

N° 436654 – M. et Mme H...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 10 février 2021

Lecture du 1^{er} mars 2021

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

L'Eurométropole de Strasbourg a créé en 2013 la ZAC Jean Monnet qu'elle a souhaité aménager en régie. Dans ce cadre, elle a lancé en 2015 une consultation pour sélectionner un groupement d'opérateurs auquel des terrains seraient cédés en vue d'y réaliser une opération mixte à dominante d'habitat. Un jury a « présélectionné » l'un des groupements candidats au début de l'année 2016.

Les époux H... ont alors demandé à l'Eurométropole de leur adresser une série de documents relatifs à cette opération, notamment les offres formulées par les candidats et l'ensemble des pièces ayant abouti à la sélection du groupement lauréat. N'ayant obtenu que partiellement gain de cause, ils se sont tournés vers le tribunal administratif de Strasbourg, qui a rejeté la demande en se fondant principalement sur le caractère préparatoire des documents, dans la mesure où les discussions avec le groupement retenu étaient toujours en cours et qu'aucun contrat n'avait encore été signé.

Le pourvoi ne conteste pas cette qualification de « document préparatoire », qui est d'ailleurs souveraine¹. Il critique, par un moyen d'erreur de droit, le motif par lequel le tribunal a jugé inopérante la circonstance que la DUP relative à la ZAC Jean Monnet a été annulée.

Nous vous invitons, à titre liminaire, à affirmer clairement dans votre décision qu'**il appartient au juge, dans ce contentieux, d'apprécier la légalité du refus de communication au vu des circonstances de droit et de fait à la date à laquelle il statue.** Votre Assemblée du contentieux l'a jugé pour la consultation des archives publiques dans sa décision *Graner* du 12 juin 2020 (n° 422327, au Rec.). Or les raisons qui l'y ont conduites sont parfaitement transposables aux refus d'accès aux documents administratifs. Ce contentieux est tout entier tourné vers l'avenir : le seul enjeu a trait à l'obligation de communiquer les documents, et, le cas échéant, à l'injonction de le faire adressée à

¹ CE, 9 juillet 2003, *Ministre de l'intérieur c/ GISTI*, n° 243246, aux T.

l'administration. Sans doute la prise en compte de ces circonstances postérieures peut-elle introduire un décalage avec l'appréciation portée par la CADA. Mais d'une part, ce décalage existe déjà dès lors que le litige porte sur la confirmation du refus de communication, qui est, dans la chronologie organisée par les textes, postérieur à l'avis de la Commission. Ensuite et surtout, il est très fréquent que l'information portée à la connaissance du tribunal administratif soit nettement plus riche que celle dont disposait la CADA, en raison du réveil de l'administration ou de l'obligation que peut lui faire le juge de produire les documents demandés. D'autre part, il serait très pénalisant pour le demandeur de l'obliger à re-saisir l'administration d'une nouvelle demande d'accès, fondée sur les nouvelles circonstances, alors qu'il ne pourra de nouveau saisir le tribunal qu'après avoir de nouveau purgé le recours administratif préalable obligatoire devant le CADA. Ajoutons que, comme le litige relatif au refus d'abroger un texte réglementaire, le refus de communication n'est pas réellement situé dans le temps dès lors qu'une personne peut formuler une demande à toute époque et que la notion de « décision confirmative » n'a pas cours dans ce contentieux (CE, sect., 11 janvier 1978, *Commune de Muret*, n° 4258, au Rec.).

Nous rappellerons enfin que tout document administratif est une archive publique eu égard à la définition figurant à l'article L. 211-1 du code du patrimoine et que toute personne peut, pour l'obtenir, se prévaloir de l'article L. 213-1 de ce code, qui ouvre le droit d'accès aux archives publiques dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978, désormais codifiée à l'article L. 311-9 du code des relations entre le public et l'administration. Un dédoublement de l'office du juge selon le fondement choisi par le demandeur serait tout à fait incongru.

