

N° 390760
Société Armor développement
et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 14 septembre 2016
Lecture du 28 septembre 2016

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Des sociétés candidates au renouvellement du marché des prestations d'habillement de la police dont l'offre n'a pas été retenue par l'avis d'attribution ont sollicité du ministre de l'intérieur, sur le fondement de la loi dite CADA alors en vigueur, un certain nombre de documents relatifs à ce marché. Elles entendaient s'en servir pour étayer les recours en contestation de validité et en annulation qu'elles avaient parallèlement introduits au sujet de ce marché. Malgré un avis favorable de la CADA, le ministre n'a procédé à la communication intégrale que de certaines de ces pièces, les autres étant soit communiquées après occultation, soit pas communiquées du tout. Insatisfaites, les sociétés ont saisi le tribunal administratif de Paris qui, dans un premier jugement du 6 novembre 2014, a vidé une partie du litige et ordonné, pour le surplus, une mesure d'instruction de type *Banque de France c/ H...*, c'est-à-dire tendant, comme l'y autorise la jurisprudence de Section du même nom (CE Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c/ H...*, n° 95310, p. 464), à obtenir de l'administration la communication au seul juge, hors contradictoire, des documents objets du litige, afin d'en apprécier la communicabilité. Par un second jugement du 2 avril 2015, le tribunal administratif a statué sur les conclusions demeurant en litige des sociétés : il a accueilli leurs conclusions tendant à la communication des offres des candidats non retenus ainsi que de la décomposition du prix global et forfaitaire du marché ; en revanche, il a rejeté le surplus tendant à la communication de documents du marché couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, d'un argumentaire qui aurait été adressé par la direction des ressources et des compétences de la police nationale (DRCPN) à la direction des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) ; et de l'avis rendu par la DLPAJ sur le projet de marché comportant une analyse de ses forces et faiblesses juridiques.

Le pourvoi en cassation, dirigé contre ce rejet du surplus, pose trois questions distinctes et relatives, respectivement, au **contrôle par le juge de l'existence matérielle d'un document**, à la notion de **documents dont la communication serait de nature à porter atteinte au déroulement d'une procédure juridictionnelle**, à l'**application** en matière de documents d'un marché de votre récente décision *Centre hospitalier de Perpignan* (CE, 30 mars 2016, n° 375529, à publier au Recueil).

En amont se pose un petit point de méthode tenant à ce que le tribunal administratif s'est prononcé dans cadre d'une mesure d'instruction *H... n° 95310*. Les parties soutiennent, à raison, que cette circonstance, d'une part, leur complique la vie en cassation, car elle les contraint à soulever certains moyens à l'aveugle, d'autre part, ne doit pas faire obstacle à ce

que vous exerciez votre contrôle de façon éclairée, au vu des pièces dont disposait hors contradictoire les juges du fond.

Le premier point est consubstantiel à la jurisprudence *H...* n° 95310 et doit seulement, pensons-nous, trouver sa contrepartie dans une certaine bienveillance dans l'interprétation des écritures. Le second, la requérante demande que vous le régliez en ordonnant vous-mêmes, en cassation, une mesure avant-dire droit identique à celle ordonnée par les premiers juges, vous permettant de statuer en toute connaissance de cause.

Ce que la requérante ignore, c'est que le tribunal administratif vous a spontanément transmis, par pli séparé et hors débat contradictoire, les pièces dont il avait été destinataire dans les mêmes conditions. Il nous semble qu'il s'agit de la bonne façon de faire : d'une part parce qu'il n'est en principe pas dans l'office du juge de cassation, qui doit statuer au vu des pièces soumises aux juges du fond, de procéder lui-même à des avant-dire droit, hors perspective d'un règlement au fond ; d'autre part parce que nous ne voyons que des avantages à privilégier un circuit-court, placé qui plus est sous la responsabilité des juges du fond eux-mêmes, plutôt que sous celle des parties dont on ne peut pas totalement exclure que, par malice ou confusion, elle ne vous transmette pas exactement la même chose qu'aux premiers juges. Nous vous proposons donc, pour écarter la demande d'avant-dire droit comme il vous est loisible de le faire, de préciser ce mode d'emploi à destination des juges du fond¹.

