

Benoît Polderman
Avocat associé

CCP 2021-38-4

Ouverture à la concurrence du transport public ferroviaire régional : l'enjeu des informations à transmettre aux opérateurs soumissionnaires

Un arrêt de la cour d'appel de Paris, trois décisions de l'Autorité de régulation des transports (ART) et un avis de l'Autorité de la concurrence mettent en lumière ce sujet d'actualité dans le cadre de l'ouverture à la concurrence d'une part, du transport ferroviaire public régional et d'autre part du transport public routier en Île-de-France.

L'enjeu des données transmises aux opérateurs est particulier dans le domaine des transports publics ferroviaires compte tenu :

- tout d'abord, de textes spécifiques en la matière ;
- ensuite, de l'absence de retour d'expérience pratique et concret au niveau national sur la mise en concurrence de contrats de service public de transport ferroviaire de personnes ;
- enfin, de la présence d'un tiers, le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, avec lequel l'autorité concédante et l'exploitant ferroviaire sont en interface, ce qui complexifie toute procédure en comparaison avec le secteur routier.

L'article 19 de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire a ouvert aux régions, à compter du 3 décembre 2019 et jusqu'au 24 décembre 2023, la faculté de déroger aux articles L. 2121-4, L. 2121-6 et L. 2141-1 du Code des transports organisant le monopole de SNCF Voyageurs et d'attribuer des contrats de service public de transports ferroviaire de voyageurs d'intérêt régional après publicité et mise en concurrence.

Dans cette perspective, la transmission aux régions d'informations relatives aux services faisant l'objet d'un contrat de service public, d'une part, et la communication, par les régions, des informations utiles aux opérateurs économiques participant à la procédure de

passation d'un contrat de service public pour leur permettre de préparer une offre, d'autre part, constituent un enjeu essentiel pour la réussite de l'ouverture à la concurrence.

Ainsi, l'article L. 2121-19 du Code des transports, créé par l'article 14 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire, prévoit que les entreprises ferroviaires fournissant des services publics de transport ferroviaire de voyageurs, les gestionnaires d'infrastructure et les exploitants d'installations de service transmettent à la région, à sa demande, toute information relative à l'organisation ou à l'exécution de ces services et aux missions faisant l'objet du contrat de service public, sans que puisse y faire obstacle le secret des affaires.

En outre, l'article L. 2121-16 du Code des transports prévoit l'obligation pour les régions de communiquer aux opérateurs économiques participant à la procédure de passation d'un contrat de service public toutes les informations utiles pour préparer leur offre.

Ces deux articles renvoient à un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'ART, le soin de déterminer leurs conditions d'application et, en ce qui concerne les informations devant être transmises aux régions, d'établir une liste de catégories d'informations devant être regardées, de manière irréfragable, comme étant relatives « à l'organisation ou à l'exécution de ces services et aux missions faisant l'objet du contrat de service public » au sens de l'article L. 2121-19 précité.

Le décret n° 2019-851 du 20 août 2019 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels

MOTS CLÉS

ART
Concurrence
Égalité de traitement
Secret des affaires

roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires précise le contenu et les modalités de la transmission des informations sollicitées par la région.

1. Quels sont les enjeux ?

1.1. Définition du besoin par l'autorité organisatrice et élaboration du dossier de consultation

Dans une décision n° 2021-032 du 17 juin 2021, l'ART indique que « [l]'efficacité du mécanisme d'appel d'offres, condition du succès de la mise en concurrence des services conventionnés, dépend de la capacité des AOT à caractériser précisément le service qu'elles souhaitent voir réaliser et à établir des critères objectifs d'attribution leur permettant ensuite de comparer des offres concurrentes. Au cours de cette phase amont de préparation de l'appel d'offres, il est indispensable de garantir que les AOT ont à leur disposition l'ensemble des données leur permettant de définir au mieux le projet de convention de service public qu'elles mettent en concurrence et ses modalités d'exécution. À cette fin, il convient qu'elles disposent du niveau de connaissance nécessaire et approprié des conditions techniques, économiques et financières dans lesquelles le service est exploité pour identifier les marges d'évolution possibles relatives au périmètre des services concernés, la consistance de l'offre de transport – au regard notamment d'objectifs d'aménagement du territoire ou de qualité de service –, les moyens à affecter à l'exploitation desdits services et, le cas échéant, la mise en place d'un dispositif incitatif associé à l'exécution des missions objets du contrat. Sur la base de ces éléments, les AOT devraient alors pouvoir élaborer un projet de cahier des charges détaillé répondant à leurs besoins et appréhender l'équilibre économique et financier du projet de contrat dans des conditions compatibles tant avec les exigences de transparence et de non-discrimination qu'avec l'efficacité de gestion et la qualité du service rendu ».

Le débat sur les informations à communiquer a tendance à se focaliser sur l'égalité de traitement entre les candidats (cf. *infra*) mais il ne faut en effet pas oublier que ces informations sont avant tout nécessaires pour l'autorité organisatrice afin de constituer un dossier de consultation sans lequel une procédure formalisée de publicité et de mise en concurrence ne peut sérieusement s'organiser et se gérer.

Or, ce dossier de consultation est le socle de la définition du besoin de l'autorité organisatrice

qui est tenue de le préciser dans sa nature et son étendue⁽¹⁾.

1.2. Égalité de traitement entre les candidats et respect du principe de transparence

L'article L. 3 du Code de la commande publique énonce que « [l]es acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Le principe d'égalité de traitement entre les candidats suppose, en particulier, qu'un égal accès aux données permettant d'élaborer une offre compétitive soit garanti aux soumissionnaires. En effet, « le choix entre les candidats [ne pouvant] être légalement fondé, au regard du principe d'égalité, que sur le seul contenu des offres »⁽²⁾.

Il appartient à l'autorité en charge de la procédure de s'assurer que l'ensemble des candidats disposent d'un niveau d'information identique⁽³⁾.

Cette question est particulièrement sensible lorsque le titulaire d'un contrat est candidat à sa propre succession⁽⁴⁾.

En ce sens, l'article L. 2121-16 du Code des transports dispose que « [l]'autorité organisatrice de transport communique aux opérateurs économiques participant à la procédure de passation d'un contrat de service public les informations utiles pour préparer une offre dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence ».

S'agissant d'informations relatives au personnel, il a été jugé récemment que l'obligation d'information repose sur la seule collectivité contractante, laquelle peut être jugée responsable du préjudice subi par l'opérateur entrant, quand bien même l'opérateur sortant serait responsable d'une lacune ou d'une erreur dans les informations transmises. Si la collectivité omet de collecter certaines informations, il ne peut

1 CCP, art. L. 2111-1 et L. 3111-1.

2 CE 29 avril 2002, n° 216902.

3 CE 6 juin 1997, n° 129437.

4 CE 13 mars 1998, n° 165238 ; CE 21 juin 2000 n° 209319.

être reproché à l'opérateur sortant de ne pas les diffuser spontanément⁵. Cette jurisprudence nous paraît applicable de manière générale.