Le tribunal devait donc apprécier le caractère préparatoire du document à la date de son jugement, ce qu'il a d'ailleurs implicitement fait en se fondant sur les écritures de l'administration pour constater que le contrat n'était pas encore signé. Il va de soi, en revanche, que l'appréciation dynamique ne résiste pas à la cassation et qu'il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'abandon de la ZAC en 2019, postérieurement au jugement, ni *a fortiori* de sa suppression intervenue en 2020.

Selon la doctrine constante de la CADA, les offres déposées dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique ou, comme ici, de sélection volontaire d'un opérateur économique perdent leur caractère préparatoire **lorsque le contrat a été signé ou que la collectivité a manifestement renoncé à mener à bien la procédure** (conseil CADA n° 20072665 du 5 juillet 2007). A notre connaissance, vous n'avez jamais eu à vous prononcer sur ce point. Cette doctrine nous semble pouvoir être confirmée. Nous pensons plus opportun de se référer à la signature du contrat qu'à son attribution afin de ne pas lever le caractère préparatoire avant qu'un éventuel référé précontractuel soit purgé. Le risque existe toujours, il est vrai, en cas de référé contractuel. Mais à notre connaissance, ni la CADA, ni vous-même n'avez jamais accepté que le caractère préparatoire du document soit opposé au

motif que la décision prise n'était pas définitive. Du reste, les documents couverts par le secret des affaires resteront non communicables, ce qui permet de préserver les intérêts du lauréat en cas d'annulation du marché et de nouvelle procédure. La seconde branche de l'alternative, relative à l'abandon définitif de la procédure, est quant à elle nécessaire pour éviter que de tels documents ne soient perpétuellement préparatoires, sans nécessité.

A cette aune, comme l'a jugé le tribunal, la circonstance que la DUP relative à l'aménagement de la zone en cause ait été annulée est, par elle-même, sans incidence sur le caractère préparatoire des documents en litige. D'une part, l'annulation d'un acte administratif, fut-elle rétroactive, ne saurait avoir un effet mécanique sur le caractère préparatoire des documents, qui procède d'une appréciation factuelle. D'autre part, cette annulation ne dit rien des intentions à venir de l'administration. Il est vrai que, si la DUP avait été annulée pour un motif de fond, l'Eurométropole aurait probablement été contrainte de modifier son projet et d'engager une nouvelle consultation, rendant la première caduque. Mais nous ne sommes pas convaincu que les documents auraient ce faisant perdu leur caractère préparatoire. Il nous semble au contraire que la loyauté de la procédure justifie d'en préserver la confidentialité dans la perspective d'une nouvelle consultation, sauf si le dossier fait ressortir que l'administration a renoncé à l'opération. De surcroît, en l'espèce, la cour administrative d'appel de Nancy n'a annulé cette DUP que pour une raison de pure forme, de sorte que rien n'empêchait l'administration de reprendre un nouvel acte expurgé de ce vice.

Le tribunal ne s'est donc pas mépris sur ce point.

La seconde série de moyens soulève une difficulté de plus grande ampleur. Devant le tribunal, les époux H... se prévalaient du régime particulier d'accès aux **informations relatives à l'environnement** organisé par les articles L. 124-1 et suivants du code de l'environnement, qui présente, entre autres particularités, celle d'interdire à l'administration de se fonder sur le caractère préparatoire des informations pour en refuser la communication.

Le tribunal ne s'est pas embarrassé : d'une phrase, et, manifestement, sans entrer dans le détail de ce qui était demandé, il a jugé que les documents sollicités ne comportaient pas d'informations relatives à l'environnement au sens de l'article L. 124-2 de ce code.

