

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 29 mars 2017
Lecture du 31 mars 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

M. Z... a souhaité obtenir la communication de rapports particuliers le concernant rédigés dans le cadre d'une information judiciaire et adressés d'une part par le procureur de la République de Marseille au procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence, d'autre part par ce procureur général au garde des sceaux.

Par un courrier du 3 novembre 2015, il a d'abord adressé au procureur de la République de Marseille une demande de communication des rapports adressés par lui au procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Sa demande ayant été rejetée, il a demandé, le 8 janvier 2016, au procureur général de la cour d'appel d'Aix-en-Provence de bien vouloir lui communiquer les rapports particuliers adressés par lui au garde des sceaux dans le cadre de l'affaire. Mais il s'est à nouveau heurté à un refus.

M. Z... s'est alors tourné vers la garde des sceaux, à laquelle il a demandé communication, d'une part, des rapports adressés par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille au procureur général près la cour d'appel de l'Aix-en-Provence dans le cadre de l'information judiciaire, d'autre part les rapports envoyés par ce procureur général à la chancellerie dans cette même affaire. Ces demandes n'ayant pas connu plus de succès, il s'est tourné vers la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), qui a estimé que l'ensemble des documents sollicités revêtaient un caractère juridictionnel et non administratif et s'est, par voie de conséquence, déclarée incompétente pour connaître de la demande de communication.

Le tribunal administratif de Paris, lui, a distingué selon les documents en cause.

S'agissant des rapports du procureur de la République au procureur général, il a lui aussi estimé qu'ils revêtaient un caractère juridictionnel et s'est lui aussi déclaré incompétent pour en connaître. Ce dernier point est entaché d'une erreur de droit grossière, puisqu'il y a assez longtemps que vous jugez que dès lors qu'une demande de communication est fondée sur la législation relative aux documents administratifs, la juridiction administrative est toujours compétente pour en connaître, et doit seulement s'abstenir d'y faire droit au fond lorsque le document s'avère juridictionnel (v. votre très récente décision CE, 28 novembre 2016, *M. A...*, n° 390776, T. p., qui ne fait sur ce point que rappeler une règle dégagée en premier lieu par le tribunal des conflits, par TC, 2 juillet 1984, *M. T... c/ Caisse de mutualité sociale agricole du Finistère*, n°s 02324, 02325, p. 449, puis reprise par la juridiction administrative : CE, 27 septembre 1985, *Ordre des avocats du barreau de Lyon c/ B...*, n° 56543, p. 267 ; CE, 10 avril 2009, *R...*, n° 289794, T. pp. 663-752, même si vous avez

dans un premier temps omis de l'appliquer au cas des documents juridictionnels : CE, Section, 27 juillet 1984, *Association SOS Défense c. Cour de Cassation*, n° 30590, p. 284, abandonnée par CE, 23 novembre 1990, *B...*, n° 74415, T. pp. 632-643-644-782-853). Par chance pour le TA, les conclusions du ministre peuvent être interprétées comme n'étant pas dirigées contre cette partie du jugement que vous devrez donc laisser intacte.

S'agissant des rapports du procureur général au garde des sceaux en revanche, le tribunal administratif a entendu se montrer subtil. Il a estimé qu'ils revêtaient nécessairement le caractère documents administratifs, et non juridictionnels, dès lors qu'ils n'avaient pas été produits dans le cadre ou pour les besoins d'une procédure juridictionnelle, surtout au regard de ce que la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique dispose que le garde des sceaux ne peut adresser aux magistrats du ministère public aucune instruction dans des affaires individuelles. Il a ensuite estimé que ces documents n'étaient pas couverts au titre du secret de l'instruction par un « secret protégé par la loi », qui fait aux termes du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) obstacle à la communication en dépit du caractère administratif d'un document. En revanche, il s'est demandé s'il ne comportait pas des mentions dont la communication serait susceptible de porter atteinte au déroulement d'une procédure ouverte devant une juridiction. Il a, pour tirer ce point au clair, ordonné avant dire droit au ministre de lui produire le document, dans le cadre de votre jurisprudence CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ W...*, n° 95310, p. 688, qui permet au juge de prendre connaissance des documents administratifs objets du litige sans les soumettre au contradictoire pour décider de leur caractère communicable ou non.