L'enjeu de la **première question** de fond est de savoir si le tribunal administratif a commis une erreur de droit en se fondant, pour estimer que l'argumentaire qui aurait dû être adressé par la DRCPN à la DLPAJ n'existait pas, sur les allégations de l'administration affirmant qu'il avait été remplacé par une réunion orale.

Le droit d'accès aux documents administratifs n'est pas conçu comme un droit à l'élaboration de documents. Aussi la loi dispose-t-elle en son article 2 que l'administration n'est tenue de communiquer que les documents qu'elle détient préalablement à la demande. De ce fait, vous jugez la communication légalement refusée lorsque l'existence du document n'est pas établie (CE, 27 avril 2001, *Z...*, n° 183391-188150, inédite). Symétriquement, vous annulez le refus de communication lorsque l'inexistence du document ne l'est pas (CE, 15 mai 1991, *Ministre du budget c/ Comité de défense des intérêts du quartier d'Orgemont*, n° 108280, p.). Il s'agit bien entendu d'une question de pur fait que vous laissez à l'appréciation souveraine des juges du fond (CE, 27 décembre 2007, *D...*, n° 306659 inédite).

Sur le plan de la méthode, il nous semble ressortir des rédactions en miroir des deux décisions précitées (l'une fondée sur le défaut d'établissement de l'existence par le demandeur, l'autre sur le défaut d'établissement de l'inexistence par l'administration) que, comme il est de tradition en excès de pouvoir, il n'existe pas véritablement de charge de la preuve. Le juge doit donc mettre en balance les éléments apportés au débat par les parties pour former sa conviction (CE, 26 novembre 2012, *Mme C...*, n° 354108, p.).

Les requérantes soutiennent que le juge n'a rien mis en balance, se contentant d'opposer aux éléments sérieux apportés par elles une simple allégation non étayée de l'administration. Mais ce n'est pas ce qu'a fait le tribunal administratif, qui a pris en compte,

¹ Nous ajoutons qu'à titre de bonne pratique, nous ne verrions pas d'un mauvais œil que les parties soient informées, au cours de l'instruction du pourvoi, de ce que cette communication vous a bien été faite, de sorte qu'elles partent sereinement du principe que vous n'exercez pas à l'aveugle votre contrôle de cassation.

d'abord, la circonstance invoquée par les requérantes qu'une circulaire du 6 janvier 2012 préconise avant signature d'un marché la rédaction par la direction sectorielle d'un argumentaire circonstancié, ensuite, les allégations en réponse de l'administration affirmant que l'argumentaire écrit avait été remplacé par des réunions orales sans procès verbal, et attestant de la méthode itérative retenue par la production d'échanges de courriels entre la DRCPN et la DLPAJ, pour estimer que ces dernières allégations étaient suffisamment plausibles en l'espèce pour déminer l'indice avancé par les requérantes sans être utilement critiquées par elles. **Il n'y a donc pas d'erreur de droit.**

La **deuxième question** est beaucoup plus délicate et l'équilibre global de la jurisprudence est plutôt, croyons-nous, dans le sens des requérantes. Nous vous proposerons toutefois de préciser cette jurisprudence dans le sens qu'a retenu le tribunal administratif, en raison de la nature très particulière du document sollicité.

Le moyen d'erreur de droit porte sur l'usage qu'a fait le tribunal administratif de la notion de communication d'un document de nature à porter atteinte aux procédures juridictionnelles en cours. Il l'a positivement appliquée à une note juridique de la DLPAJ, destinée à la DRCPN, analysant les forces et faiblesses juridiques du marché, dont la communication était sollicitée par les requérantes souhaitant s'en servir à l'appui de leurs recours contentieux contre le marché.

L'article 6 de la loi CADA, désormais codifié, liste limitativement les exceptions au droit d'accès de principe aux documents administratifs. Le f du 2° de son I exclut du droit d'accès les documents dont la communication porterait atteinte « Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ».

