

sommaire

CHRONIQUE

- La loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance : une nouvelle tentative de refondation des relations avec l'administration 255
Seydou TRAORÉ

JURISPRUDENCE

Actes des collectivités locales

Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative est-il un document administratif communicable ? 267

■ CE (10/9 CHR) 18 mars 2019, *Ministre de l'Économie et des Finances*, n° 403465

Conclusions Aurélie BRETONNEAU

Observations Jean François FINON

Compétences des collectivités locales

Le dossier de demande de permis de construire d'une mosquée et du local funéraire qui lui est adjoint, doit-il comporter l'habilitation pour la création dudit local ? 274

■ TA Lyon (9 CH) 2 avril 2019, *Scalzo et autres*, n° 1800317

Conclusions François BODIN-HULLIN

Police administrative

Le préfet peut-il légalement réquisitionner les veilleurs de nuit grévistes d'un établissement pour enfants en difficultés ? 280

■ CAA Lyon (3 CH) 11 décembre 2018, *Mme Marie-Josèphe Fournier*, n° 17LY00851

Conclusions Samuel DELIANCOURT

Fonction publique territoriale

La méconnaissance des règles du code des marchés publics par un directeur d'OPH constitue-t-elle une faute personnelle excluant tout droit à protection fonctionnelle ? 286

■ CAA Lyon (3 CH) 18 décembre 2018, *M. Romero*, n° 17LY01028

Conclusions Samuel DELIANCOURT

Un syndrome dépressif survenu dans un contexte de harcèlement moral, sur le lieu de travail, peut-il être regardé comme résultant d'un accident de service pour l'obtention d'une ATI ? 292

■ CE (7/2 CHR) 6 février 2019, *Mme Planage*, n° 415975

Conclusions Olivier HENRARD

Finances publiques locales

La taxe sur les friches commerciales instituée par une commune est-elle illégale si la commune qui l'a instituée est membre d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre qui dispose de la compétence relative à l'activité à laquelle la taxe est rattachée ? 296

■ TA Bordeaux (1 CH) 12 juillet 2018, *Préfet de Lot-et-Garonne c/ Commune de Marmande*, n° 1800300

Conclusions François BÉROUJON

Taxe sur les surfaces commerciales : la validation législative n'est pas inconstitutionnelle 299

■ CAA Lyon (3 CH) 25 septembre 2018, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, n° 16LY04276

Conclusions Samuel DELIANCOURT

Contentieux des collectivités locales

Quelle est la portée du pouvoir de « cristallisation » des moyens dont disposent les présidents de formation de jugement des tribunaux administratifs ? 306

■ CE Avis (10/9 CHR) 13 février 2019, *Société Active Immobilier et Eurl Donimmo*, n° 425568

Conclusions Anne ILJIC

De quels délais dispose un fonctionnaire pour contester une décision qui ne lui a pas été notifiée avec mention des voies et délais de recours ? ... 311

■ CE (7/2 CHR) 27 février 2019, *M. B... A*, n° 418950

Conclusions Gilles PELLISSIER

Comment peut-on faire jouer le référé « mesures utiles » face à un risque de dommage imputable à des travaux publics ? 316

■ CE 28 février 2019, *Société Sodifram*, n° 424005

Conclusions Sophie ROUSSEL

BRÈVES DE JURISPRUDENCE Sébastien FERRARI 320

L'OFFICIEL EN BREF Sébastien FERRARI 324

MODÈLE D'ACTE ARRÊTÉ MUNICIPAL PORTANT APPROBATION DU PLAN COMMUNAL DE SAUVEGARDE 330

BJCL

comité de rédaction

Bernard POUJADE

Professeur agrégé à l'Université Paris-Descartes
Avocat au Barreau de Paris

Michel DEGOFFE

Professeur agrégé à l'Université Paris-Descartes

François SÈNERS

Conseiller d'État

Jean-Claude Bonichot

Conseiller d'État

Xavier Cabannes

Professeur à l'Université Paris-Descartes

Pierre Collin

Conseiller d'État

Claire Cornet

Administrateur territorial

Sébastien Ferrari

Professeur agrégé des Facultés de droit
à l'Université Grenoble-Alpes

Lionel Fourny

Ancien Directeur général des services du département
de la Moselle – Ancien président de l'Association des
directeurs généraux et directeurs généraux
adjoints des services des départements et régions