Si le choix entre les deux qualifications – document juridictionnel ou document dont le contenu est trop lié à une procédure juridictionnelle en cours pour être communicable – peut sembler anodin, il n'est en réalité pas sans enjeux. Si un document est juridictionnel, il échappe de façon pérenne à l'obligation de communication dont les dispositions du CRPA issues de la loi n° 78-853 du 17 juillet 1978 font relever les seuls documents administratifs. Si le document est administratif, mais que sa communication porte atteinte au déroulement d'une procédure, alors il n'est frappé que d'une incommunicabilité temporaire, qui tombe une fois la procédure close. L'enjeu est d'autant plus important ici que le raisonnement mené par le TA est structurel, à savoir qu'il porte sur la catégorie des rapports individuels adressés par le procureur général au garde des sceaux dans son ensemble. Si vous validez ce raisonnement, l'ensemble de ces documents recevrait, par onction de votre jurisprudence, la qualification de document administratif dont il convient d'apprécier la communicabilité au cas par cas ; si vous l'invalidiez, vous les excluriez une fois pour toute de la catégorie des documents soumis à obligation de communiquer. On comprend donc que le ministre se pourvoie en cassation dès le stade de l'avant-dire droit, faculté que vous lui reconnaissez même si une mesure d'instruction ne fait pas démesurément grief, et à laquelle l'entrée en vigueur du nouvel article R. 821-1-1 du code de justice administrative, qui proroge le délai de recours en cassation contre une décision avant dire droit jusqu'à l'expiration du délai de recours en cassation contre la décision qui règle définitivement le fond du litige ne doit, à notre avis, rien changer.

Il est vrai que cette faculté de contester l'avant dire droit qui qualifie un document d'administratif avant d'en ordonner la production au seul juge peut sembler contradictoire avec l'affirmation, consacrée par votre décision CE, Assemblée, 27 mars 2015, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ Mme U... et société éditrice de Mediapart*, n° 382083, p., selon laquelle les motifs d'un jugement avant-dire droit prenant position sur l'applicabilité des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 sont dépourvus d'autorité de la chose jugée. Mais plutôt que de nous sembler antagonistes, ces deux

orientations nous semble procéder de la même inspiration pragmatique dont il est impérieux qu'elle continue d'irriguer votre jurisprudence sur les avant dire droit. Ce que vous avez fait en Assemblée, c'est refuser que le juge du fond se retrouve, parce que l'avant dire droit n'a pas été contesté en tant que tel (à l'époque, le délai de contestation en cassation directe était de deux mois à compter de la notification de l'avant dire droit, sans prorogation calée sur la contestation du jugement au fond), pieds et point lié par les constatations le cas échéant erronées du premier juge : vous avez ainsi déduit de l'absence d'autorité de la chose jugée que les parties conservaient la possibilité de rediscuter de l'ensemble des moyens soulevés, alors même que le jugement avant dire droit y aurait répondu, à l'occasion du litige au fond. Le même pragmatisme devrait vous conduire, si l'avant dire droit erroné est contesté à temps, à censurer les erreurs qui l'entachent avant qu'en soient tirées des conséquences, quand bien même le tout serait rattrapable au stade de la contestation au fond. Bref, il nous semble que par les libertés qu'elle prend dans le traitement des avant dire droit, votre jurisprudence ne fait qu'assumer qu'ils forment, avec le jugement au fond qui en découle, un tout dont la scission artificielle en deux ne doit conduire à aucune complication procédurale. En tout état de cause, la certitude au stade de l'avant dire droit que le document ne relèverait pas du champ du droit à communication conférerait à la mesure d'instruction, si vénielle qu'elle soit, un caractère frustratoire, ce qui implique que le ministre puisse utilement la contester.

Et c'est ce que fait le ministre dont nous pensons qu'il a raison de soutenir que le raisonnement du TA pour dénier aux rapports la qualification de documents juridictionnels est entaché d'erreur de droit.

Le contenu des rapports dont la communication est en litige est – c'est un premier indice – organisé par le code de procédure pénale.