Dans son avis n° 2019-037 du 13 juin 2019 relatif au projet de décret dit « données », l'ART a ainsi souligné que : « le recueil par les AOT des informations relatives à l'exploitation des services ferroviaires, puis la mise à disposition de certaines informations auprès de l'ensemble des candidats intéressés par l'attribution du contrat de service public, **constituent un facteur déterminant d'une ouverture à la concurrence effective et réussie du transport ferroviaire de voyageurs.**

14. Compte tenu de la position d'opérateur historique qui plus est en monopole légal de SNCF Mobilités, l'organisation des appels d'offres est marquée par une forte asymétrie d'informations, vis-à-vis des AOT comme des entreprises ferroviaires entrantes, en ce qui concerne tant le fonctionnement du réseau ferré national que les caractéristiques techniques et commerciales des lignes conventionnées. Cette asymétrie d'information constitue un avantage au sortant de nature à constituer une barrière à l'entrée du marché, entravant la participation de candidats potentiels aux appels d'offres. Ainsi, dès le stade de la préparation de l'appel d'offres, cette rente informationnelle est susceptible de conférer un avantage compétitif à l'opérateur historique sortant, si l'AOT n'est pas en capacité de caractériser précisément le service et d'établir des critères objectifs d'attribution. En effet, dans ce cas, les candidats potentiels devront supporter des coûts de recherche de l'information susceptibles de les décourager de participer à la procédure ou, à tout le moins, d'affecter leur capacité à déposer une offre offensive crédible. Ensuite, au stade de la réponse à l'appel d'offres et comme cela a été largement démontré par l'Autorité de la concurrence, il est indéniable que l'expérience acquise par l'entreprise sortante, notamment sur les caractéristiques du réseau et des différents facteurs de production nécessaires à la fourniture des services, lui procure un avantage concurrentiel. Ceci pose clairement l'enjeu d'un texte réglementaire encadrant le processus de transmission de données et le détail du contenu de ces dernières de l'opérateur sortant vers les autorités organisatrices.

⁵ Voir CA Paris, 5 février 2020, n° 18/18085.

15. Loin de résulter d'une concurrence par les mérites, un tel avantage est susceptible de donner lieu à des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans le contexte du renouvellement par la Ville de Paris de la convention domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision depuis le site de la Tour Eiffel, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'en fournissant tardivement et partiellement les informations indispensables à ses concurrents pour que ceux-ci soient en mesure de répondre de façon crédible à l'appel d'offres de la mairie de Paris, la société TDF, héritière du monopole légal et titulaire sortante de la convention d'occupation du site de la Tour Eiffel avait abusé de sa position dominante.

[...]

L'efficacité du mécanisme d'appel d'offres dépend, en premier lieu, de la capacité des AOT à caractériser précisément le service qu'elles souhaitent voir réalisé et à établir des critères objectifs d'attribution leur permettant ensuite de comparer des offres alternatives. Au cours de cette phase amont de préparation de l'appel d'offres, l'enjeu est de garantir que les AOT auront à leur disposition l'ensemble des données leur permettant de définir au mieux le projet de contrat qu'elles mettront en concurrence et ses modalités de réalisation. Pour ce faire, il convient qu'elles disposent d'une connaissance précise des conditions économiques, techniques et financières dans lesquelles le service est actuellement exploité pour identifier les marges d'adaptation possibles en termes de périmètre des services concernés, de consistance de l'offre de transport, – au regard notamment d'objectifs d'aménagement du territoire ou encore d'objectifs de qualité de service qu'elles pourraient raisonnablement être en droit d'exiger de la part des nouveaux opérateurs – et du montant des bonus/malus financiers associés. Sur la base de ces éléments, les AOT pourront alors élaborer un projet de cahier des charges détaillé et appréhender l'équilibre économique et financier du projet de contrat avec un risque d'erreur limité.

18. En second lieu, les données collectées devront ensuite être communiquées par l'AOT aux candidats intéressés de manière suffisamment large. L'enjeu de cette transmission d'informations aux candidats consiste à éviter toute asymétrie d'information entre les candidats au bénéfice de l'opérateur sortant et de permettre la communication d'informations suffisamment précises aux candidats pour, d'une part, assurer la participation de candidats alternatifs et, d'autre part, garan-

tir à l'AOT l'obtention de réponses réalistes évitant les éventuelles déconvenues entre la promesse figurant dans la réponse à l'appel d'offres et la réalité des prestations fournies ».

Antérieurement, le Conseil de la concurrence n'avait d'ailleurs pas manqué de relever l'importance de l'obligation d'information des candidats entrants en justifiant son avis défavorable à l'extension de l'obligation de reprise des personnels par le fait que « les soumissionnaires sont déjà presque toujours en situation d'infériorité par rapport au délégataire [concessionnaire] en place, qui dispose d'une meilleure information sur les caractéristiques des réseaux qu'il gère souvent depuis très longtemps ainsi que sur les conditions et les contraintes d'exploitation qui en résultent »^[6].

La communication par l'opérateur historique à l'acheteur public des informations nécessaires à l'élaboration des offres puis leur transmission aux soumissionnaires permet de répondre aux principes d'égalité de traitement et de transparence dont le respect conditionne la régularité de la procédure^[7].

À noter que si la région adresse en vain à l'opérateur historique une demande tendant à la communication de telles informations et qu'elle n'a pas pu les obtenir, il paraît difficile de lui reprocher utilement un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence^[8].

Au-delà, le refus par l'opérateur historique de communiquer des informations peut soulever la question de la recevabilité de sa candidature à sa propre succession^[9].

1.3. Réelle efficacité de l'ouverture à la concurrence

Il est généralement attendu des attributions en concurrence qu'elles mènent à une meilleure régularité et qualité du service.

Pour ceux qui militent ainsi pour une mise en œuvre dans les meilleurs délais de cette ouverture, il est souvent relevé qu'en Allemagne, la fiabilité et la ponctualité sont meilleures pour les tronçons attribués après mise en concurrence. Il est ainsi soutenu que dans une procédure d'appel d'offres, les autorités organisatrices peuvent réellement imposer des clauses de pilotage de la qualité performantes.

Un exemple est donné de l'autorité organisatrice Verkehrsverbund Rhein-Ruhr VRR, qui publie annuellement des rapports sur la qualité de service ferroviaire, par contrat. On peut y observer que les contrats encore en attribution directe se trouvent en fin du classement. Ce n'est pas le cas des contrats attribués après mise en concurrence pourtant au même opérateur.

En France (comme auparavant dans les contrats en attribution directe en Allemagne), la situation monopolistique peut rendre délicat le contrôle et les sanctions, ce qui est susceptible de se ressentir sur la qualité de service.

D'autre part, il est avancé que l'ouverture à la concurrence permet des gains économiques importants – qui pourraient être utilisés par les autorités organisatrices pour augmenter l'offre de transport et améliorer la productivité.

Certains experts techniques considèrent qu'aujourd'hui les moyens de production du transport ferroviaire régional de personnes – matériel roulant et personnel – sont sous-utilisés par rapport aux standards internationaux.

À ceci s'ajoute le fait que le forfait de charges C1 pratiqué par l'opérateur historique rend particulièrement délicat le contrôle de surcompensation dans le cadre d'une attribution directe^[10].

