

N° 369808

M. B...

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 4 septembre 2015

Lecture du 21 septembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette affaire vous invite à percer le mystère de l'article 3 de la loi dite CADA¹ du 17 juillet 1978. Cet article dispose que « toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées » et ajoute que « Sur sa demande, ses observations à l'égard desdites conclusions sont consignées en annexe au document concerné ». Qualifiée de disposition la plus novatrice de la loi par son rapporteur au Sénat, elle n'a visiblement pas connu le succès escompté, les citoyens l'invoquant très exceptionnellement devant la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et plus rarement encore devant le juge. De sorte que plus de cinquante ans après la consécration législative de l'expression « conclusions opposées à un administré », votre jurisprudence parcimonieuse n'a défini ni le terme « conclusions », ni le verbe « opposer ».

M. B... exerçait les fonctions de chef du bureau des étrangers de la préfecture de la Haute-Saône quand la Commission nationale de déontologie et de sécurité (CNDS) fut saisie d'une réclamation relative aux conditions de mise en œuvre de mesures d'éloignement auxquelles il avait participé. La CNDS, après avoir entendu les personnes impliquées, a rendu un avis², dans lequel elle estime qu'il a été procédé à une « *pénétration irrégulière au domicile* » des intéressés ainsi qu'à un « *déploiement de force disproportionné et non immédiatement nécessaire* ».

Mécontent de cet avis, M. B... a demandé la communication de l'ensemble des pièces du dossier y ayant abouti. Après saisine de la CADA, par une décision du 18 janvier 2011, a refusé de lui transmettre les procès-verbaux des auditions des plaignants et témoins, dont la CADA avait estimé qu'ils faisaient apparaître des comportements de ces derniers dont la divulgation serait susceptible de leur porter préjudice.

M. B... ayant porté ce refus devant le tribunal administratif, le Défenseur des droits, ayant repris les compétences de la CNDS³, a estimé qu'un moyen de procédure était vraisemblablement fondé. Il a, par une décision du 12 décembre 2011, retiré en cours d'instance la décision de refus initiale, en la réitérant sur le fond. Le jugement prononce un

¹ n° 78-753

² n° 2009-121 du 14 décembre 2009.

³ en vertu de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 et de la loi n° 2011-334 du même jour.

non-lieu sur les conclusions dirigées contre le refus initial (article 1^{er}) et rejette les conclusions relatives aux procès-verbaux d'audition (article 4). M. B... se pourvoit en cassation contre ces deux articles.

○ **Les conclusions dirigées contre l'article 1^{er} posent une minuscule question de procédure.**

Le tribunal, saisi de la décision retirée, a voulu donner une visée utile aux conclusions en « translatant » leur portée contre la décision de retrait. Il s'est fendu d'un considérant de principe aux termes duquel « lorsqu'une décision a été retirée en cours d'instance, le juge ne peut que déclarer sans objet les conclusions dirigées contre elle ; (...) toutefois, dans le cas où aucun des éléments de son dispositif, ni de ses motifs, n'a été modifié, et qu'un aménagement de forme a seul entraîné le retrait, les conclusions doivent être regardées comme également dirigées contre la nouvelle décision ». Ce faisant, il s'est inscrit dans un courant initié par un jugement du tribunal administratif de Lyon du 13 avril 1989 publié au Recueil⁴.

Cette vogue jurisprudentielle ne nous semble opportune que pour autant qu'elle entend prescrire au juge, confronté à un tel cas de figure, d'interpréter autant que faire se peut les conclusions comme dirigées aussi contre la seconde décision. Elle ne saurait en revanche autoriser le juge ni à inventer de toutes pièces des conclusions qui n'existent pas (v. en ce sens CE, 11 juin 1999, *Région Languedoc Roussillon*, n° 169740, T. p.), ni surtout à prononcer le non-lieu sur la décision initiale si toutes les conditions n'en sont pas remplies.

Or en l'espèce, M. B... ne conteste pas l'*ultra petita* commis⁵, mais le non-lieu sur ses conclusions initiales. Il fait valoir que le tribunal l'a prononcé sans vérifier que le retrait avait acquis un caractère définitif, condition pourtant requise par la jurisprudence (CE, 19 avril 2000, *C...*, n° 207469, p.)⁶. Le requérant en déduit que le tribunal a commis une erreur de droit. Il ajoute que la décision de retrait n'était pas définitive, puisqu'elle ne lui avait pas été notifiée avec mention des voies et délais de recours.