L'article 39-1 prévoit que, « Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du procureur général, le procureur de la République adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion de son parquet ». Une circulaire du 31 janvier 2014 de présentation et d'application de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public e matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique précise que les rapports particuliers sont produits à l'occasion d'une procédure juridictionnelle particulière et que le procureur de la République y synthétise les éléments d'information concernant le déroulement de cette procédure ainsi que les actions envisagées par le ministère public. De ces textes, le TA a déduit, comme la CADA avant lui, que ces documents doivent être regardés comme des actes indissociables des décisions du ministère public dans une procédure juridictionnelle et ne sauraient, dès lors, revêtir un caractère administratif.

Au vu de ce raisonnement, il peut sembler étonnant que le TA ait ensuite posé un autre diagnostic sur les rapports du procureur général au garde des sceaux. Ces rapports sont pour leur part prévus par l'article 35 du code de procédure pénale. Celui-ci, dont la rédaction est très proche de celle de l'article 39-1, dispose que « Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la justice, le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort. » C'est exactement le décalque, au niveau supérieur, de la transmission qui est prévue entre procureur de la République et procureur général. La circulaire du 31 janvier 2014 précise à leur sujet que : « Les parquets généraux doivent informer la chancellerie régulièrement, de manière complète et en temps utile, des procédures les plus significatives et exercer pleinement leur rôle d'analyse et de synthèse. Il doivent préciser s'ils partagent l'analyse et

les orientations du procureur de la République et prendre position sur la conduite des dossiers en indiquant, le cas échéant, les instructions, générales ou individuelles, qu'ils ont été amenés à adresser ». Il s'agit donc par nature de documents très intrusifs quant au cœur de l'activité juridictionnelle des parquets généraux.

Pour leur dénier la qualification de documents juridictionnels, il semble que le TA se soit arc-bouté sur la circonstance que le garde des sceaux, destinataire du rapport, n'est pas attiré lui-même dans la fonction de juger, ce qui exclut à ses yeux que les documents se rattachent à cette fonction.

Il est vrai que votre jurisprudence sur les documents juridictionnels, par opposition aux documents administratifs, n'a jamais eu à connaître d'hypothèse vraiment topique qui tiendrait lieu de précédents. Cette jurisprudence, qui est fondée sur un critère fonctionnel et non organique, ce qui explique que des documents émanant d'une juridiction puissent être qualifiés d'administratifs (pour la liste des conseils juridiques du ressort d'un tribunal de grande instance établie par le Procureur de la République, CE, 6 mai 1983, *Association SOS Défense*, n° 38721, T. p. 830) et que des documents n'en émanant pas puisse revêtir ce caractère (cf. *infra*), se résume, pour le volet juridictionnel, ainsi qu'il suit. Dans un premier cercle, entrent dans la catégorie des documents juridictionnels les jugements, décisions, arrêts et ordonnances rendues par les juridictions (CE, Section, 27 juillet 1984, n° 30590, *Association SOS Défense c/Cour de cassation*, p. 284), ainsi que les pièces de la procédure (CE, 29 avril 1983, *Association SOS Défense et autre*, n° 26908, T. p. 727 ; CE, 3 novembre 1990, Bertin, n° 74415, T. p.) et les documents établis dans son cadre (CE, 25 mars 1994, *M...*, n° 106696, T. p. 952). Sont également attirés, dans un deuxième cercle, les documents de travail internes aux juridictions, qu'ils concourent directement à l'instruction des affaires ou qu'ils soient simplement destinés à l'information des membres des juridictions (pour une brochure sur l'indemnisation du préjudice corporel établie par le centre de documentation du Conseil d'Etat, 9 mars 1983, *Association SOS Défense*, n° 43501, T. p. sur un autre point ; pour des fiches de connexité, CE, 28 avril 1993, *Mme P...*, n° 117480, T. p. 782). Un troisième cercle concerne des documents qui n'ont pas été élaborés par une juridiction, mais par des autorités administratives, dès lors qu'ils sont indissociables d'une procédure juridictionnelle (CE, 12 octobre 1994, *B...*, n° 123584, T. p. 951 pour le rapport établi par un préfet en vue de la présentation d'un mémoire en défense ; CE, 30 novembre 1994, *Ministre c/Association de défense des créanciers déposants de la Lebanese Arab Bank*, n° 133540, p. 521, pour le rapport d'inspection établi par les services de la commission bancaire dans le cadre de la mission administrative de surveillance de l'activité des établissements de crédit servant de fondement à une sanction prononcée par la commission ; pour les dossiers relatifs à la procédure devant la Commission des infractions fiscales, CE, 26 mai 2010, *Mme F... et société Faria*, n° 304621, T. p. ; pour les rapports d'enquête établis sur le fondement de l'article L. 450-2 du code de commerce, CE, 19 février 2014, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Speed Rabbit Pizza*, n°s 366707, 366708, 371215, 371216, p.).