Comme il est de mise s'agissant d'une exception à un droit, votre jurisprudence a donné de cet *item* une interprétation restrictive. Vous avez commencé par juger que la circonstance qu'un document ait été communiqué à l'autorité judiciaire par l'une des parties à un procès ne suffit pas à établir que sa communication à des tiers porterait atteinte au déroulement de cette procédure (CE, 20 avril 2005, *Comité d'information et de défense des sociétaires de la mutuelle retraite de la fonction publique*, n° 265308). Vous avez jugé ensuite que la seule circonstance que le rapport d'une commission administrative, après avoir été transmis à l'autorité judiciaire, ait été coté au dossier d'instruction dans le cadre d'une instruction pénale en cours ne suffit pas à établir que sa communication porterait atteinte au déroulement de la procédure engagée devant le juge pénal (CE, 5 mai 2008, *SA Baudin Châteauneuf*, n° 309518, p. 177). Vous avez jugé, surtout, par une décision CE, 16 avril 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Mme T...*, n° 320571, T. p., « qu'eu égard aux principes régissant la transparence que la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 a imposée aux personnes publiques, (...) la seule circonstance qu'une communication de document administratif soit de nature à affecter les intérêts d'une partie à une procédure, qu'il s'agisse d'une personne publique ou de tout autre personne, ne constitue pas une telle atteinte. En particulier, la seule circonstance qu'un document soit susceptible d'être utilisé dans la procédure juridictionnelle engagée par le demandeur ne saurait par elle-même autoriser l'administration à en refuser la communication. Il en va de même de la seule allégation que cette communication serait de nature à altérer l'égalité des armes entre les parties au procès. » Vous avez réitéré ce raisonnement dans une décision CE, 26 décembre 2013, *Sté Les laboratoires Servier*, n° 372230, T. p., par laquelle vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur le f du 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 en

relevant qu'il avait vocation à assurer le respect tant du principe constitutionnel d'indépendance des juridictions que de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, en interdisant la communication des documents administratifs dans l'hypothèse où cette communication risquerait d'empiéter sur les compétences et prérogatives des juridictions auxquelles il appartient seules, dans le cadre des procédures engagées devant elles et en vertu des principes et des textes qui leur sont applicables, d'assurer le respect des droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure.

L'on ressort de ce tableau jurisprudentiel avec l'idée que vous ne mobilisez la réserve de l'atteinte à des procédures juridictionnelles en cours que dans les cas où la communication sur le fondement du droit d'accès permettrait de contourner un acte d'instruction décidé par le juge compétent – par exemple en permettant l'accès à une pièce de la procédure que ce dernier n'a pas souhaité communiquer à une partie. Nous devons admettre que cette acception est cohérente avec la réserve que prévoit le texte d'une autorisation de communication donnée par la juridiction compétente, ce qui accrédite l'idée que ce sont sur les seules prérogatives du juge qu'il convient de ne pas empiéter. Et il est tout à fait exact d'affirmer avec les requérants que prise à la lettre, cette jurisprudence s'accommode mal de la position prise par le tribunal administratif dans notre espèce.

Mais il nous semble que cette espèce présente, par rapport aux précédents évoqués, des particularités qui devraient vous conduire à admettre le recours au f du 2° du I de l'article 6.

La première particularité tient à l'identité de parties entre le litige CADA et la procédure juridictionnelle avec laquelle il s'agit de ne pas interférer². Dans l'affaire *Comité d'information et de défense des sociétaires de la mutuelle retraite de la fonction publique*, ce qui était en jeu était la communication d'un document important pour le procès, mais sollicité par un tiers à la procédure. Dans l'affaire *Ministre c/ Mme T...*, l'auteur de la demande était l'une des parties au procès, mais le document, utile au procès, émanait d'un tiers à la procédure : il s'agissait d'obtenir de l'Etat communication de l'avis du service des domaines relatif à la conclusion d'un bail entre un établissement public et une société privée que l'intéressée contestait devant le tribunal de grande instance. Dans notre espèce en revanche, les requérantes opposées au ministère de l'intérieur dans le cadre de l'instance juridictionnelle en cours sollicitent de ce même ministère de l'intérieur communication d'un document émanant de ses propres services. Il s'agit donc bien de permettre, par le truchement du droit d'accès, un échange entre les parties relatif au procès et parallèle à lui. Le risque d'atteinte au déroulement normal de cette procédure nous en semble démultiplié.