Sur ce dernier point, nous pensons que M. B... a tort : en tant qu'elle retire la décision de refus du 18 janvier 2011, la décision du 12 décembre ne lui fait pas grief de sorte qu'il aurait été irrecevable à l'attaquer (v., pour une interprétation dissociée des conclusions dirigées contre un acte unique en tant qu'il retire et en tant qu'il substitue, CE, 23 septembre 2013, *Confédération pour les entrepreneurs et la préservation du Pays du Bassin d'Arcachon*, n° 359270, T. p.). La question de l'information sur les voies et délais de recours, qui n'a vocation à jouer que pour permettre un recours de l'intéressé, nous semble donc inopérante à l'égard du seul retrait. Dès lors et étant entendu que le délai de recours

⁴ *M...*, n° 8904LYMPO. Sa filiation, suggérée par la note de rapprochement, avec la décision de Section CE, 13 mars 1970, *Eoux L...*, n° 74278, p., qui se borne à juger que lorsqu'un arrêté préfectoral a modifié et complété un précédent arrêté sans l'avoir ni retiré ni abrogé, la demande dirigée contre l'arrêté initial n'est pas devenue sans objet, ne nous apparaît pas avec la force de l'évidence.

⁵ Qui n'est pas d'ordre public : CE, 2 mars 1990, *D...*, n° 79932, p.

⁶ N'en sont dispensés que le recours de plein contentieux (CE, 5 juillet 2006, *Entreprise H. Olivo*, n° 259061, p.), parce que le juge s'en tient à la situation de droit qu'il constate au moment où il statue, et le contentieux des demandes d'abrogation en excès de pouvoir (CE, 30 mai 2005, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n° 250516, T. pp. 1029 1047⁶, dissipant sur ce point les ambiguïtés de CE, 30 décembre 2002, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 238032, T. p. 881), parce qu'il n'a pas vocation à avoir de portée rétroactive.

ouvert aux tiers⁷ était pour sa part expiré à la date du jugement, il nous semble que le retrait était bien définitif.

Reste que le tribunal administratif ne l'a pas vérifié et que vous pourriez en toute rigueur annuler le jugement sur ce point, avant de prononcer vous-mêmes le non-lieu. Compte tenu du caractère platonique d'une telle cassation, nous nous laissons aller à vous proposer plutôt une lecture bienveillante du jugement comme ayant implicitement mais nécessairement estimé que la décision de retrait était devenue définitive. A ce prix, vous pourrez rejeter les conclusions dirigées contre l'article 1^{er}.

- **Les conclusions dirigées contre l'article 4 posent des questions de fond plus intéressantes**, étant entendu que les moyens de régularité – omission à statuer et insuffisante motivation – sont démentis par la lecture du jugement.

La **première question**, sur laquelle vous devrez vous interroger d'office, porte sur le **régime de communication des documents que le Défenseur des droits détient**. Si les documents litigieux ont été élaborés ou collectés par la CNDS, c'est bien le Défenseur des droits qui est débiteur de l'obligation de communiquer, le fait générateur du droit à communication étant, aux termes de l'article 2 de la loi CADA, la détention du document.

Dans une récente affaire *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ Mme N... et société éditrice de Mediapart*, (CE, Assemblée, 27 mars 2015 ; n° 382083, p.), l'Assemblée du contentieux s'est demandée si la communication des documents relatifs à l'élection présidentielle était régie par les dispositions de la loi CADA ou relevait de la compétence du législateur organique, en vertu de l'article 6 de la Constitution. La question pourrait se poser pour les documents détenus par le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle dont le statut est en partie régi par la loi organique.

L'article 71-1 de la Constitution, toutefois, ne rend le législateur organique compétent que pour définir les conditions de saisine du Défenseur, ses attributions et modalités d'intervention, ainsi que le rôle du collègue. Indépendamment même de votre décision d'Assemblée, et *a fortiori* au vu de l'interprétation restrictive du champ organique qu'elle retient, il ne fait pas de doute que le régime de communication des documents détenus par le Défenseur des droits relève de la loi ordinaire. Et nous n'apercevons rien dans la loi organique, ni d'ailleurs dans la loi ordinaire le concernant, qui ferait obstacle à l'application de la législation du 17 juillet 1978 : ni les dispositions relatives à la publicité de ses actes, ni celles relatives au secret professionnel auquel il est astreint, ne sont de nature à éclipser la loi générale, mais nécessitent simplement d'être combinées avec elle⁸.