L'opportunité de l'ouverture à la concurrence et la nécessité de la saisir ont été très récemment soulignées par la Cour des comptes dans son rapport sur les TER d'octobre 2019 : « Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, SNCF Mobilités devra communiquer des données supplémentaires afin que les régions puissent préparer leurs appels d'offres, en particulier

6 Cons. conc., avis n° 00-A-30, 4 décembre 2000.

7 CE, ass., 2 juill. 1999, SA Bouygues et a., n° 206749 ; CAA Lyon, 8 février 2007, Communauté urbaine de Lyon, req. n° 06LY00183 ; CAA Paris, 7 novembre 2006, n° 03PA00325, n° 03PA00374, Société Soccrum, confirmant TA Melun, 5 novembre 2002 : *BJCP* 2003, n° 28, p. 226, concl. A. Jarrige ; TA Paris, ord., 3 août 2007, Réseau ferré de France, n° 0711108, TA Paris, 29 juin 2009, Société Perfect Nettoyage, n° 0909822/6-1 ; TA Amiens, 22 juillet 2010, n° 1001850 ; CE 19 janvier 2011, n° 340773.

8 TA Grenoble, 3 mai 2011, Société des autocars FAURE c/département de la Savoie, n° 1101960.

9 Voir en ce sens notamment CCP, art. R. 2111-1 ; CE 8 juillet 1991, OPHLM du département de l'Aisne, n° 95305 ; CE 8 septembre 1995, Commune d'Évreux, n° 118010.

10 Cf. sur ce point TA Marseille, 15 octobre 2019, n° 1705056.

en découpant, si elles le souhaitent, le réseau régional en lots. La communication devra être la plus large possible et concerner aussi les données à caractère industriel et commercial accumulées par SNCF Mobilités durant sa période de monopole. Il s'agit, par exemple, des données relatives à la maintenance des trains (qui, comme précisé ci-dessus, a été financée en majorité par les régions). En effet, l'accès à ces informations placera les concurrents sur un pied d'égalité avec SNCF Mobilités et leur permettra de faire des offres plus adaptées, prévoyant le juste niveau de maintenance : il en résultera des économies pour les régions. La communication des données devra se faire de la façon la plus fluide possible, notamment via des interfaces de programmation applicatives (*application programming interface*, API). Ces API, en donnant aux régions une information en temps réel, faciliteront la mise en place de systèmes d'information multimodaux et de services de mobilité. Le décret du 20 août 2019, très attendu des acteurs dans le cadre de l'ouverture à la concurrence, identifie les catégories d'informations exigibles par l'autorité organisatrice et celles devant être communiquées aux candidats dans le cadre des procédures d'appels d'offres. Il répond notamment à deux demandes fortes des régions : d'une part, il leur appartient de préciser à SNCF Mobilités le niveau de détail souhaité dans les informations ; d'autre part, elles disposeront des plans de maintenance du matériel roulant garantissant la continuité de l'exploitation en toute sécurité. La mise en œuvre du décret nécessitera que SNCF Mobilités se mette en mesure de fournir les informations demandées, en qualité et dans les temps impartis » (page 83 du rapport).

« L'ouverture prochaine à la concurrence constitue une opportunité de rééquilibrer les relations, notamment en améliorant la transmission des informations que SNCF Mobilités doit fournir aux autorités organisatrices en application du décret du 20 août 2019 » (page 93 du rapport)

« **Les exemples étrangers montrent que la réussite du transport régional dépend** de la conjonction de quatre facteurs : la régionalisation, une part suffisante du coût assumée par les clients, un bon état du réseau et **une ouverture à la concurrence** [...] »

L'ouverture à la concurrence, enfin, fût-elle progressive, doit maintenant devenir effective pour confirmer son rôle de levier d'amélioration de la performance du transport express régional » (synthèse du rapport).

2. Définition des informations à transmettre

2.1. Informations nécessaires ou simplement utiles à la préparation des offres

En l'absence de texte légal ou réglementaire et sous réserve de stipulations contractuelles qui préciseraient les informations à transmettre par l'exploitant dit « sortant », usuellement, il revient aux praticiens de définir ces informations sous le contrôle du juge administratif en cas de contentieux.

À cet égard, l'utilisation d'un *sourcing* formalisé peut constituer un outil efficace pour une définition précise et opérationnelle du périmètre de ces informations en l'absence de retour d'expérience particulier dans un secteur qui s'ouvre récemment à la concurrence.

Plus en aval de la procédure de mise en concurrence, la mise en place de la procédure de dialogue prévue dans l'article L. 2121-16 du Code des transports peut aussi permettre d'affiner les informations à transmettre aux soumissionnaires.

Dans le domaine des transports publics routiers, dans son avis n° 20-A-08 du 16 septembre 2020, l'Autorité de la concurrence considère que cette obligation porte sur toutes les informations « utiles » :

« 185. L'Autorité rappelle, que dans le cadre d'appels d'offres tels que ceux objet de la saisine, il appartient à l'autorité concédante d'assurer la transparence des informations utiles aux soumissionnaires afin de maintenir une compétition équitable.

186. Le principe de transparence recouvre :

- Un accès équitable aux données utiles, préalablement identifiées par l'autorité organisatrice ;
- La cohérence de ces données, qui peut parfois justifier une harmonisation préalable ;
- Une mise en œuvre en open data afin de favoriser leur disponibilité en temps réel.

187. Ces principes sont d'autant plus justifiés que les détenteurs de ces informations, potentiellement candidats aux appels d'offres, peuvent être, soit des opérateurs sortants, qui les détiennent à titre exclusif en raison de leur lien avec les moyens d'exploitation (données sur le parc de véhicules et sur les salariés transférables), soit des opérateurs affiliés aux deux groupes publics, qui peuvent de ce fait bénéficier d'un accès privilégié et quasi exclusif à des données relevant de l'exercice du monopole.

Ce mode de détention des informations utiles introduit un biais manifeste dans la concurrence en l'absence d'un dispositif à la main de l'autorité organisatrice permettant d'en assurer le partage avec des candidats tiers à ces données.

188. La notion de données utiles, si elle est soumise en l'espèce à l'appréciation de l'autorité déléguée, ne doit pas se limiter aux données nécessaires pour répondre aux appels d'offres de la manière la plus pertinente, mais devrait s'étendre aux données qui permettent à tout opérateur non sortant et non affilié à l'un des deux groupes publics de disposer d'informations lui permettant d'optimiser l'exploitation du service rendu à l'utilisateur, une fois le marché attribué ».

En transport public ferroviaire, l'article L. 2121-16 du Code des transports dispose que : « [L']autorité organisatrice de transport communie aux opérateurs économiques participant à la procédure de passation d'un contrat de service public les informations utiles pour préparer une offre dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, détermine les catégories d'informations concernées et les conditions dans lesquelles des informations couvertes par le secret des affaires peuvent, si cela est strictement nécessaire pour éviter des distorsions de concurrence, être communiquées, de façon à en protéger la confidentialité ».

L'obligation est ainsi relativement étendue car elle concerne les informations utiles pour préparer une offre, ce qui va au-delà des « informations strictement nécessaires pour éviter toute distorsion de la concurrence » (formule consacrée par l'article 11 du décret n° 2019-851 du 20 août 2019, qui semble renvoyer à un spectre plus limité d'informations mais dont le périmètre est délicat à apprécier).

Dans sa décision n° 2021-032, l'ART indique ainsi que « sont exigibles toutes les informations relatives à l'organisation ou à l'exécution des services concernés et des missions objet du contrat de service public, et non les seules informations nécessaires à la mise en concurrence des contrats de service public ».

Un décret n° 2019-851 du 20 août 2019 (décret dit « données » ci-après) précise par catégorie les informations ainsi « utiles » de même que la procédure et les délais dans lesquels ces informations doivent être transmises à l'Autorité organisatrice.