Mattias Guyomar

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

Laetitia Janicot

Professeur agrégé à l'Université de Cergy-Pontoise

Christian Pisani

Notaire

Olivier Ritz

Ancien conseiller du comité de direction de la Caisse des
dépôts

Rémy Schwartz

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris I

Christophe Soulard

Conseiller à la Cour de cassation – Professeur associé à
l'Université de Lorraine

Laurent Touvet

Conseiller d'État

Éditorial

Agence nationale de la cohésion des territoires

La création de l'Agence nationale de la cohésion des territoires, établissement public de l'État, constitue un engagement du Président de la République auprès des élus locaux qui souhaitent une « *simplification dans le paysage des opérateurs de l'État intervenant au profit des territoires* ».

L'Assemblée nationale est en train d'adopter en dernière lecture après l'échec de la commission mixte paritaire (CMP) sur un texte commun avec le Sénat la mise en place de cette agence présentée comme devant être un soutien au service d'impulsions innovantes et positives.

Le rapport de Madame de Courson met en exergue le fait que « *contrairement aux appels à projets venus d'en haut qui bénéficient surtout à ceux qui ont les moyens techniques d'y répondre, elle accompagnera des projets de proximité pour développer l'attractivité de chacun et la solidarité des territoires entre eux. Elle devra et saura répondre aux grands enjeux d'inclusion sociale, de transition écologique, de nouveau développement économique, de culture ou de mobilité dans un projet global qui fera de nos territoires des lieux de dynamisme* ».

L'échec de la CMP portait sur la gouvernance de l'agence le Sénat souhaitant une stricte égalité entre représentants de l'État et élus locaux ; les membres de l'assemblée voyaient dans cette composition un facteur de blocage avec indirectement un droit de veto permanent à ses délibérations. La rapporteure a proposé, pour répondre aux attentes des élus locaux, d'introduire une procédure de deuxième délibération à la demande des collectivités territoriales, afin de garantir à celles-ci que leur voix pourrait être entendue.

L'ANCT devra intervenir prioritairement, d'une part, pour les territoires présentant des difficultés particulières (pour soutenir tous leurs projets, qu'ils soient « classiques » ou innovants), et d'autre part, pour soutenir les projets innovants (qu'ils émanent de territoires en difficulté ou d'autres territoires).

Elle devrait assumer des missions qui relevaient pour partie d'autres organismes comme le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET), l'Établissement public d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux (EPARECA) qui disparaîtra et de l'Agence du numérique. ■

Bernard POUJADE

Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative est-il un document administratif communicable ?

RÉSUMÉ Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif et présente le caractère d'un document administratif communicable dans les conditions définies par les dispositions des articles L. 300-1 à L. 311-2 et du f) du 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Lorsqu'un tel contrat vise à éteindre un litige porté devant la juridiction administrative, sa communication est toutefois de nature à porter atteinte au déroulement de la procédure juridictionnelle engagée. Elle ne peut, dès lors, intervenir, sous réserve du respect des autres secrets protégés par la loi tels notamment le secret en matière commerciale et industrielle, qu'après que l'instance en cause a pris fin.

ABSTRACTS Régime des actes ■ Accès aux documents administratifs ■ Documents communicables ■ Protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative ■ Communication sous conditions (art. L. 300-1 à L. 311-2 et f) du 2° de l'art. L. 311-5 CRPA) ■ Existence.

CE (10/9 CHR) 18 mars 2019, *Ministre de l'Économie et des Finances*, n° 403465 – M. Reiller, Rapp. – Mme Bretonneau, Rapp. public.

Décision publiée au Recueil Lebon.

Conclusions

Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

L'impression de déjà-vu que plusieurs d'entre vous vont éprouver en se penchant sur cette affaire est normale : vos 10^e et 9^e chambres réunies, dans une formation légèrement différente, en ont déjà connu par une décision du 3 octobre 2018, qui a réglé la moitié de ce litige de communication de documents administratifs et, pour l'autre moitié, a ordonné avant-dire droit la production, hors contradictoire, du document sollicité – il s'agissait d'une application un peu hétérodoxe, car intervenant en cassation, de votre jurisprudence dite *H...* ¹.