La **seconde question** est relative à la **portée de l'article 3 de la loi CADA**.

Devant le tribunal administratif, M. B... soutenait que les procès-verbaux d'audition constituent des documents administratifs dont les conclusions lui sont opposées pour en

⁷ A supposer que quelque tiers que ce soit ait eu intérêt pour attaquer la décision dans cette mesure, ce qui semble bien improbable.

⁸ dans le cadre de ses articles 2 (caducité du droit à communication à compter de la publication) et 6 (protection du secret professionnel au titre des secrets protégés par la loi).

déduire qu'ils devaient lui être communiqués sans aucune restriction. Le jugement répond, d'une part, que le contenu de ces documents ne lui a pas été opposé, faute de décision ultérieure intervenue ou même envisagée sur leur fondement, d'autre part que, si tel était le cas, cela n'aurait pas pour effet de déroger aux secrets protégés par l'article 6 de la loi CADA. M. B... y voit deux erreurs de droit successives.

Aucun des deux moyens n'appelle de réponse évidente. Notre seule certitude est qu'il faut renoncer à l'idée que la lettre de l'article 3 serait parfaitement claire. Il semble en effet que les menus dommages parfois causés à la cohérence des textes par les vicissitudes du débat parlementaire aient frappé la loi CADA, dans sa version initiale, avec une ampleur inhabituelle. A titre d'exemple, alors que l'article 3 adopté en première lecture visait au premier chef les documents nominatifs, il a survécu sans modification au coup de théâtre qui a conduit, en deuxième lecture, à préciser que la loi n'avait finalement vocation à régir que le droit d'accès aux documents non nominatifs. Aussi a-t-il fallu, jusqu'à ce que le législateur intervienne à nouveau pour élargir le champ d'application de la loi CADA, interpréter l'article 3 comme dérogeant implicitement à l'article 1^{er} qui fixait pourtant le champ d'application de la loi dans son ensemble (v. sur ce point les conclusions Massot sur la décision CE, 20 janvier 1988, *Mme T...*, n° 68506, p.). Dans ce contexte, nous n'hésiterons pas pour nous guider à nous référer aux travaux préparatoires.

L'examen du premier moyen impose de cerner la situation d'un administré qui se voit opposer les conclusions d'un document administratif. Pour M. B..., il suffit qu'un document mentionne un administré pour qu'il soit regardé comme lui opposant ses propres conclusions ; selon le jugement attaqué, ce n'est que lorsqu'une décision ultérieure est prise ou envisagée sur la base d'un document administratif que le contenu de celui-ci devient communicable sur le fondement de l'article 3.

Sur ce point, votre jurisprudence n'est d'aucun secours⁹. Dans son silence, la CADA a fait des termes de l'article 3 une lecture fluctuante, diversement interprétée par la doctrine. Selon le Jurisclasseur¹⁰, l'article 3 n'implique pas qu'une décision ultérieure soit intervenue sur le fondement du document source, mais seulement que celui-ci soit achevé ; selon le répertoire Dalloz¹¹, sous la plume d'Alexandre Lallet, non seulement l'article 3 permet la communication du document source avant l'édition d'une décision ultérieure¹², mais il permet même l'accès au contenu du document source au fil de son élaboration¹³. Dans ses observations, la CADA se réfère à deux de ses avis, l'un estimant non communicables des documents qui ne peuvent pas par eux-mêmes servir de fondement à une procédure à l'égard des personnes qu'ils citent, l'autre estimant communicables des documents qui ont été à l'origine d'une décision ultérieure défavorable. Les explications données sur son site internet retiennent, selon leurs propres termes, une lecture « restrictive », selon laquelle l'article 3 ne sert qu'à contester le sens d'un document sur lequel l'administration s'appuie pour prendre une décision.

⁹ Tout au plus précise-t-elle qu'une administration qui refuse le concours de la force publique n'oppose pas ce faisant au demandeur les documents recueillis au cours de l'enquête (CE, 30 mai 1986, *Mme G... et E...*, n° 66740).