La décision précitée n° 2021-032 indique que « si les annexes du décret établissent,

conformément au dernier alinéa de l'article L. 2121-19, "une liste" de catégories d'informations devant être regardées, de manière irréfutable, comme remplissant les conditions mentionnées au premier alinéa du même article, cette liste ne résume pas l'ensemble des informations susceptibles de devoir être communiquées à l'AOT qui en fait la demande. Par suite, dans l'hypothèse où l'information demandée ne figurerait pas dans les annexes du décret, il ne saurait être exclu *a priori* qu'elle relève de l'organisation, de l'exécution du service public ou des missions faisant l'objet du contrat de service public au sens de l'article L. 2121-19 et qu'elle doit, en conséquence, être communiquée. Dans cette hypothèse, il appartient à l'AOT qui en sollicite la communication de justifier sa demande en indiquant clairement les raisons pour lesquelles elle estime que l'information dont elle sollicite la transmission relève du champ d'application de l'article L. 2121-19 ».

D'autres informations que celles listées dans le décret n° 2021-032 peuvent alors être demandées sous réserve qu'elles soient relatives à l'organisation ou à l'exécution du service et aux missions faisant l'objet du contrat de service public.

Dans ses décisions n° 2021-032 et n° 2020-044, l'ART considère, par exemple, que peuvent être exigés :

- concernant le matériel roulant : les plans de définition par sous-système, les manuels de maintenance en plus du plan de maintenance actualisé, plans de maintenance effectivement appliqués par l'opérateur historique, les manuels de conduite ;
- concernant des données financières et quantitatives : la liste des accidents et dommages subis, les coûts de location à SNCF Gares et Connexions, et dépenses d'exploitation ;
- concernant les ressources humaines : pour chaque salarié, le taux d'affectation à chaque lot (inférieur ou égal à 50 %) à la date de publication de l'avis de préinformation, le taux annuel de départ du personnel affecté à 50 % ou plus à chaque lot, ventilé par catégorie d'emplois, par établissement, unités de production et unités opérationnelles et par intitulé de poste.

Dans une autre décision n° 2020-044 du 30 juillet 2020, le régulateur a indiqué, qu'au même titre, devaient notamment être communiquées :

- des données financières prévisionnelles pour l'exercice 2020. Les dispositions législatives et réglementaires dans une perspective pluriannuelle afin d'anticiper les besoins du service dans la durée et définir des critères d'attribution sur la base d'informations les plus pertinentes possibles ;

- les modalités de recours à la sous-traitance (et coûts associés) qui peut contribuer à accroître l'efficacité des transports publics de voyageurs et rend possible la participation d'autres entreprises que l'opérateur auquel a été attribué le contrat de service public. En outre, la communication des informations relatives aux missions sous-traitées et à leur coût permet à l'AOT, de s'assurer que les compensations qu'elle accorde sont calculées de manière à éviter toute surcompensation ;
- une présentation exhaustive des droits de propriété intellectuelle relatifs aux logiciels et aux équipements associés aux systèmes d'information développés pour l'exploitation du service ;
- les consommations théoriques, telles que définies par le constructeur, des séries et sous-séries de matériel roulant électrique, thermique et bimode ;
- l'état et le coût d'entretien des biens meubles, immeubles et immatériels utilisés pour l'exécution de la convention TER. Les informations sur l'état des biens sont à communiquer bien par bien, celles sur le coût d'entretien des matériels pour chaque matériel ou, à défaut de disposer d'un coût unitaire, par type de matériel.

2.2. Focus sur les informations relatives au personnel

Lorsque le nouveau titulaire d'un contrat de la commande publique est tenu de reprendre le personnel du précédent prestataire de la collectivité publique, il pèse sur la collectivité une obligation d'information préalable des candidats sur l'étendue de la reprise du personnel du précédent titulaire qui, si elle n'est pas délivrée, est de nature à léser les candidats et à leur permettre d'obtenir l'annulation de la procédure d'attribution du marché par le juge du référé précontractuel⁽¹¹⁾.

En l'état de la jurisprudence, cette obligation d'information des candidats mise à la charge des pouvoirs adjudicateurs concerne le cas dans lequel les charges de personnel représentent un poids significatif dans les coûts de l'activité confiée⁽¹²⁾.

La collectivité qui ne satisfait pas à cette obligation d'information méconnaît le principe d'égalité des candidats compte tenu de l'asymétrie d'informations en résultant par rapport à l'opé-

rateur sortant, tous les candidats n'étant alors pas mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante⁽¹³⁾.

Au stade de la passation d'un contrat de la commande publique, et en l'état de la jurisprudence du Conseil d'État, l'obligation d'information porte principalement sur l'étendue de la masse salariale du personnel à reprendre. Certains tribunaux administratifs se sont toutefois montrés plus exigeants, notamment le tribunal administratif de Paris en jugeant que l'information à communiquer aux candidats devait également porter sur le nombre des salariés de l'entreprise titulaire du marché en cours d'exécution, la nature des contrats à reprendre, les avantages dont disposent les salariés, leur expérience, leur ancienneté et leur qualification⁽¹⁴⁾.

Dans sa décision n° 2021/232 du 17 juin 2021, l'ART rappelle que : « La communication de données relatives aux ressources humaines poursuit un triple objectif. Il s'agit non seulement de permettre aux autorités organisatrices de transport d'appréhender l'organisation du service qu'elles souhaitent mettre en concurrence (a) mais également de leur permettre d'exercer un contrôle sur le nombre d'emplois en "équivalents temps plein" (ci-après "ETP") affectés à l'exécution des services qui devront être transférés au nouvel exploitant (b). En outre, les candidats à la procédure d'appel d'offres devront, afin de pouvoir définir une offre pertinente, disposer d'informations suffisantes sur la masse salariale (c) ».

Pour l'attribution d'un contrat de service public portant sur l'exploitation d'un service régional de transport ferroviaire, il faut avant tout transmettre aux opérateurs « [l]e nombre de salariés dont le contrat de travail se poursuit auprès du nouvel employeur ».

L'article L. 2121-20 du Code des transports pose le principe du transfert des contrats de travail des salariés affectés aux services transférés.

Il prévoit en effet : « Lorsque survient un changement d'attributaire d'un contrat de service

11 CE 11 avril 2012, CCI Bastia et Haute Corse, n° 355183.

12 Voir en ce sens : CE 6 juin 1997, SA Société industrielle de nettoyage, n° 129437.

13 Voir CE 13 mars 1998, SA Transports Galiero, n° 165238.

14 Voir TA Paris, 29 juin 2009, Société Perfect Nettoyage SA, n° 0909822.

public portant sur un service ou une partie de service de transport ferroviaire de voyageurs ou sur des activités participant à sa réalisation, les contrats de travail en cours depuis au moins six mois à la date de notification de l'attribution du contrat de service public, des salariés concourant à l'exploitation et à la continuité du service public concerné sont transférés au nouvel employeur, dans les conditions définies aux articles L. 2121-21 à L. 2121-24. Le cas échéant, il en est de même des contrats de travail des salariés du cédant défini à l'article L. 2121-21 assurant des activités de gestion ou d'exploitation des gares de voyageurs à l'occasion de leur intégration dans le périmètre des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs ».