Le pourvoi ne critique ni l'insuffisance de motivation, ni la méconnaissance par le tribunal de son office en s'abstenant de faire produire les documents demandés pour s'assurer que leur contenu était exempt de telles informations. Il se borne à reprocher au premier juge une erreur de droit et une dénaturation dans la mesure où une partie au moins de ces documents contenait nécessairement des informations de cette nature.²

² La compétence du Conseil d'Etat n'est pas douteuse. En effet, si le 2° de l'article R. 811-1 du code de justice administrative supprime l'appel dans les litiges en matière de consultation et de communication de documents

Il n'est pas douteux, à nos yeux, que **vous devez contrôler entièrement la qualification d'informations relatives à l'environnement**. Vous exercez déjà un contrôle normal sur la qualification de document administratif (CE, ass., 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, n° 268564, au Rec. ; CE, 5 avril 2019, *B... et autres*, n° 420608, aux T.). Vous le faites parce que cette qualification conditionne l'application du régime d'accès prévu par le CRPA. Il en va de même de celle d'informations relatives à l'environnement : s'il est pour partie adossé au régime de communication des documents administratifs, le régime d'accès à ces informations présente en réalité un caractère autonome dans la mesure où il porte sur des informations et non sur des documents, où son champ d'application organique ne coïncide pas exactement avec l'autre, et où les motifs et modalités de refus ne sont pas les mêmes. De surcroît, ce régime relève du champ du droit de l'Union puisqu'il résulte de la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, ce qui appelle une certaine vigilance quant au respect de son champ d'application, pour atténuer le risque de manquement.

Il résulte des dispositions combinées des 1° et 2° de l'article L. 124-2 du code de l'environnement, qui consacrent la définition large de l'information environnementale issue de la convention d'Aarhus, qu'est une information relative à l'environnement une information disponible qui a pour objet l'état des éléments de l'environnement, ainsi que les décisions, les activités et les facteurs susceptibles d'avoir des incidences sur l'état de ces éléments, comme les substances, l'énergie, le bruit, les rayonnements, les déchets et autres rejets.

Il ne fait aucun doute que le projet d'aménagement de la ZAC est au nombre des activités susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement, et même ayant certainement de telles incidences. Et nous n'avons pas plus de doute que les offres déposées, et, le cas échéant, les documents d'analyse de ces offres, comportent des développements relatifs à de telles incidences. Certes, comme le relève l'Eurométropole devant vous, les principales caractéristiques de l'opération ont été définies en amont par ces soins, dans des documents par ailleurs communicables. Autrement dit, l'impact environnemental de l'opération est déjà largement connu.

Mais d'une part, **la valeur informative des informations est étrangère à leur qualification**. Ce n'est qu'en aval, dans le cas où les informations environnementales relèvent d'un secret opposable, que le I de l'article L. 124-4 du code de l'environnement prescrit à l'administration de tenir compte de l'intérêt d'une divulgation pour le public³. D'autre part, et

administratifs ou d'archives publiques, les litiges relatifs à l'accès aux informations relatives à l'environnement y ont été rattachés (CE, 26 janvier 2011, *S...*, n° 310270, aux T. ; CE, 21 février 2018, *ONF*, n° 410678, aux T.). C'est d'autant plus opportun que l'article L. 311-2 du CRPA fait obligation à l'administration et à la CADA d'examiner d'office la demande de communication au regard de l'ensemble des textes énumérés à l'article L. 342-2 de ce code, notamment ce régime particulier.

surtout, le cahier des charges prévoit en son point 2.3., intitulé « prescriptions environnementales » que le projet doit être pilote en la matière et que "*une démarche globale est attendue dans l'ensemble des domaines concernés : énergie, gestion de l'eau, matériaux, biodiversité...*". Suivent des précisions sur chaque rubrique : "*conception des bâtiments*", "*sources d'énergie*", "*matériaux*", "*gestion des eaux*", "*gestion des déchets*" ou encore "*espaces verts et végétalisation*". En cohérence, il ressort du règlement de consultation qu'au nombre des critères de sélection utilisés tant en phase 1 qu'en phase 2 figure « *l'approche urbaine, architecturale et environnementale* ». Enfin, il est logiquement demandé aux soumissionnaires de produire, à l'appui de leur dossier de candidature, une « *note explicitant le parti urbain, architectural et environnemental* », en phase 1, et, en phase 2, une « *notice environnementale indiquant les moyens mis en œuvre pour répondre aux objectifs affichés en phase 1* ».