Dans ce cadre, vous n'hésitez pas à rattacher à la catégorie des documents juridictionnels ne relevant pas du droit à communication organisé par la loi de 1978 des documents qui ne sont pourtant pas secrets, puisqu'ils sont au contraire voués à une publicité certaine, tels que conclusions prononcées par les commissaires du gouvernement devant les juridictions administratives (CE, 26 janvier 1990, *V...*, n° 104236, T. p. 780 ; JRCE, 20 janvier 2005, *H...*, T. p. 1039, n° 276625, T. p. 1039) : ceci s'explique par le fait que ce n'est pas le secret de l'instruction qui motive la qualification, mais plutôt le principe de séparation des pouvoirs, interdisant de qualifier d'administratifs les documents qui se rattachent à la fonction juridictionnelle, à l'instar de ce qui vaut pour la fonction législative.

Ce terme de rattachement à la fonction juridictionnelle apparaît nettement dans certaines de vos décisions (v. not. CE, 28 novembre 2016, *M. A...*, n° 390776, T. p. précitée). Et c'est ce fondement qui explique que votre jurisprudence soit marquée par une grande prudence, n'hésitant pas à qualifier de juridictionnels des documents en lien avec la fonction juridictionnelle même lorsque ce lien est passablement distendu (v., pour les dossiers établis en vue de l'instruction des demandes d'aide juridictionnelle, CE, 5 juin 1991, *Mme D...*, n° 102627, T. p. 948 et surtout CE, Section, 7 mai 2010, *M. B...*, n° 303168, p., aux conclusions contraires de Julie Burguburu, pour le tableau mensuel des assesseurs des chambres correctionnelles d'un tribunal de grande instance).

Nous convenons volontiers que votre jurisprudence, si elle a déjà consacré la nature juridictionnelle de documents produits par l'administration dès lors qu'ils l'ont été en vue d'une procédure judiciaire, n'a jamais envisagé l'hypothèse symétrique, qui est la nôtre, de documents établis par l'autorité judiciaire dans le cadre de procédures juridictionnelles, mais dans le but d'une transmission à une autorité administrative. Nous ne voyons toutefois pas pourquoi le rattachement à la fonction juridictionnelle devrait par principe céder de ce seul fait, sauf à rétablir un critère organique qui n'a jamais eu droit de cité dans vos raisonnements. Sur ce point, nous soulignons que la problématique n'est pas la même que celle de la distinction entre documents privés et documents administratifs, qui vous conduit à juger qu'un document établi par une personne privée qui n'est pas dans le champ de la loi CADA acquiert la qualité de document administratif dès qu'il est détenu par l'administration dans le cadre de ses missions de service public. Mais il nous semble que dans ce cas, la solution, qui du reste découle directement de la lettre de la loi, se justifie par le fait que le document est ce faisant attrait dans le service public, dont il devient une pièce à part entière. Toute autre est la question de savoir comment, au sein des activités de service public, il convient de raisonner pour sanctuariser une fonction particulière – la fonction juridictionnelle – que le législateur n'a pas entendu régir.