La méthode de détermination de ce nombre est décrite par une décision de l'ART (décision n° 2020- 019) reprise par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 mai 2021 (n° 20/05166) dont nous reprenons ainsi les termes.

Le nombre d'emplois transférés est calculé à partir de l'équivalent en emplois à temps plein travaillé en vertu de l'article 2 du décret n° 2018-1242 du 26 décembre 2018 qui fixe la méthodologie applicable pour déterminer ce nombre d'emplois.

En ce qui concerne la procédure de détermination du nombre d'ETP devant être transférés, l'article L. 2121-22 du Code des transports dispose : « Le nombre de salariés dont le contrat de travail se poursuit auprès du nouvel employeur est fixé d'un commun accord par le cédant et l'autorité organisatrice dans un délai de neuf mois courant à compter de la publication des informations prévues au paragraphe 2 de l'article 7 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CE) n° 1191/69 et n° 1107/70 du Conseil. [...] Ce nombre est arrêté sur la base des éléments transmis par le cédant dans un délai de six mois courant à compter du point de départ du délai mentionné au présent alinéa et selon les conditions prévues à l'article L. 2121-19 ».

Il résulte de ces dispositions que la fixation du nombre d'ETP à transférer est, dans un premier temps, proposée par SNCF Voyageurs (dans la mesure où ce nombre est arrêté sur la base des « éléments » transmis par celui-ci) en considération de l'organisation existante à

la date de la publication de l'avis de pré-information¹⁵.

Dans un deuxième temps, ce nombre, soumis à la région, doit faire l'objet de l'accord de celle-ci.

Ainsi que l'a relevé l'ART et comme la région Provence-Alpes-Côte d'Azur l'avait soutenu dans le cadre du différend tranché par la décision n° 2020- 019, les travaux préparatoires de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire montrent que cette rédaction visait à « favoriser le dialogue entre les deux parties » et à conserver « la possibilité pour les autorités organisatrices de conduire des audits, pour s'assurer que le nombre proposé par l'opérateur sortant correspond aux besoins du service ».

La méthode nécessite de disposer d'informations de la part de l'exploitant pour déterminer en conséquence le nombre de salariés transférables.

Dans son arrêt du 6 mai 2021 n° 20.05166, la cour d'appel de Paris a validé la solution consistant pour une région, faute de disposer des données chiffrées de production totale pour chaque catégorie d'emplois et des temps de travail effectifs des agents correspondant, à déterminer, avec l'aide d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, le nombre d'ETP à transférer sur la base de projections relatives aux besoins des services devant être transférés (sous réserve de ne pas prendre en considération une trajectoire d'évolution du personnel postérieure à la publication de l'avis de pré-information, ce qui n'est pas prévu par les textes).

Et il revient à l'opérateur historique de mettre en place une organisation des ressources humaines qui lui permette de proposer un calcul compatible avec les dispositions du décret précité (cf. sur ce point l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris).

Ce dernier ne peut ainsi proposer une méthode qui part d'un temps d'affectation moyen théorique de l'ensemble des salariés car le décret impose de mesurer les temps effectivement passés par les salariés aux seuls trains du périmètre géographique défini par la région, ce qui implique

15 Prendre la date de publication de l'avis de pré-information comme référence pour le calcul du nombre de salariés transférable, interroge au moins d'un point de vue opérationnel. Elle interdit de fixer un nombre prenant en compte des éléments postérieurs susceptibles de modifier cette évaluation préalable et correspondant mieux aux besoins du service au moment de l'attribution du nouveau contrat.

d'avoir préalablement isolé le temps d'affectation de chacun des salariés au service transféré.

Il convient toutefois de tenir compte de la méthode et du calendrier définis par les textes, qui imposent que la désignation du personnel devant être transféré intervienne une fois déterminé le nombre d'ETP à transférer en application du décret n° 2018-1242 précité.

Ainsi, l'article 5 du décret n° 2019-696 du 2 juillet 2019 relatif à l'information, l'accompagnement et le transfert des salariés en cas de changement d'attributaire d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs dispose : « La liste des salariés, dont la candidature au titre de l'appel à volontariat a été acceptée et, le cas échéant, des salariés désignés, est établie par catégorie d'emplois au plus tard douze mois avant la date de changement effectif d'attributaire ».

Il s'ensuit qu'avant l'issue du processus de désignation des salariés affectés au service transféré, seul le nombre d'ETP transférables est connu, de sorte qu'il n'est matériellement pas possible d'établir avec précision le coût de la masse salariale afférente. Seule une donnée approchante, calculée sur la base des agents affectés au service à transférer à la date de publication de l'avis de pré-information, pourrait être établie. Néanmoins, la communication de données pour l'ensemble du personnel actuellement affecté au service aboutirait à des résultats dépourvus de caractère opérationnel, dans la mesure où elles prendraient en considération des agents avec un taux d'affectation au service très variable¹⁶.

La communication par l'opérateur historique des informations relatives aux ressources humaines à la maille du service transféré et pour les effectifs affectés à 50 % ou plus au service transféré, peut constituer une donnée approchante pertinente même si elle ne peut donner une vision exacte des coûts afférents au personnel qui sera effectivement transféré tant que la liste des salariés prévue à l'article 5 du décret n° 2019-696 ne sera pas établie.

La répartition des agents intervenant sur le service selon qu'ils sont affectés à chaque lot à 50 % ou plus ou à moins de 50 % constitue une donnée relative à l'organisation du service et doit à ce titre être communiquée sur le fondement de l'article L. 2121-19 du Code des transports, car elle permet à la région de disposer d'informations concernant la masse salariale qui sera

transférée, s'agissant notamment de l'âge, de l'ancienneté, du type de contrat, collège et de l'intitulé de poste des agents concernés.

Concrètement, cette communication peut prendre la forme d'un tableur Excel consistant en une liste anonymisée de l'ensemble des agents intervenant sur le périmètre du service concerné. Pour chaque agent sont indiqués la catégorie dont il relève au sens du décret n° 2018-1242, son âge, son ancienneté, le collège (exécution, maîtrise ou cadre) et l'unité opérationnelle dont il relève, son type de contrat (CDD, CDI, etc.) et l'effectif disponible qu'il représente.

Les candidats doivent avoir conscience des limites attachées à la qualité de cette information, dans la mesure où le pourcentage d'affectation doit, conformément à l'article L. 2121-24 du Code des transports précité et de l'article 4 du décret n° 2019-696, être apprécié sur les douze derniers mois précédant la notification du changement d'attributaire.

Pour parfaitement comprendre l'intérêt d'une information sur le taux d'affectation des salariés, il faut rappeler à cet égard les modalités du processus de désignation des salariés prévues par le décret n° 2019-696 précité.

En effet, celui-ci fixe comme premier critère le taux d'affectation des salariés au service transféré en établissant une distinction entre ceux affectés à 50 % ou plus au service et ceux affectés à moins de 50 % au service, les autres critères (ancienneté dans le poste, éloignement du domicile par rapport au lieu principal d'affectation, charges de famille ou handicap) n'influent que de façon plus marginale sur la désignation des salariés devant être transférés. Ainsi, les salariés affectés à 50 % ou plus au service ont une plus forte probabilité d'être désignés pour être transférés au nouvel exploitant.

La connaissance du taux d'affectation des salariés est également intéressante pour les candidats pour pouvoir anticiper les coûts relatifs à la rupture des contrats de travail de ces salariés qui refuseraient leur transfert, conformément au III l'article L. 2121-24 du Code des transports.