¹⁰ Volume « accès aux documents administratifs ».

¹¹ Article « documents administratifs ».

¹² faisant ainsi échec à l'incommunicabilité de principe des documents préparatoires.

¹³ pour contourner l'incommunicabilité de principe des documents inachevés.

La lecture des travaux parlementaires conforte cette lecture restrictive.

Dans sa version introduite en première lecture par l'Assemblée nationale, l'article 3 disposait que : « Toute personne mise en cause dans un rapport (...) doit être mise à même de prendre connaissance de la partie du rapport qui la concerne et d'y répondre par écrit. Cette réponse écrite fait partie intégrante du rapport. (...) ». Le dispositif s'inspirait explicitement du « droit de réponse » ouvert aux administrations visées par un rapport de la Cour des comptes, qu'il s'agissait de transposer aux citoyens visés par un rapport administratif.

La commission des lois du Sénat a, toutefois, sérieusement tempéré la portée de cet article. Elle a estimé que la notion de mise en cause était trop vague ; elle a identifié un risque de paralysie administrative, dans le cas où ce droit déboucherait sur une véritable élaboration contradictoire des documents ; elle lui reprochait de créer un *hiatus* avec les règles d'accès aux informations contenues dans les fichiers, la toute récente loi CNIL ouvrant à toute personne le droit de connaître les informations utilisées dans les traitements dont les résultats lui sont opposés. Aussi a-t-elle modifié l'article dans le sens de sa rédaction définitive, en l'expliquant en ces termes : « toute personne aura le droit de connaître des informations contenues dans tout document administratif, (et non seulement dans un rapport) lorsqu'une décision ayant pour base lesdites informations lui sera opposée. »

Y a-t-il lieu d'aller plus loin et d'estimer que l'article 3 permet d'obtenir communication de tout document simplement susceptible de fonder une décision administrative, sans attendre son édicition ?

Nous ne le croyons pas, car enfin de trois choses l'une. Soit le document A est lui-même opposable et il ne l'est alors qu'à condition d'être notifié à l'intéressé, le droit d'accès de l'article 3 ne servant à rien, et le droit d'annotation étant, en l'absence de suites engagées sur le fondement du document, relativement inutile. Soit une décision B est prise ou envisagée sur son fondement, et nous proposons de dire que l'article 3 joue. Soit une décision B est envisageable sur son fondement, mais n'intervient jamais : dans ce cas, la communication et le droit d'annotation ne servent pas à grand-chose, tout en méconnaissant l'intention du législateur, qui a été de faire de l'utilisation administrative des informations contenues dans A le fait générateur de leur communicabilité. Nous proposons donc d'écarter le moyen.

Le moyen suivant est tiré de l'erreur de droit à avoir estimé que les secrets protégés par l'article 6 de la loi étaient inopposables dans le champ de l'article 3. Sa portée utile est nulle dans le cadre du litige puisque nous venons de dire que nous n'étions pas dans le champ de l'article 3. Mais dès lors que la cour a retenu ce motif sans le marquer comme subsidiaire par rapport au précédent, il vous appartient de contrôler aussi sa véracité juridique.

L'article 6 exclut certaines catégories de documents administratifs¹⁴ du droit à communication posé par l'article 1^{er} de la loi. Son I liste des documents dont l'incommunicabilité est absolue, soit en raison de leur nature (1^o¹⁵ : avis du Conseil d'Etat,

¹⁴ Ou parties de documents, dans la mesure où peut jouer le III du même article, permettant la communication de documents préalablement coupés ou occultés.

¹⁵ A savoir : Les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 141-10 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents

documents d'enquêtes de l'Autorité de la concurrence, pièces détenues par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique), soit en raison des secrets qu'ils comportent ^{16o} : secret des délibérations du gouvernement, de la défense nationale, secret professionnel ou encore secret des procédures juridictionnelles, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente). Son II¹⁷ liste des documents dont l'incommunicabilité est relative, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être communiqués « qu'à l'intéressé », c'est-à-dire au bénéficiaire du secret : c'est le cas des documents touchant à la vie privée, au secret médical, au secret industriel et commercial, qui portent une appréciation sur une personne physique, ou encore qui font apparaître le comportement d'un tiers dont la divulgation pourrait lui porter préjudice.