Au vu de cette description, le raisonnement suivi par le TA, qui tout entier repose sur le fait que le garde des sceaux, destinataire des rapports particuliers, n'est pour sa part pas investi de la fonction de juger nous semble un peu court, car il suffit que le document s'y rattache pour que la qualification soit acquise. Or force est de relever que le contenu d'un tel rapport a vocation intrinsèque à s'y rattacher, puisqu'il consiste précisément en la description du comportement juridictionnel des parquets généraux sur des affaires données. Dans ces conditions, nous avons beaucoup de difficulté à ne pas leur trouver un caractère nettement juridictionnel. Nous trouvons d'ailleurs tout à fait artificiel d'estimer qu'alors que leur contenu est, par nature, partiellement homothétique de celui des rapports particuliers adressés en amont par le procureur de la République au procureur général qui eux sont attirés dans la fonction de juger, la simple retranscription de leur contenu dans un document adressé pour sa part au garde des sceaux lui fasse perdre ce caractère. Car comme nous l'avons dit, il ne s'agit pas ici de protéger des institutions, ce qui s'accommoderait d'un critère organique, mais simplement d'exclure une activité – l'activité juridictionnelle – du champ d'une législation purement administrative qui n'a jamais entendu s'appliquer à elle.

Nous pensons donc qu'il faut annuler le jugement pour erreur de droit.

L'ayant fait, vous pourriez en toute orthodoxie vous arrêter là puisque, n'étant saisis que d'un jugement avant dire droit qui n'était pas nécessaire, il ne reste, après cassation, plus rien à juger. De cette annulation sèche découlerait que le TA, demeurant saisi du fond de l'affaire, pourrait la régler.

Mais il vous est déjà arrivé, au nom du pragmatisme qui infuse votre jurisprudence sur les avant dire droit et dont nous vous entretenions tout à l'heure, d'aller plus loin et, dès lors que les motifs vous conduisant à annuler l'avant dire droit emportent pour le litige au fond des conséquences massives, d'utiliser l'avant dire droit comme un cheval de Troie vous permettant de vous immiscer directement dans le règlement de l'affaire au fond. Vous l'avez fait, par une décision CE, 12 décembre 2003, *Ministre de la défense c. N...*, n° 249310, T. p. sur un autre point, dans un cas où l'annulation de l'avant dire droit ordonnant une expertise venait de ce que les conclusions étaient irrecevables : vous avez alors, après annulation du seul avant dire droit, clôt le litige pour irrecevabilité. Vos 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies ont tout récemment réitéré cette solution par une décision CE, 1^{er} juillet 2016, *Réseau ferré de France*, n° 384002, à la faveur d'une « réappropriation expédiente par le juge de cassation d'une partie du litige que son raisonnement suffit à régler », ainsi que l'expliquait dans ses conclusions Xavier Domino, rapporteur public, dont nous partageons l'avis. Certes, ces solutions ont toutes deux été retenues dans des hypothèses où la demande au fond ne passait pas le stade des questions préalables : or en l'espèce, la demande de M. Z... n'était pas irrecevable, ou potée devant une juridiction incompétente pour en connaître, mais infondée. Il nous semble toutefois que le bon critère est seulement celui de la transitivité entre le motif d'annulation de l'avant dire droit et le motif de rejet au fond. Saisis d'un avant dire droit uniquement, c'est de lui que vous tenez votre compétence pour connaître du litige, ce qui vous interdit, l'ayant censuré pour un motif sans conséquence sur le jugement au fond, de vous mêler de ce dernier dont vous n'êtes pas encore titrés pour connaître ; en revanche, dès lors que le motif que vous retenez pour annuler l'avant dire droit fait tomber les conclusions de fond, alors il est de bonne administration de la justice que vous provoquiez cette chute dès ce stade.

Nous vous invitons donc à censurer l'erreur de droit à avoir qualifié les rapports particuliers du procureur général au garde des sceaux de documents administratifs puis, après cassation dans cette mesure, à rejeter pour le même motif les conclusions de M. Z... tendant à la communication de ces documents.

Enfin, nous vous invitons à prononcer le non-lieu sur les conclusions à fins de sursis à exécution formées par le ministre à l'encontre du jugement du TA.

PCMNC – sous le n° 408348, annulation des articles 2 et 3 du jugement et rejet dans cette mesure des conclusions de première instance de M. Z... ; sous le n° 408354, non-lieu sur la demande de sursis à exécution.