Le fait que ces pièces ne figurent pas au dossier du tribunal ne fait pas obstacle à cette analyse au stade de la cassation. Vous admettez que le juge n'ordonne pas la production des documents demandés lorsqu'il peut apprécier leur communicabilité au vu de leur contenu tel qu'il est normé par d'autres textes ou documents, comme, justement, un cahier des charges ou des documents de consultation (CE, 27 mars 2020, *Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-St Exupéry et D...*, n° 426623, aux T.). De la même façon, le juge de cassation doit pouvoir exercer son contrôle entier au vu des pièces du dossier soumis aux juges du fond qui sont de nature à éclairer le contenu des documents demandés, quand bien même n'en disposent-ils pas.

Il reste que vous êtes ici en présence de documents d'une nature particulière, puisqu'il s'agit de simples propositions. Les incidences environnementales des offres déposées présentent, par nature, un caractère potentiel, puisque seule l'une d'elles sera retenue, le cas échéant, et seule cette offre se traduira par un projet ayant un impact environnemental.

La Cour de justice ne s'est jamais clairement prononcée sur le statut de telles informations.

Sans théoriser, elle a estimé que des informations produites dans le cadre d'une procédure d'autorisation ou de modification de l'autorisation d'un produit phytopharmaceutique et concernant la diffusion des pesticides dans les aliments et boissons constituaient des informations relatives à l'environnement, sans subordonner cette qualification à la délivrance de l'autorisation (CJUE, 23 septembre 2009, *Stichting Natuur en Milieu*, C-266/09). Or l'autorisation peut tout à fait ne pas être délivrée, de sorte que le produit en cause ne produira jamais les effets environnementaux évalués. Une procédure de consultation d'opérateurs

³ A l'inverse, l'article L. 124-4 du code de l'environnement prescrit de mettre en balance l'intérêt de la communication avec l'atteinte portée aux secrets protégés par la loi, le cas échéant.

économiques est assez comparable à une compétition pour la délivrance d'une autorisation, même si l'aléa est plus important en raison de la compétition.

En revanche, la Cour a exclu de la qualification d'« informations relatives à des émissions dans l'environnement », qui est un sous-ensemble des informations environnementales bénéficiant d'un régime plus libéral, pour des données relatives à des émissions **hypothétiques** dans l'environnement liés à la dispersion de produits phytopharmaceutiques autorisés (CJUE, 23 novembre 2016, *Bayer CropScience*, C-442/14). Mais il s'agissait seulement de distinguer les émissions effectives ou prévisibles dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques, et celles qui relevaient d'hypothèses d'école envisagées par le fabricant, en principe insusceptibles de se traduire dans les faits. Ce précédent n'est donc pas topique.

Toute la logique du régime d'accès aux informations relatives à l'environnement, qui puise son origine dans la convention d'Aarhus, est de permettre au public d'être informé des enjeux environnementaux d'un projet **en amont de la prise de décision publique** et, le cas échéant, de participer à la réflexion et à l'élaboration d'une telle décision. C'est la raison pour laquelle sont relatives à l'environnement non seulement des informations avérées sur l'état de l'environnement, mais aussi des données sur des activités qui sont seulement « susceptibles » d'y porter atteinte. L'étude d'impact d'un projet est l'archétype du document contenant de telles informations et le texte ne distingue pas selon le degré de certitude du déploiement du projet, ou entre une évaluation faite par l'administration et celle qui émane d'un opérateur envisageant de réaliser le projet selon des modalités qu'il propose. Nous relevons en outre que, dans son vademecum sur les marchés publics de 2015, la direction des affaires juridiques de Bercy qualifie clairement les « *incidences potentielles de chaque offre sur l'environnement* » d'informations relatives à l'environnement, comme telles communicables avant même la signature du marché, sous les réserves prévues par ce régime particulier⁴. Cette doctrine est reprise dans une fiche conjointe entre la DAJ de Bercy et la CADA du 1^{er} avril 2019 consacrée à la communication des documents administratifs en matière de commande publique, confirmant la doctrine de la commission en la matière⁵.