3. Modalités de récupération et de transmission

3.1. Sujet de la disponibilité des informations

Le décret n° 2019-851 du 20 août 2019 définit la notion d'« information disponible », qui

16 Cf. décision de l'ART n° 2021-032 du 17 juin 2021.

s'entend « comme une information existante ou comme une information nécessitant des opérations limitées de traitement et de mise en forme de données existantes ».

En d'autres termes, l'information disponible est celle qui ne nécessite que très peu de traitement par l'entreprise qui détient ladite information.

Dans le cas contraire – c'est-à-dire lorsque l'information nécessite, pour être créée, des opérations de traitement plus lourdes – le fournisseur de données (dans notre cas l'opérateur historique) doit en informer la région.

Il peut être soutenu que les informations visées en annexe au décret n° 2019-851 du 20 août 2019 doivent en principe être considérées comme des « informations disponibles », c'est-à-dire ne nécessitant pas ou peu de traitement¹⁷.

Au-delà, il ne ressort pas des textes qu'il appartiendrait à l'opérateur historique de décider unilatéralement si une information nécessite un traitement pour être communiquée. Toute autre interprétation conduirait à mettre en situation l'opérateur historique de ne pas transmettre, ou dans des délais longs, certaines informations pourtant indispensables pour la région.

Par ailleurs, tout motif selon lequel l'information ne serait pas « disponible » ne signifie pas que la donnée n'existerait pas. Si elle n'a pas encore donné lieu à un travail de compilation et de traitement par l'opérateur historique, cette circonstance ne saurait *a priori* le dispenser de son obligation de transmission.

Il ressort d'un avis n° 2019-037 de l'ART que ces données devraient avant tout être transmises de manière brute afin d'éviter tout biais dans l'analyse de celles-ci. Ainsi, s'il doit y avoir le constat que certaines données ne sont utiles qu'après retraitement, il doit être partagé entre la région et l'opérateur historique.

Concrètement, la région pourrait demander à l'opérateur historique de transmettre dans le délai d'un mois imparti des informations brutes et préciser à l'avance les modalités de retraitement qui lui paraissent utiles pour que les données soient exploitables et intelligibles.

De surcroît, s'agissant des informations indisponibles, l'ART précise dans son avis susmentionné que ces dernières doivent être

appréciées de manière restrictive et objective : « En cohérence avec les recommandations formulées aux points 76 et suivants ci-dessus, l'Autorité recommande qu'une contrepartie financière ne puisse s'appliquer qu'à des cas de demandes d'informations non disponibles, cette catégorie devant être définie de façon restrictive et objective ».

On peut logiquement en déduire que cette notion d'indisponibilité doit être regardée restrictivement comme toute exception à un principe. En effet, la ligne directrice de la jurisprudence en la matière est qu'une exception s'apprécie strictement au regard d'éléments objectifs et extérieurs à la partie qui l'invoque¹⁸.

Ainsi, la caractérisation d'une situation d'exception est toujours appréciée de manière objective et extérieure, sans considération interne et/ou particulière des personnes concernées.

Il en va du respect de l'adage selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » qui se rattache à un principe de loyauté dans les relations contractuelles¹⁹.

Par analogie, c'est dans le même sens que devrait être appréciée la notion d'information indisponible, en tant qu'exception au principe de l'information disponible.

Il en résulte que seule une raison absolument objective et extérieure à l'opérateur historique pourrait normalement justifier l'indisponibilité d'une information.

18 Sur l'urgence qui permet de déroger à des conditions de délais ou de procédure : CE 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 228815, A ; CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, Société Sud-Est Assainissement, n° 229562, n° 229563 et n° 229721, A. ; CE 13 septembre 2001, Fédération CFDT des syndicats de banques et Sociétés financières, n° 23777, A ; CE 13 novembre 2002, Association Alliance pour les droits de la vie, n° 248310 ; CE 28 mai 2004, Commune de Mittersheim, n° 259983, A ; sur la théorie des sujétions imprévues qui permettent de déroger aux règles sur les avenants ou l'intangibilité des prix en matière de marchés publics : CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445.

19 Cass. 26 avril 2017, n° 16-10.500 ; CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, *Lebon* 2009, p. 509.

17 Voir en ce sens l'avis n° 2019-037 du 13 juin 2019 de l'ARAFER sur le décret « données ».

3.2. Qualité des informations transmises par l'opérateur historique

La forme est aussi importante que le fond.

Il est préconisé de réduire autant que possible le temps d'appropriation des données par les concurrents en facilitant leur lecture et leur compréhension par une mise en forme adaptée.

Tout le temps consacré à l'analyse des données correspond à du temps en moins pour l'élaboration même de l'offre, ce qui n'est dans l'intérêt ni des opérateurs ni de l'acheteur public. En ce sens, l'article 3 du décret n° 2019-851 mentionne que :

« VI. – Les informations sont transmises à l'autorité organisatrice de transport par voie électronique, sauf impossibilité technique dûment justifiée.

Les informations constituées sous la forme de bases de données sont transmises **dans un format réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé**.

VII. – La transmission des informations demandées est accompagnée de la documentation permettant d'assurer leur intelligibilité, leur interprétation et leur exploitation, ainsi que, le cas échéant, de la mention des traitements opérés pour produire l'information ».

Cette obligation concerne les informations constituées sous la forme de bases de données.

L'obligation de fournir des données informatiques, en format réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, nous paraît difficilement compatible avec la remise de données par exemple sous format .pdf – scanné. Il pourrait être utilement soutenu qu'un tel format n'est pas réellement « informatique » et à tout le moins n'est pas exploitable par un système de traitement automatisé notamment pour des mises à jour.

Dans sa décision n° 2021-032, l'ART a souligné que la compréhension et l'utilisation de fichiers transmis par l'opérateur historique pouvaient être particulièrement complexe lorsque :

- l'arborescence des documents ne procède à aucun classement des documents ;
- les documents sont classés chacun dans un répertoire spécifique sans que la dénomination de ce répertoire ne soit reprise dans une autre liste d'informations ;
- la liste d'informations ne permet pas d'identifier les éléments auxquels elles correspondent ;
- les fichiers sont illisibles.

Globalement, l'ART insiste sur la précision des informations qui ne doivent pas, dans la mesure du possible, se borner à fournir des éléments trop larges ou trop peu spécifiques.

Il est intéressant de noter que dans une autre décision n° 2020-044 du 30 juillet 2020, l'ART indique que la région doit :

- pouvoir comparer les données contractuelles historiques et les données actuelles, afin de pouvoir mener des analyses sur l'évolution et la pertinence de celles-ci ;
- pouvoir comprendre l'allocation des charges et des produits à chacun des postes.

En somme, les informations doivent être fiables, exhaustives et suffisamment précises pour pouvoir en comprendre la portée (cf. avis de l'autorité de la concurrence n° 20-A-08 du 16 septembre 2020).

En cas de doute sur l'exactitude des informations transmises, il est loisible à la personne publique « soit d'émettre une réserve lors de la communication desdites informations en précisant aux candidats qu'il ne pouvait pas certifier leur véracité » « soit de vérifier ces informations en demandant » à l'opérateur sortant « de lui transmettre, à lui seul et dans le respect du secret des affaires, les documents de nature à dissiper ses doutes » (TA Paris, ord., 7 juin 2010, Korrigan c/Ville de Paris, n° 1008939/6-2).

