une animosité particulière révélant un profond différend à l'égard de la SHAM.

5. D'autre part, si M. E... a cédé les parts qu'il détenait au sein de la société BEAH en 2019, il n'est pas davantage contesté qu'il entretient toujours des liens amicaux avec M. C..., qui était le directeur général de BEAH lorsqu'il en était le président, et qui dirige actuellement la société Emileo, détentrice à hauteur de 80 % des parts de BEAH.

6. Dans ces conditions, eu égard, d'une part, à l'intensité et au caractère récent des liens qui unissent la société BEAH avec M. E... et à l'animosité particulière avec laquelle M. E... s'exprime à l'égard de la SHAM, et, d'autre part, au fait que ces sociétés sont fréquemment en concurrence pour l'attribution de marchés publics d'assurance de centres hospitaliers, la société requérante établit que la collaboration de M. E... comme assistant à la maîtrise d'ouvrage pour l'analyse des offres des candidats constitue avec un degré de vraisemblance suffisant l'existence d'une atteinte imminente au secret des affaires. Elle est par suite fondée à demander au juge des référés des mesures visant à prévenir une telle atteinte.

Sur les mesures provisoires et conservatoires :

7. Aux termes de l'article R. 152-1 du code de commerce : « *I.- Lorsqu'elle est saisie aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. (...)* ».

8. Eu égard au risque d'atteinte au secret des affaires que présente la collaboration de M. E... comme assistant à la maîtrise d'ouvrage pour l'analyse des offres de la SHAM et de la société BEAH, il y a lieu de suspendre l'analyse des candidatures et des offres de la SHAM sur l'ensemble des lots auxquels elle a candidaté, c'est-à-dire les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9, jusqu'à la notification de l'ordonnance à intervenir dans le cadre du référé précontractuel n° 2002618 dont la SHAM a par ailleurs saisi le tribunal, et d'enjoindre au CHRU de Nancy, jusqu'à la même échéance, d'interdire l'accès, par tout moyen, à M. E... ou à toute personne travaillant au sein de la société ACAOP, à l'ensemble des documents déposés par la SHAM sur les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9.

Sur les frais liés au litige :

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SHAM, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que le CHRU de Nancy demande au titre des frais engagés par lui et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge du CHRU de Nancy la somme demandée par la SHAM au même titre.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'analyse des candidatures et des offres de la SHAM sur l'ensemble des lots auxquels elle a candidaté, c'est-à-dire les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9, est suspendue jusqu'à la notification de l'ordonnance du juge des référés précontractuels dans le cadre de la requête n° 2002618.

Article 2 : Il est enjoint au centre hospitalier régional universitaire de Nancy, jusqu'à la notification de l'ordonnance à intervenir dans le cadre du référé précontractuel n° 2002618, d'interdire l'accès, par tout moyen, à M. E... ou à toute personne travaillant au sein de la société ACAOP, à l'ensemble des documents déposés par la SHAM sur les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société hospitalière d'assurances mutuelles et au centre hospitalier régional universitaire de Nancy.

Fait à Nancy le 26 octobre 2020

Le juge des référés,

O. Di B...

La République mande et ordonne au préfet de Meurthe-et-Moselle 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.