Nous pensons que la qualification des informations contenues dans de telles offres, comme du reste dans le rapport de l'administration qui le analyse, dépend d'un **paramètre chronologique** :

- aussi longtemps que la procédure est en cours, les informations relatives aux incidences potentielles de ces offres sur l'environnement relèvent du champ de

⁴ Fiche n° 28.

⁵ V. par ex. avis n° 20143741 du 30 octobre 2014, à propos des offres des candidats pour l'implantation d'éoliennes.

l'article L. 124-2 du code de l'environnement, puisqu'elles se rapportent à des activités susceptibles d'avoir une incidence sur l'état des éléments de l'environnement ;

- en revanche, lorsque le contrat a été signé avec l'attributaire, les informations contenues dans les offres non retenues deviennent caduques, et ne fournissent plus aucun renseignement, même potentiel, sur l'environnement. Elles ne relèvent donc plus du champ de ce régime spécial, mais uniquement du régime de droit commun ;
- enfin, si le projet est définitivement abandonné, les informations figurant dans l'ensemble des offres déposées doivent également sortir du champ de ce régime. C'est ce que juge la Cour administrative fédérale allemande⁶.

Le premier volet éveille immédiatement une réserve. On voit bien que la communicabilité des données environnementales figurant dans les offres des candidats, en cours de procédure, risque fort de pervertir les procédures de mise en concurrence, non seulement en ouvrant à tout un chacun la possibilité d'y intervenir et de tenter d'influencer le choix de l'administration, mais aussi en permettant aux candidats de connaître le volet environnemental des offres de ses concurrents ce qui, de proche en proche, pourrait entraîner un nivellement des offres, par le haut ou par le bas et, partant, une neutralisation pure et simple des critères environnementaux.

Il nous semble toutefois que ce risque peut être conjuré en aval, par le jeu des exceptions. A tout le moins, la directive offre tous les outils au législateur national pour le décider.

L'administration pourra, le plus souvent, opposer le secret des affaires, comme le permet l'article L. 124-4 du code de l'environnement, afin de garantir la loyauté et l'efficacité de la compétition⁷. Elle n'en sera privée que pour les informations relatives à des **émissions dans l'environnement**, pour lesquelles cette exception n'est plus opposable⁸. Tel serait le cas, par exemple, d'un marché public portant sur la construction d'une usine d'incinération de déchets

⁶ BverwG, 1^{er} novembre 2007, 7 B 37.07.

⁷ Il existe aussi, au g) du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive de 2003, une exception opposable lorsque la communication porterait atteinte aux intérêts de toute personne qui a fourni les informations demandées sur une base volontaire sans y être contrainte par la loi ou sans que la loi puisse l'y contraindre, et qui n'a pas consenti à leur divulgation. Mais le législateur français ne l'a pas reprise. Alors que le projet initial le prévoyait, il s'en est tenu, semble-t-il par inadvertance (la rédaction adoptée résulte d'un amendement du rapporteur à l'Assemblée nationale, présenté comme purement rédactionnel - amendement n° 9 rectifié -, ce point étant passé inaperçu au Sénat), à la transposition du f) qui couvre le cas des données confidentielles des seules personnes physiques n'ayant pas consenti à leur divulgation, au 3° de l'article L. 124-4. Il serait toutefois aisé pour le législateur de corriger cet angle mort.

⁸ V. le II de l'article L. 124-5 et l'avant-dernier alinéa du 2. de l'article 4 de la directive. Le terme de « substances » utilisé dans la loi française n'a aucune portée puisque la directive vise toutes les émissions.

et dont l'attribution dépendrait notamment de la performance de l'installation en termes de rejet de particules ou d'effluents⁹.