Cet état de fait ne nous arrêterait pas à lui seul, mais entre en résonance avec une autre particularité de l'espèce, qui tient cette fois à l'objet du document dont la communication est sollicitée. Il s'agit comme on l'a dit d'une note rédigée par la DLPJ, service juridique du ministère, à l'intention de la direction sectorielle auteur d'un projet de marché, afin d'en identifier les forces, mais aussi les faiblesses juridiques, en vue d'évaluer le risque contentieux et d'indiquer en cas de procès la ligne de défense à suivre par l'administration. La note litigieuse n'est donc pas un document administratif élaboré indépendamment de la perspective d'un procès et devenu incidemment utile à l'une des parties pour emporter la bataille contentieuse. Elle est un document de conseil juridique élaboré dans l'hypothèse d'un procès et dont l'objet même est de mettre une partie A en

² La question doit être réservée, pensons-nous, de savoir quoi faire lorsque la demande de communication est formée alors qu'aucune procédure juridictionnelle n'est encore engagée mais qu'elle pourrait encore l'être.

mesure d'y faire valoir sa cause tout en ayant conscience de ses fragilités. A cet égard, il est difficile de soutenir que sa communication à la partie B ne porte pas, par nature, atteinte au déroulement normal de l'instance.

En somme, il nous semble que la communication aux requérantes de la note litigieuse serait de nature non seulement à porter atteinte à l'égalité des armes, motif dont la décision *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Mme T...* a partiellement neutralisé la portée, mais aussi à perturber, par la quasi auto-incrimination d'une partie qu'elle implique, le processus de cristallisation de la conviction du juge, que seul le procès contradictoire, organisé par la juridiction saisie de l'instance a, en principe, vocation à assurer.

D'ailleurs, l'ensemble des règles élaborées pour régir l'organisation des procès contentieux interdisent, qu'on pense aux différents avatars du principe de loyauté de la preuve qui dit plus ou moins son nom ou au secret des correspondances avec l'avocat, qu'une partie puisse être contrainte de dévoiler son jeu ou d'offrir sur un plateau la victoire à son adversaire. Il ne nous semble pas souhaitable de tirer de l'autonomie du droit d'accès consacré par la loi de 1978 une interprétation permettant de percuter par son truchement ces règles établies. Nous pensons en particulier que l'objectif de bonne administration de la justice, que l'article 6 a vocation à servir aux termes de votre décision *Servier*, en sortirait affecté.

Mises bout à bout, ces considérations nous convainquent de nicher dans l'économie de la jurisprudence ce que nous assumons comme étant une encoche, permettant de refuser la communication, sur le fondement du f du 2° du I de l'article 6, pour le cas très particulier d'un document qu'une partie à un procès demande à la partie adverse de lui communiquer, alors même qu'il revêt la nature d'un document interne à cette partie adverse dont l'objet même est d'arrêter la stratégie de défense de cette dernière dans le procès. Si vous nous suivez, vous en déduirez que le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit.

La **troisième question** permettra d'illustrer l'évolution récente de votre jurisprudence en matière de communication des documents d'un marché. Elle concerne le bien-fondé de l'appréciation des premiers juges sur la communicabilité du rapport d'analyse des candidatures, du rapport final d'analyse des offres, du rapport de présentation finale, des compte rendus d'audition des candidats réalisées pendant la phase de dialogue compétitif, du bordereau des prix unitaires, du détail quantitatif estimatif du marché et de l'offre finale détaillée du candidat retenu. Les trois rapports avaient été communiqués dans une version occultée des mentions que l'administration jugeait protégées par le secret en matière industrielle et commerciale et le tribunal administratif a rejeté les conclusions tendant à une communication complète. Pour les autres documents, il a jugé légal le refus de communication au motif qu'ils étaient entièrement couverts par le secret.

L'insuffisance de motivation invoquée procède de la jurisprudence *H...* n° 95310, qui interdit au juge de révéler le contenu des documents placés hors contradictoire. C'est une faiblesse congénitale du cadre jurisprudentiel qui nous semble un prix très acceptable à payer en échange d'un contrôle scrupuleux des documents par le juge, comme vous l'avez récemment estimé en transposant certaines caractéristiques de la jurisprudence *H...* n° 95310 au contentieux des fichiers sensibles (CE, 11 juillet 2016, *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ M. A...*, n°s 375977 376457, p.).

Quant aux erreurs alléguées, il faut pour les apprécier dire un mot du cadre jurisprudentiel dans lequel elles s'inscrivent.