Origine du litige

Comme nous vous l'avons expliqué au stade de l'avant-dire droit, le litige trouve son origine dans le bras de fer qui a eu

lieu, en 2015, entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes au sujet des tarifs des péages autoroutiers. À la suite de rapports de la Cour des comptes et de l'Autorité de la concurrence dénonçant un niveau de rentabilité net des sociétés concessionnaires d'autoroutes disproportionné aux risques et coûts auxquels elles étaient exposées, le gouvernement avait décidé d'un gel des tarifs des péages à compter du 1^{er} février 2015 par l'arrêté du 27 janvier 2015 relatif aux péages autoroutiers. Les sociétés concessionnaires mécontentes avaient alors formé devant les juridictions administratives des requêtes tendant à l'annulation de la décision de suspendre les hausses tarifaires et à l'indemnisation des préjudices qui en résultaient. Finalement, l'épisode s'était soldé par l'annonce, par communiqué de presse du Premier ministre du 9 avril 2015, de la conclusion d'un accord entre l'État et les sociétés d'autoroutes : selon le communiqué, cet accord devait permettre un investissement de 4,2 milliards d'euros d'investissement dans les infrastructures routières grâce à une mise à contribution financière de ces dernières. « Avec cet accord », disait le communiqué, « le gouvernement a atteint les trois objectifs qu'il avait fixés : Rééquilibrer les

¹ CE S. 23 décembre 1988, *Banque de France c/ H...*, n° 95310 : Rec., p. 688 ; v. aussi, pour son applicabilité au cas où il s'agit de déterminer le caractère non pas seulement communicable, mais administratif ou non du document : CE 14 mars 2003, *M. K...*, n° 231661 : Rec., T., p. 787.

contrats dans l'intérêt des usagers et de l'État [...] Dégager des ressources nouvelles pour le financement des infrastructures de transport. [...] Contribuer à la relance de l'activité économique et permettre des créations d'emploi dans le secteur des travaux publics. »

Le 28 avril suivant, M. A..., mu par une curiosité que vous lui connaissez bien, s'est empressé de solliciter du ministre de l'Économie de l'époque la communication de l'accord révélé par le communiqué de presse, ainsi que des avenants aux contrats passés entre l'État et les sociétés concessionnaires en application de cet accord, et d'autres documents relatifs à des marchés antérieurement conclus. N'obtenant pas de réponse, il a saisi le 4 juin 2015 la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et obtenu le 9 juillet 2015 un avis favorable à la communication. Le silence du ministre ayant perduré plus de deux mois à compter de la saisine de la commission², M. A... a déféré au tribunal administratif de Paris le refus implicite de communication né le 9 septembre 2015, et le tribunal administratif lui a donné entière satisfaction.

Abandonnant le combat s'agissant des marchés, le ministre s'est pourvu en cassation contre le jugement en tant seulement qu'il se prononçait sur la communicabilité de l'accord du 9 avril 2015 et des avenants aux concessions. Par votre décision du 3 octobre 2018, vous avez définitivement scellé le sort des avenants, en confirmant l'annulation du refus de communication prononcée par le tribunal administratif, mais en censurant l'injonction de communiquer au motif qu'à la date du jugement, les documents avaient fait l'objet d'une diffusion publique. Ne reste donc plus en litige que le caractère communicable de l'accord du 9 avril 2015. S'agissant de cet accord, le déroulement de l'instance contentieuse a d'abord conduit à amplifier l'enjeu du litige. Il est en effet apparu, dans la défense du ministre, que le communiqué de presse, en annonçant les sacrifices consentis par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, était resté discret sur un autre aspect de l'accord du 9 avril 2015, à savoir que le gouvernement y souscrivait aussi, au bénéfice cette fois des sociétés, des engagements en contrepartie de leur renoncement à toute action contentieuse. Autrement dit, l'accord avait le caractère d'un protocole transactionnel, aiguisant d'autant plus la curiosité de M. A... quant au contenu des avantages consentis aux sociétés.