Toutefois, la directive comporte une autre exception, opposable y compris pour cette sous-catégorie d'informations, qui couvre les « *communications internes* ». Dans un arrêt rendu le 20 janvier dernier (C-619/19, *Land Baden-Württemberg c/ D.R.*), la Cour de justice a jugé, d'une part, qu'une communication est un ensemble d'informations transmis par un émetteur à un destinataire, et, d'autre part, que, « *dans l'hypothèse où une autorité publique détient une information environnementale qu'elle a reçue d'une source extérieure, cette information peut également être « interne » si elle n'a pas été ou n'aurait pas dû être mise à la disposition du public avant sa réception par ladite autorité et si elle ne quitte pas la sphère interne de cette autorité après sa réception par celle-ci* » (pt. 43). A la lumière de cette définition, nous n'avons pas d'hésitation à regarder les offres des candidats comme constituées d'informations internes, dès l'instant que, par construction, l'administration en assure, ou est censé en assurer, une stricte confidentialité. Le législateur français n'a pas transposé cette exception, mais il lui est loisible de le faire.

La directive nous paraît ainsi comporter les garde-fous permettant d'assurer la sérénité, la loyauté et l'efficacité des procédures de mise en concurrence, mais aussi de reconforter le rapporteur public soucieux de ces exigences, ce qui le conduit à proposer sans hésitation à votre formation de jugement de retenir en l'espèce la qualification d'informations relatives à l'environnement.

Vous pourriez évidemment vous interroger, par effet de rétroaction, sur l'utilité même d'une telle qualification, si, en définitive, l'accès à ces informations sera systématiquement refusé par l'administration. En particulier, celle-ci pourrait s'aviser de « jouer la montre », en refusant la communication et en obligeant le demandeur à saisir la CADA puis le tribunal administratif, lequel constatera le plus souvent qu'à la date à laquelle il statue, la procédure de consultation est terminée et que les offres des candidats non retenus ne contiennent donc plus d'informations relatives à l'environnement. Vous pourriez donc trouver plus expédient d'écarter en amont la qualification d'informations relatives à l'environnement.

Cela étant :

- cette considération ne vous a jamais déterminé pour la qualification de document administratif ;
- compte tenu du texte, de sa logique, de la conception large de la notion d'informations environnementales dans la jurisprudence de la Cour de justice et de la doctrine

⁹ Si la protection des droits de propriété intellectuelle peut justifier un refus, nous ne voyons pas comment cette exception pourrait être opposée à la communication des données chiffrées sur les rejets, sans précision sur les dispositifs techniques mis en œuvre.

administrative, nous ne voyons pas comment vous pourriez prendre sur vous d'affirmer, au risque d'être déjugé par la Cour de justice, qu'il résulte clairement de la directive que cette qualification devrait être écartée. Vous exposeriez inutilement la France à une action en manquement. Il vous faudrait poser une question préjudicielle ;

- l'administration doit, en toute hypothèse¹⁰, apprécier au cas par cas l'intérêt d'une divulgation et motiver son refus, de sorte que l'application de ce régime n'ouvrirait pas nécessairement une fausse fenêtre ;
- enfin, cette qualification conduirait à redonner la main au législateur national, à qui il appartient de déterminer le niveau de transparence qu'il souhaite assurer en la matière et, le cas échéant, dans d'autres, en transposant ou non l'exception propre aux « communications internes ». Le projet de loi dit « climat et résilience » présenté ce matin en conseil des ministres constitue un vecteur idoine.

PCMNC :

- **à l'annulation du jugement ;**
- **au renvoi de l'affaire au tribunal ;**
- **et à ce que la somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Eurométropole au titre des frais irrépétibles dans le cadre de l'aide juridictionnelle.**

¹⁰ Y compris pour la mise en œuvre de l'exception applicable aux « communications internes », si elle est transposée en droit français, puisque la directive prescrit expressément de procéder à une mise en balance en pareil cas.