Il est également possible de demander au titulaire sortant d'attester sur l'honneur du caractère complet, exploitable, et exact des informations transmises, lesquelles devront figurer dans le DCE (cf. décision n° 2021-032 de l'ART).

3.3. Sur les modalités pratiques de récupération et de communication des données

Il appartient à la région de formuler ses demandes d'informations auprès de l'opérateur historique. La demande doit préciser la nature de l'information, sa maille géographique, son niveau de détail, son ancienneté^[20].

Il est également préférable d'inviter l'opérateur à préciser si et dans quelle mesure l'information est couverte par un secret protégé par la loi afin d'apprécier si l'information sera couverte ou non par le plan de gestion des informations confidentielles.

²⁰ Cf. décret n° 2019-851.

Le décret n° 2009-851 précise que la région ne peut demander d'information antérieure aux trois années précédant la demande ou, si cette période est plus ancienne, à la date du début d'exécution du contrat de service public en cours pour les informations demandées aux entreprises fournissant des services publics de transport ferroviaire de voyageurs.

Il faut souligner que la demande ne doit pas imposer à l'opérateur historique une charge de travail manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, ce qui relève d'une appréciation relativement subjective^[21].

Pour recevoir ces informations, la région doit préalablement mettre en place un plan de gestion des informations confidentielles conformément aux dispositions de l'article L. 2121-19 du Code des transports.

En pratique, ce plan peut notamment prévoir la création d'une *data room* permettant d'accuser réception électroniquement des éléments adressés par un détenteur de données (par exemple l'opérateur historique).

Cette *data room* permettra aussi de mettre à disposition des soumissionnaires des informations sensibles, éventuellement cryptées, après remise d'un accord de confidentialité. Il peut être exigé que cet accord soit signé non seulement par chaque entreprise qui souhaite candidater mais également individuellement par les salariés ou conseils désignés par les soumissionnaires pour prendre connaissance de ces informations.

3.4. Limite relative aux secrets des affaires

Si le secret des affaires n'est pas opposable à la région pour refuser la communication d'une information, l'obligation d'information des candidats connaît en principe, sur ce point, une limite essentielle dans la mesure où la personne publique ne saurait divulguer à des tiers « les documents dont la communication porterait atteinte [...] au secret en matière commerciale et industrielle ».

Le Conseil d'État en a déduit que la personne publique ne pouvait « communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des

entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles »^[22].

Et l'alinéa 1^{er} de l'article L. 3122-3 du Code de la commande publique dispose à cet égard que « [l']autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres ».

L'indication par un opérateur sortant selon laquelle des données seraient couvertes par le secret des affaires ne lie toutefois pas la région.

En effet, le secret des affaires ne se présume pas^[23].

La notion de secret des affaires est dotée d'une définition légale insérée à l'article L. 151-1 du Code de commerce. Celle-ci comporte trois critères intimement liés : un secret d'affaires est une information non aisément accessible, à laquelle ce caractère secret confère une valeur commerciale « effective ou potentielle » et fait l'objet de « mesures de protection raisonnables » de la part de son « détenteur légitime » :

« 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 ».

Cette définition légale doit être appréhendée de façon objective afin d'éviter toute dérive consistant au cas présent pour l'opérateur

22 CE 20 octobre 2006, Syndicat des eaux Charente-Maritime n° 278601 ; TA Bastia, 19 mars 2019, n° 1900289.

23 P. Bonnacarrère, Rapp. d'information n° 406 (2017-2018) fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 6 avril 2018.

21 Cf. par exemple décision n° 2021-032 de l'ART.

historique à qualifier artificiellement une donnée de couverte par le secret des affaires afin d'empêcher ou de limiter la communication d'informations pour priver d'effet utile l'ouverture à la concurrence.

Il ne faut pas se placer du point de vue de l'opérateur historique nécessairement subjectif pour apprécier si une information est couverte par le secret des affaires. Seules sont susceptibles d'être concernées les informations susceptibles « [d'affecter] la concurrence entre les opérateurs » si l'on se réfère à la jurisprudence administrative sur le sujet^[24].

Sur la valeur commerciale des informations, le considérant 14 directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 dont sont issues les dispositions précitées du Code de commerce, mentionne que : « ces savoir-faire ou informations devraient être considérés comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques ou financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle ».

Aussi, il ressort des débats parlementaires sur l'adoption de l'article L. 151-1 du Code de commerce que le législateur a entendu limiter ce secret aux informations qui permettent à l'entreprise d'être plus compétitive que ses concurrentes^[25].

Au-delà, le secret des affaires doit être apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public est soumise à concurrence^[26].

Concernant les informations relatives au personnel, il a été alors jugé que l'opérateur sortant ne peut s'opposer à la communication des informations en invoquant le secret des affaires si cette communication est nécessaire pour assurer l'égalité de traitement entre les candidats. Le Conseil d'État a en effet jugé

à cet égard que le secret des affaires doit se concilier avec l'obligation d'assurer l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public^[27], ce qui vaut plus largement pour l'attribution de tout contrat de la commande publique.

Une mention « confidentielle » apposée par l'opérateur historique sur un document ne s'oppose donc pas nécessairement à leur communication aux opérateurs concurrents, soit parce qu'en réalité l'information n'est pas couverte par le secret des affaires, soit parce qu'elle est en tout état de cause strictement nécessaire aux opérateurs pour élaborer leurs offres.

En effet, le 2^e alinéa de l'article L. 3122-3 précité prévoit que : « [t]outefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées ».

Le champ d'application de cette disposition reste cependant flou :

– S'applique-t-elle uniquement à des informations contenues dans l'offre d'un candidat en cours de procédure ou peut-elle s'appliquer également aux données fournies par l'opérateur sortant avant la communication du dossier de consultation en dehors de la remise d'une offre ?

– Quelle est la portée de la « demande » de l'Autorité concédante ? L'opérateur peut-il refuser de donner son accord à la divulgation ?

Le peu de doctrine sur le sujet considère qu'il appartient à l'autorité concédante de demander son accord à l'opérateur économique avant de communiquer aux autres concurrents des informations qui pourraient bénéficier de la protection du secret des affaires^[28].

Mais on voit bien que solliciter un tel accord peut relever de la gageure.

L'article 11 du décret n° 2019-851 du 20 août 2019 peut être toutefois interprété comme permettant de passer outre un défaut d'accord. Il prévoit la possibilité de communiquer des informations confidentielles à condition qu'elles soient strictement nécessaires pour

24 CE 30 mars 2016, n° 375529, Centre hospitalier de Perpignan, JurisData n° 2016-005835 ; *JCP A* 2016, act. 310, obs. F. Linditch.

25 C. Hennion, avis fait au nom de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, p. 24.

26 Code des relations entre le public et l'administration, art. L. 311-6.

27 CE 19 janvier 2011, Société T.E.P., n° 340773.

28 Florian Linditch, *Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 38-39, 24 septembre 2018, 2249.

éviter une distorsion de concurrence et que soit mise en place une procédure de communication sécurisée des informations.

L'ART a précisé néanmoins qu'il appartenait à l'acheteur public, sous le contrôle du juge pénal, de déterminer si des informations sont couvertes par le secret des affaires et si elles doivent être communiquées pour éviter une distorsion de concurrence^[29].

