

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette affaire pose la question des délais de recours, et plus précisément la question inédite de la mention des délais de recours, en matière de refus de communication de documents administratifs.

Le litige trouve son origine dans la passation, par le centre hospitalier auteur du pourvoi, qui se trouve à Saint-Martin en Guadeloupe, d'un marché à procédure adaptée pour le renouvellement de son parc d'imprimantes. M. A..., dont l'entreprise était candidate et n'a pas été retenue, a souhaité obtenir communication, sur le fondement de ce qui était encore la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, de documents relatifs à ce marché. Le 30 avril 2014, le centre hospitalier lui a communiqué une partie des documents sollicités et refusé de lui communiquer le reste. Le 12 mai 2014, M. A... a saisi la commission d'accès aux documents administratifs qui a émis un avis favorable à la communication du surplus de documents le 19 juin 2014, sous réserve de l'occultation préalable de certaines mentions couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale. Le 4 août 2014, le centre hospitalier lui a communiqué une partie des documents en cause, mais toujours pas la totalité. M. A... a alors relancé l'hôpital le 25 septembre 2014 puis, sans réponse, a fini par saisir le tribunal administratif de Saint-Martin le 28 octobre 2014.

En défense, le centre hospitalier a fait valoir que ce recours était tardif. Le tribunal administratif a estimé qu'il ne pouvait pas l'être, faute pour l'intéressé d'avoir jamais eu notification des voies et délais de recours. Il est important de relever qu'il l'a fait en n'analysant pas la transmission du 4 août 2014 comme portant refus exprès de communiquer les autres documents, mais en estimant qu'une décision implicite de refus était née s'agissant de ces derniers. Après avoir écarté la fin de non-recevoir, il a ensuite, avant dire droit, ordonné la production hors contradictoire des documents, en application de votre jurisprudence CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ H...*, n° 95310, p. 464, afin d'apprécier leur communicabilité.

C'est contre ce jugement avant dire droit que le centre hospitalier se pourvoit en cassation directe devant vous. Lorsque le jugement a été rendu en effet, n'était pas encore en vigueur le décret n° 2015-1145 du 15 septembre 2015¹ introduisant dans le CJA l'article

¹ Dont l'article 27 précise que l'article 20, qui nous intéresse, s'applique aux décisions rendues après son entrée en vigueur.

R. 821-1-1 qui a étendu à la cassation la possibilité ouverte de longue date par l'article R. 811-6 pour l'appel, de ne contester le jugement avant-dire droit qu'à l'occasion d'un éventuel recours contre le jugement au fond. Or l'absence de cette faculté conduisait fréquemment l'administration à contester les mesures d'instruction de type *Banque de France c/ H...* (n° 95310), afin surtout de critiquer les motifs qui en étaient le soutien nécessaire, de peur qu'ils deviennent définitifs et ne puissent plus être remis en cause au stade du jugement au fond (v. sur ce point la regrettable jurisprudence CE, 4 août 2006, *Caisse des dépôts et consignations c/ K...*, n° 268497, T. p.). Ainsi et alors même qu'une telle contestation ne servait, en matière de dispositif, pas à grand-chose, car le caractère éventuellement frustratoire de telles mesures d'instruction, qui ne sont pas coûteuses, ne vaudrait pas nécessairement qu'on y consacre un recours, vous avez admis la recevabilité d'une telle contestation, et jugé d'ailleurs qu'elle relevait de la cassation directe (CE, 20 février 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 350382, p.).

En l'espèce, c'est bien le raisonnement de recevabilité qui sous-tend nécessairement² le dispositif décidant une mesure d'instruction que le centre entend contester. Son moyen principal consiste en effet à soutenir que le raisonnement du TA aboutissant à dénier la tardiveté est entaché d'erreur de droit. Pour vous éclairer sur ce moyen, il nous faut donc restituer le raisonnement du TA, ce qui revient aussi à vous présenter les textes qui façonnent le paysage juridique sur la question.

Aux termes de ce qu'étaient alors la loi CADA et son décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 d'application, le mécanisme administratif et contentieux de contestation des refus de communiquer des documents administratifs, désormais repris par le code des relations entre le public et l'administration, était le suivant :

- la demande de communication est adressée à l'administration dont l'intéressé s' imagine qu'elle détient le document sollicité, quitte à ce que cette dernière doive transmettre ensuite la demande à une autre administration qui le détient vraiment (art. 2) ;
- le silence gardé par l'administration pendant un mois à compter de la réception de la demande par l'administration compétente³ vaut décision de refus (art 17 du décret) ; si une décision explicite intervient dans ce délai, elle doit être motivée et comporter l'indication des voies et délais de recours (art. 25 de la loi).