Sur l'articulation de ces secrets avec l'article 3, les travaux préparatoires sont muets. Votre jurisprudence en revanche a posé quelques modestes jalons. Par une décision CE, 10 février 2010, *Société Chevron Reunion Limited*, n° 299517 non fichée, la 9^{ème} sous-section jugeant-seule a tranché la question en ce sens que : « l'article 3 (...) s'applique dans les conditions fixées par l'article 2 (...), qui prévoit que [la communication] sous réserve des dispositions de l'article 6 ». La modestie du niveau de formation de jugement retenue tient non seulement à l'éminence de votre 9^{ème} sous-section, mais également à l'idée, véhiculée par la doctrine, selon laquelle des indices en ce sens figuraient dans la décision *T...* n° 68506 précitée. Nous peinons à trouver dans cette décision quelque élément décisif emportant la solution. Les conclusions du président Massot, toutefois, peuvent être lues comme donnant une préférence en faveur de cette interprétation. C'est également la ligne que défend la CADA dans ses observations.

Nous vous invitons à poursuivre sur cette voie. Juger que l'article 3 fait sauter dans son champ les verrous à l'article 6 reviendrait à attirer dans le droit à communication des documents incommunicables par nature, dont il convient de relever qu'ils étaient, jusqu'en 2005¹⁸, explicitement exclus du champ d'application de la loi, et qu'ils n'ont été rapatriés dans son giron que parce que, étant des documents administratifs, il était plus logique de les traiter comme tels, à condition de les soustraire à toute communication. Cela reviendrait aussi

élaborés ou détenus par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans le cadre des missions prévues à l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 1414-3-3 du code de la santé publique, les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées.

¹⁶ A savoir : Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; / b) Au secret de la défense nationale ; / c) A la conduite de la politique extérieure de la France ; / d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ; / e) A la monnaie et au crédit public ; / f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ; / g) A la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ; / h) Ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi.

¹⁷ « II.-Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : -dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; / -portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ; / -faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice. (...) ».

¹⁸ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005.

à rendre potentiellement communicables des informations couvertes par des secrets éminents comme celui de la défense nationale - ou du déroulement de vos procédures. Même si la probabilité que ce risque se réalise est faible, tant l'article 3 est rarement applicable, il nous semble délicat de vous faire assumer l'ouverture d'une telle brèche, sans indication en ce sens dans les travaux préparatoires. Car il nous semble que s'il avait pris au législateur l'envie de déroger aux secrets indérogeables, il l'aurait évoqué au cours de ses travaux.

Cette étanchéité a l'inconvénient de laisser subsister des situations choquantes, dans lesquelles un administré se verrait opposer les conclusions d'un document auquel il n'aurait pas accès sans que les secrets opposés aient nécessairement un degré d'éminence justifiant qu'ils priment systématiquement l'objectif de dialogue contradictoire posé par l'article 3. C'est pour y remédier que la CADA s'est parfois risquée, tout en rappelant que l'article 6 était opposable dans le champ de l'article 3, à jouer sur la notion de personne « intéressé[e] » à laquelle les documents couverts par un secret relatif sont communicables. Elle a ainsi estimé que l'administré qui se voit opposer les conclusions d'un document administratif doit aussi être regardé comme intéressé au sens du II de l'article 6 et se voir communiquer le contenu du document en cause dans la stricte mesure nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense. Cette lecture constructive, qui permet de concilier au plus juste les droits de l'administré cible et ceux des tiers mentionnés dans le document, nous semble suffisamment raisonnable et pragmatique pour pouvoir, le moment venu, être cautionnée. Pour autant, le tribunal n'a pas ici commis d'erreur de droit en jugeant que les articles 3 et 6 n'étaient pas exclusifs l'un de l'autre : vous devrez écarter le moyen.

Enfin, dès lors que nous sommes en tout état de cause hors champ de l'article 3, vous écarterez le moyen tiré, à titre subsidiaire, qu'indépendamment de cet article, M. B... aurait la qualité d'intéressé permettant de prendre connaissance des témoignages révélant le comportement de tiers. Et le tribunal n'a pas dénaturé les documents en estimant qu'ils révélaient un tel comportement.

PCMNC – Rejet.