Et le juge administratif a considéré que la seule circonstance que la divulgation d'une information confidentielle ne soit pas imputable à la personne publique responsable de la procédure ne la dispense pas de cette obligation^[30].

La gestion de ces informations doit donc être rigoureuse, étant souligné que la divulgation d'informations confidentielle non justifiée peut conduire :

(i) À l'annulation de la procédure de passation par le juge administratif^[31] ;

(ii) À des recours indemnitaires de la part des opérateurs ayant subi un préjudice du fait de l'illégalité (pour indemnisation des frais d'offres voire du manque à gagner s'ils démontrent la perte d'une chance sérieuse d'obtenir le contrat) ;

(iii) À l'engagement de la responsabilité civile d'un élu ou d'un agent responsable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil qui dispose que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », pour tout préjudice certain, direct et réel subi par la Collectivité du fait de l'annulation de la procédure ;

(iv) À des poursuites sur le fondement des articles 226-13 et 432-14 du Code pénal. La Cour de cassation estime qu'il n'est pas nécessaire que la personne mise en cause à ce titre ait cherché à avantager de manière injustifiée le bénéficiaire d'un contrat, mais simplement que l'attribution soit réalisée « en connaissance de cause »^[32].

4. Comment anticiper et gérer les éventuelles difficultés dans la récupération des données

Tout d'abord, il peut être opportun « d'avenanter » les contrats en cours avec l'opérateur historique, pour inclure des clauses précisant et complétant les modalités d'application du décret dit « données ». Un « protocole de fin de contrat » peut avoir le même objet.

Ensuite, la gestion d'un projet tel que l'ouverture à la concurrence d'un service de transport ferroviaire de personnes nécessite d'élaborer et de mettre à jour un rétroplanning précis de la procédure. Ce calendrier doit notamment intégrer les délais nécessaires :

- de formalisation des demandes de communication d'information ;
- de réception des informations de l'opérateur historique ;
- d'analyse des réponses de l'opérateur historique et d'échanges avec ce dernier ;
- de saisine de l'ART d'un éventuel différend (cf. *infra*) ;
- d'instruction de l'ART du différend^[33].

Un classement détaillé et chronologique des discussions avec l'opérateur historique est recommandé pour le bon suivi de cette étape de la procédure et le cas échéant acter d'un « différend » dont peut être saisi le régulateur (cf. *infra*).

Ces délais doivent être pris en compte pour définir la date à laquelle un dossier de consultation peut être remis à des soumissionnaires. En effet, sans ces informations, il est particulièrement délicat d'adresser un dossier de consultation sur la base duquel les opérateurs pourront préparer utilement une offre répondant aux attentes de la région.

Enfin, en cas de litige sur la transmission de données, la région peut saisir l'autorité de régulation des transports, en application de l'article 1263-2-II du Code des transports.

Pour rendre parfaitement efficace ce dispositif de règlement des différends sur la transmission de données, le pouvoir de sanction du régulateur, prévu à l'article L. 1264-7 du Code des transports, a également été élargi de sorte que désormais « sont sanctionnés : [...] 8° Les manquements aux obligations de transmission d'informations aux autorités organisa-

29 Décision n° 2021-032.

30 CE 24 juin 2019, n° 429407.

31 CE 14 décembre 2009, LDE, n° 328157, CAA Paris, 20 mars 2012, CNAVTS, n° 11PA02323.

32 Cass. crim., 5 décembre 2012, n° 11-88245.

33 Précisés dans le code des transports

trices prévues à l'article L. 2121-19 du présent code ».

L'article L. 1264-9 du Code des transports précise les sanctions possibles en fonction de la gravité du manquement^[34].

On remarque que ces dispositions reprennent les propositions formulées par l'ART dans son document de contributions sur les conditions d'une ouverture à la concurrence efficace des services conventionnés (mars 2018). L'ART y indique en effet que : « [L]e règlement de différend est un outil pertinent dès lors qu'il permet au régulateur de prendre en urgence des mesures conservatoires. Le règlement de différend pourrait être complété de la possibilité pour le régulateur d'appliquer une sanction administrative à l'opérateur, sur le fondement de l'article L. 1264-7 du code des transports, comme il est habilité à le faire en cas de manquement des opérateurs ferroviaires aux obligations de communication d'informations prévues en application des articles L. 1264-2 et L. 2132-7 de ce code. Le recours à cette procédure de sanction présente l'avantage de permettre au régulateur d'harmoniser à l'échelle nationale les règles de communication des documents ».

Compte tenu de la possible résistance de l'opérateur historique à répondre précisément aux demandes d'une région, cette dernière serait certainement bien avisée de formuler au plus tôt ses exigences afin de pouvoir saisir l'ART sans retarder la procédure de publicité et de mise en concurrence.

Conclusions

La récupération des informations utiles à la préparation d'une offre est un des éléments structurants de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire régional (avec principalement la maîtrise des infrastructures essentielles que sont les ateliers de maintenance, la gestion du matériel roulant, la définition des modalités de rémunération du transporteur, la gestion du transfert de personnel, les modalités de gestion des gares). Une mauvaise appréhension de l'enjeu est susceptible de retarder et de fragiliser la procédure.

34 Sanction pécuniaire, interdiction temporaire d'accès à tout ou partie du réseau ferroviaire pour une durée n'excédant pas un an, etc.

La mise en place d'un comité de transition avec l'opérateur historique peut constituer un outil efficace pour travailler en bonne intelligence sur le sujet.

Le gestionnaire de l'infrastructure, SNCF Réseau, qui est aussi un fournisseur important de données, ne doit pas être oublié dans le processus. Les relations avec ce dernier dans le cadre de l'ouverture à la concurrence est un sujet en soi qui mériterait une autre chronique à part entière.

Les liens entre ce gestionnaire et le transporteur historique, qui appartiennent au même groupe (SNCF) incitent à réfléchir à la mise en place de dispositifs particuliers dans le cadre de l'ouverture à la concurrence^[35].

Enfin et dans le prolongement, la région doit aussi anticiper les discussions à mener avec SNCF Gares & Connexions dans le cadre de l'article L. 2121-17-4 du Code des transports et de son très récent décret d'application n° 2021-966 du 20 juillet 2021 relatif à la gestion et à l'exploitation des gares de voyageurs principalement utilisées par des services publics de transport ferroviaire de voyageurs.

Ces textes prévoient que lorsqu'une autorité organisatrice envisage l'attribution d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs incluant des prestations fournies pour le compte du gestionnaire des gares, elle en informe par écrit le gestionnaire des gares et l'opérateur titulaire du contrat de service public en cours d'exécution, en précisant les gares et les prestations concernées.

Une convention conclue entre l'autorité organisatrice et le gestionnaire des gares précise notamment les modalités de réalisation de ces prestations et les mesures garantissant le caractère équitable, transparent et non discriminatoire de fourniture de ces prestations.

Cette convention pourra être aussi une information à transmettre aux soumissionnaires.

35 Convention de gestion des interfaces entre un atelier de maintenance du matériel roulant et le réseau ferré national, modalités de saisines de SNCF Réseau pour répondre aux questions de candidats dont les réponses ne se trouveraient pas dans les fichiers déjà transmis aux soumissionnaires par la région et qui nécessitent la sollicitation des connaissances de SNCF Réseau.