Ainsi que nous l'avons dit, votre décision *Centre hospitalier de Perpignan* précitée a quelque peu bousculé l'équilibre tout en nuances qu'avait patiemment développé la CADA pour tenter de concilier le principe de transparence avec la préservation du « secret en matière industrielle et commerciale s'agissant notamment de l'offre détaillée de prix. Votre décision a pris le parti plus brutal de juger que « si l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité, n'est quant à lui, en principe, pas communicable », là où la CADA distinguait selon les circonstances de l'espèce, notamment selon que le marché était répétitif ou non.

Quoi qu'il en soit du bien fondé de ce coup de frein, que nous ne pouvons vous proposer de remettre en cause six mois après son adoption, c'est à l'aune de ce nouveau critère qu'il convient d'apprécier d'éventuelles erreurs d'appréciation.

Vous pourrez vous interroger, même si les requérantes s'en tiennent à des moyens de dénaturation, sur votre degré de contrôle.

Sur la question de savoir si des documents sont dans leur ensemble couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, nous pensons que vous devez retenir un contrôle de qualification juridique. Cette appréciation suffit en effet à emporter la communicabilité ou non du document, ce qui nous semble exclure, eu égard à la nature des intérêts en cause (transparence, mais aussi protection du secret des entreprises), que vous abandonniez tout droit de regard sur la question. Vous avez d'ailleurs opéré, sur le motif de refus tiré de ce que la communication ferait apparaître le comportement d'une personne et que sa divulgation pourrait lui porter préjudice, un contrôle de qualification en cassation (CE, Ass., 27 mars 2015, *M. M... et Société éditrice de Mediapart*, n° 382083, p. 128). En l'espèce, le tribunal n'a commis aucune erreur de qualification en jugeant que le contenu du bordereau des prix unitaires, du détail du marché et de l'offre finale détaillée de l'attributaire les faisait relever de l'incommunicabilité de principe posée par votre décision *Commune de Perpignan*, pourtant postérieure au jugement.

S'agissant de la contestation du périmètre des occultations opérées par l'administration, vous pourriez être tentés d'opter pour un contrôle plus distant, au motif que l'examen mot à mot d'un document pour délimiter le périmètre des mentions couvertes relève moins de l'office du juge de cassation que des opérations matérielles que vous laissez à l'appréciation souveraine, telles que l'inexistence d'un document détenu par l'autorité administrative (CE, 21 décembre 2007, n° 281999, *D...*, inédit), son caractère inachevé ou préparatoire (qui implique d'apprécier si la décision préparée a été prise ou aurait dû l'être à la date de la demande (CE, 9 juillet 2003, n° 243246, *Ministre de l'intérieur c/ Association GISTI*, T. pp. 787-962-963), ou encore l'impossibilité d'en communiquer une version occultée sauf à en dénaturer le contenu (CE, Ass., 27 mars 2015, *M. M... et Société éditrice de Mediapart* précitée). Nous convenons toutefois que l'opération intellectuelle est en réalité la même que celle consistant à apprécier la communicabilité d'un document dans son ensemble et plaidons finalement pour un contrôle uniforme.

Quoi qu'il en soit en l'espèce, les erreurs pointées, quel que soit le degré de contrôle, n'en sont pas. Les sociétés soutiennent que des mentions relatives à leurs propres offres ont été occultées, alors que le secret ne leur est pas opposable. En réalité, la version occultée

donne l'impression que le tableau dans son ensemble concerne l'offre de la société Armor ; mais en réalité, seule la colonne centrale la concerne, les deux autres concernent les offres d'autres sociétés, dont l'administration a retiré le nom du tableau, d'où la confusion. Les mentions retirées des rapports d'analyse des offres et de présentation sont, après comparaison des deux versions, effectivement couvertes par le secret, qu'il s'agisse soit des tableaux de décomposition des notes obtenues par les candidats malheureux au titre des sous-critères soit du détail de leurs offres (v. conseil 2016512 du 26 mai 2016, *Centre hospitalier Asselin Hedelin Yvetot*³). Quant à la circonstance que l'administration aurait occulté des mentions pour certaines sociétés et non pour d'autres, elle est par elle-même sans incidence sur la sensibilité des mentions occultées.

PCMNC – Rejet du pourvoi.

³ Nous serions plus sceptique sur les notes globales, que la CADA estime couvertes par le secret, alors qu'elles ne révèlent rien d'autre que, le cas échéant, le classement des offres, et rien de leurs caractéristiques techniques.