Ainsi systématiquement doté, au bout d'un mois, d'une décision explicite ou implicite de refus, l'intéressé dispose d'un délai de deux mois pour saisir la CADA (art. 17, devenu R. 343-1 du code), et ce à peine d'irrégularité de la procédure, donc d'irrecevabilité ensuite d'un éventuel recours contentieux (CE, sect., 25 juillet 1986, *R...*, n° 34278, p. 215). A compter de cette saisine :

² Malgré la lecture restrictive des motifs au soutien nécessaire du dispositif que donne désormais votre jurisprudence en matière d'avant dire droit ordonnant une mesure d'instruction (CE, Assemblée, 27 mars 2015, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ Mme M... et société éditrice de Mediapart*, n° 382083, p.), il nous semble qu'un motif écartement explicitement une fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la demande peut difficilement se voir dénier cette qualification.

³ Formulation qui ne vous empêche pas de juger que le délai de naissance de la décision implicite court à compter de sa réception par l'administration initialement saisie, quand bien même elle n'est pas l'autorité compétente : CE 15 oct. 2014, *Min. de l'Économie et des Finances c/ ADIFE - P & T et a.*, n° 365058, T. p.

- la CADA est tenue d'enregistrer la demande et d'en accuser réception (mêmes articles) ;
- la CADA dispose alors d'un délai d'un mois à compter de l'enregistrement pour émettre son avis et le notifier à l'intéressé et à l'administration (art. 19 du décret devenu R. 343-3), même si la méconnaissance de ce délai n'emporte aucune sanction (CE, 9 mars 1983, *Association SOS Défense c/ Conseil d'État*, n° 43501, T. p. 729).

Une fois l'avis émis, la balle repasse dans le camp de l'administration :

- l'administration dispose d'un mois à compter de la réception de l'avis de la CADA pour informer cette dernière des suites qu'elle entend donner à l'avis (mêmes articles). Là encore, aucune sanction contentieuse possible en cas d'abstention (CE, 19 mars 1993, *G...*, n° 51035, T. p. 783) ;
- pour pallier l'éventuelle inertie de l'administration, sachant que le droit d'accès déroge au nouveau principe selon lequel le silence gardé par l'administration sur une demande vaut acceptation⁴, l'art. 19 du décret prévoit que le silence gardé par l'administration pendant un délai de deux mois à compter de l'enregistrement de la demande de l'intéressé par la commission vaut décision de refus (v. désormais, avec une rédaction légèrement différente, supprimant notamment le mot confirmation art. R. 343-4 et R. 343-5).

On voit qu'il existe une bizarrerie, car alors même que les textes placent clairement la responsabilité de la communication ou de son refus entre les mains de l'administration, la CADA n'émettant qu'un avis non contraignant qui n'est d'ailleurs pas susceptible de recours, c'est l'enregistrement de la demande par la CADA, et non un comportement de l'administration, qui déclenche le délai de naissance d'une éventuelle décision implicite de refus attaquable devant le juge.

Quoi qu'il en soit, une décision de refus de communication ainsi confirmée, explicitement ou implicitement, après avis de la CADA est alors attaquable devant le tribunal administratif dans le délai contentieux de droit commun posé par les articles R. 421-1 et R. 421-2 du CJA, à savoir deux mois à compter de la notification de la décision expresse ou, à défaut, de la naissance de la décision implicite de refus née en vertu de l'article 19 du décret.

C'est alors qu'entre en scène la question de la notification des voies et délais de recours.

Lorsque la décision de refus est explicite, il résulte de l'article R. 421-5 du code de justice administrative que le délai contentieux ne court qu'à condition d'avoir été indiqué au requérant dans la notification de la décision.

⁴ L'article 1er du décret no 2014-1264 du 23 octobre 2014 prévoit que le silence de l'État ou de ses établissements publics administratifs continue à valoir rejet pour les demandes relatives à l'accès aux documents ou informations qu'ils détiennent ou que détient l'administration des archives. En l'espèce, ce principe était de toute façon inapplicable *rationae temporis* à la demande de M. A....

Lorsque la décision de refus est implicite, comme c'est le cas en l'espèce dans le raisonnement tenu par le TA, la marche à suivre est moins claire.

Il nous semble certes évident qu'un requérant qui ne s'est jamais vu notifier les voies et délais de recours contentieux ne peut pas se voir opposer une tardiveté, et ce d'autant plus que ces délais ne sont, eu égard aux conditions exotiques de naissance de la décision implicite de refus, franchement pas intuitifs. L'article 19 de la loi DCRA n° 2000-321 du 12 avril 2000, devenu L. 112-6 du code, qui s'applique en l'absence de disposition y faisant obstacle dans la loi CADA, dispose que l'administration est tenue d'accuser réception des demandes avec mention des voies et délais de recours et que faute de le faire, alors les délais de recours ne sont pas opposables. Il est vrai que la loi DCRA n'a pas tout à fait le même champ que la loi CADA (elle ne s'applique notamment pas aux EPIC et aux personnes privées chargées d'un SPIC). Mais même lorsque l'on tombe hors du périmètre de recouvrement des deux lois, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, on retombe sur le principe exprimé par les dispositions de l'article R. 421-5 du CJA. Même si, curieusement, vous ne l'avez jamais expressément jugé, et même si cet article qui vise les cas de notification peut pour ce motif sembler inadapté au cas des décisions implicites, il nous semblerait singulier d'estimer que ce principe ne vaut pas pour de telles décisions et que, dans le champ du CJA qui déborde le périmètre de la loi CADA, ces dernières peuvent être enfermées dans un délai de recours dont l'intéressé n'a jamais eu connaissance.

Il nous semble moins évident de déterminer qui, et à quel moment, doit notifier les délais de recours contentieux aux futurs requérants.

L'économie de l'article 19 de la loi DCRA ne s'articule pas à merveille avec la procédure CADA que nous vous avons décrite. En effet, la décision de refus implicite qui est attaquant devant le juge est celle qui naît du fait d'une inertie de l'administration pendant deux mois à compter de la réception demande adressée non pas à l'administration, mais à la CADA. Pour autant, il nous semblerait curieux de faire reposer sur la CADA l'exigence d'indication des voies et délais de recours contentieux alors que son avis consultatif n'est lui-même pas susceptible de recours et que la question contentieuse n'intéresse que l'administration. Et à dire vrai, la difficulté est la même si l'on fait directement application de la règle exprimée par l'article R. 421-5 du CJA, qui dispose que les délais de recours ne courent contre une décision que si elle a été notifiée avec mention des voies et délais de recours : car la décision attaquée n'est pas l'avis de la CADA, qui ne notifie pas la décision implicite de l'administration et peut difficilement être regardée comme accusant réception pour elle. Vous avez d'ailleurs jugé, certes par une décision non fichée, que le moyen tiré de l'irrégularité de l'avis de la CADA à ne pas avoir mentionné les voies et délais de recours contentieux contre le refus de communication est inopérant (CE, 3 avril 1995, *W...*, n° 114542, inédite).

Il serait sans doute plus logique de remonter à la décision de refus initiale de l'administration, et d'estimer que c'est à ce stade que cette dernière, accusant réception d'une demande, peut indiquer les voies et délais de recours, entendues non pas seulement comme concernant la façon dont il y a lieu de saisir la CADA à peine d'irrecevabilité d'un recours contentieux ultérieur, mais aussi en détaillant l'ensemble des étapes ultérieures, c'est-à-dire le délai de naissance d'une décision implicite confirmative d'un refus à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de l'enregistrement de la demande faite à la CADA et l'existence ensuite d'un délai de deux mois pour la contester devant le tribunal administratif.

Nous relevons certes que vous avez jugé, par une décision CE, 15 novembre 2006, *T...*, n° 264636, T. p., qu'il résulte des dispositions de l'article R. 421-5 du code de justice administrative que la notification d'une décision administrative doit, s'agissant des voies de recours, mentionner, le cas échéant, l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ainsi que l'autorité devant laquelle il doit être porté ou, dans l'hypothèse d'un recours contentieux direct, les voies et délais d'exercice de celui-ci. Il s'en déduit naturellement que ne pèse sur l'administration, au stade du refus initial, d'obligation que de mentionner les voies et délais d'exercice du recours obligatoire devant la CADA. Vous avez confirmé cette approche par une décision CE, 26 mars 2012, *Ministre société Sonavi*, n° 325404, T. p. La loi DCRA elle-même n'exige rien de plus en prévoyant, à son article 19-2, que « Lorsque le recours contentieux à l'encontre d'une décision administrative est subordonné à l'exercice préalable d'un recours administratif, cette décision est notifiée avec l'indication de cette obligation ainsi que des voies et délais selon lesquels ce recours peut être exercé », sans indication, donc, de la mécanique ultérieure des délais de recours contentieux.

Rien ne l'impose, donc, mais rien ne l'interdit non plus. Et nous ne pensons pas que cette faculté de l'administration soit vidée de portée par votre jurisprudence assise sur la combinaison des articles 18 et 19 de la loi DCRA, qui exige qu'au stade l'exercice d'un recours préalable obligatoire ou non, les voies et délais de recours fassent obligatoirement l'objet d'une nouvelle notification à l'intéressé, par voie d'accusé de réception du recours ou de décision expresse de rejet, y compris dans le cas où ces voies et délais ont déjà été indiqués à l'intéressé en amont (CE, 19 février 2003, *Préfet de l'Hérault c/ H...*, n° 243427, T. p. et surtout l'hyper-protectrice décision CE, 7 décembre 2015, *M. F...*, n° 387872, T. p., d'ailleurs tout récemment cantonnée au cas des décisions individuelles par votre décision 8 juin 2016, *M. et Mme D...*, n° 387547, T. p.). Ces jurisprudences entendent en effet tirer les conséquences de l'article 18 en tant qu'il vise les recours gracieux ou hiérarchiques, ce qui n'est pas le cas du recours préalable obligatoire devant la CADA.

A dire vrai, le seul véritable obstacle théorique à cette construction est l'idée que la seconde décision de refus se substituerait à la première, ce qui pourrait sembler rendre obsolète les indications contenues dans la notification de la décision initiale disparue. Nous ne sommes pas certaine qu'il soit nécessaire de tirer cette conséquence et aurions tout de même tendance à admettre que l'intéressé exhaustivement informé au stade du refus initial peut se voir opposer les délais de recours par la suite.

Si vous reprenez cette construction, vous en viendrez à juger que le délai de recours contentieux contre une décision implicite de refus de communication de documents née après saisine de la CADA ne peut courir que si l'administration a fait usage de la faculté qui est la sienne d'indiquer ce délai de recours contentieux au stade du refus initial précédant cette saisine. Autant dire qu'il y a fort à parier que ces délais ne courront pratiquement jamais. C'est le constat que faisait Alexandre Lallet fascicule « Documents administratifs : accès et réutilisation » au répertoire Dalloz de contentieux administratif. Mais pas plus qu'elle n'inquiétait notre collègue, cette circonstance ne nous émeut. Car ainsi que le relevait le président Stahl dans ses conclusions de Section sur l'affaire *M. et Mme D...* (CE, 15 juillet 2004, n° 266479, p. 331), la question des délais de recours procède d'un nécessaire équilibre entre principe de légalité et droit au recours d'un côté, stabilité des situations juridiques de l'autre. Or en matière de refus de communication de documents administratifs, il n'existe aucun enjeu de stabilité des situations juridiques, les refus ne créant aucun droit, et n'ayant pour intérêt que de servir de marchepied vers un toboggan, fait de délais qui n'ont pour objet que de contraindre l'administration et la CADA à ne pas ralentir la marche

administrative et contentieuse devant mener l'intéressé à obtenir une réponse légale à sa demande. Le législateur en avait lui-même initialement pris acte, puisque l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978, puis l'article 2 du décret du 28 avril 1988, prévoyaient en cas de refus implicite une prorogation du délai de recours jusqu'à la notification à l'administré de la réponse de l'autorité compétente » (pour une application : CE 11 juillet 1990, *Centre hospitalier général de Neufchâteau*, n° 84994-85264, T. p. 780). Cette mention a été supprimée plus ou moins sciemment, par le décret du 30 décembre 2005. Nous ne voyons aucun obstacle à en rétablir l'esprit et à écarter pour ce motif le moyen central du pourvoi. Nous relevons d'ailleurs que son origine est prétorienne puisque, bien avant la loi DCRA, avant le décret de 1983 préfigurant l'article R. 421-5 du CJA et avant même que la loi CADA n'invente le système protecteur des décisions implicites de refus postérieures à sa saisine, vous aviez de vous-mêmes jugé que de telles décisions naissaient dans le délai, à l'époque de quatre mois, de la réception par l'administration de l'avis de la CADA, et que le délai de recours courait contre elles éternellement, sauf à ce qu'une décision explicite intervienne (le décret de 1988 n'a donc fait que codifier ce point : CE, Section, 19 février 1982, *Mme C...*, n° 24215, p.).

Le second moyen ne tient pas, dès lors qu'au vu du contrôle distant que vous exercez sur le choix des juges du fond d'ordonner une mesure d'instruction de type *Banque de France c/ H...* (n° 95310), il n'y a ni erreur de droit ni dénaturation à y avoir procédé en l'espèce.

PCMNC – Rejet du pourvoi.