Pas de non-lieu à statuer

Mais le prolongement de l'instance a par la suite conduit à dégonfler sérieusement l'importance de votre intervention. Le 13 janvier 2019 en effet, Médiapart a publié sur son blog l'intégralité de l'accord du 9 avril 2015 qu'il s'était lui-même procuré. Cet incident extérieur à l'instance ne peut pas vous conduire à prononcer un non-lieu à statuer, même si la diffusion publique d'un document administratif en cours d'instance prive en principe d'objet le recours tendant à sa communication³. D'une part en effet, nous croyons que la

CADA a raison d'estimer, en l'absence de jurisprudence de votre part, que la notion de « diffusion publique » ne s'entend que des diffusions officielles et débouchant sur une mise à disposition du document gratuite ou à un coût modique n'excédant pas les coûts de reproduction et l'amortissement du matériel utilisé⁴ ; or l'accès au blog de Médiapart est payant. D'autre part, cette diffusion ne ressort pas des pièces du dossier. Il reste que la confidentialité à laquelle semble tenir le ministre est d'ores et déjà mise à mal, et que M. A... dispose d'une voie d'accès facile au document qu'il réclame, quel que soit le sens de votre décision.

Celle-ci n'en revêtira pas moins une certaine importance, car elle sera la première à se prononcer sur le caractère communicable ou non des protocoles transactionnels, au sujet desquels la CADA a développé une jurisprudence fournie débouchant – à la notable exception du cas d'espèce, mais parce que la CADA ignorait quand elle s'est prononcée que l'accord était une transaction – sur des refus systématiques de communication.

Thèse du pourvoi

Aux yeux de la CADA, et c'est la thèse que défend le pourvoi du ministre, les protocoles transactionnels conclus sur le fondement de l'article 2044 du code civil « sont [...] destinés à terminer ou à prévenir un litige devant une juridiction et ne peuvent être regardés comme des documents administratifs entrant dans le champ d'application de la loi du 7 juillet 1978 »⁵. Autrement dit, la CADA estime que les protocoles transactionnels se rattachent par nature à la catégorie des documents dits judiciaires ou juridictionnels et que vous excluez en cette qualité purement et simplement du champ d'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais codifiée aux articles L. 300-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Le ministre en déduit qu'il y a erreur de droit à avoir estimé qu'un protocole transactionnel revêtait le caractère d'un document administratif au sens de cette loi.

Catégorie des documents judiciaires et juridictionnels

Nous éprouvons des difficultés à adhérer au raisonnement du ministre et de la CADA. Comme vous le savez, la catégorie des documents dits tantôt judiciaires, tantôt juridictionnels, est une création prétorienne inventée pour exclure du

² Article R. 343-4 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

³ CE S. 17 janvier 1986, *Ministre de l'Économie, des finances et du budget c/ S. A. Dumons-Office des prix du bâtiment*, n° 62282 : Rec., p. 7, au motif que la loi dispose que : « Le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique. »

⁴ Pour les photographies aériennes de l'IGN : avis CADA n° 20071023 du 3 mai 2007 ; pour le dépôt de documents au greffe des tribunaux de commerce, dès lors qu'ils peuvent ensuite aisément être consultés soit sur place, soit, pour une somme modique, par l'intermédiaire du réseau Infogreffe, accessible par internet : conseil CADA n° 20050524 du 3 juillet 2005 ; pour les normes homologuées par l'AFNOR, consultables gratuitement au siège de l'organisme, dans ses antennes régionales et ses points d'accueil et accessibles par voie postale moyennant le paiement d'un montant fixé par l'émetteur de la norme : conseil CADA n° 20050541 du 17 février 2005.

⁵ Avis n° 20132534 du 25 juillet 2013, à propos d'un projet de protocole d'accord présenté à un conseil municipal sur le remboursement d'une créance ; n° 20143101 du 18 septembre 2014, à propos d'un protocole d'accord pour mettre fin à un litige entre la ligue de football professionnel et l'AS Monaco ; n° 201519178 du 4 juin 2015 pour un accord conclu entre voies navigables de France et une société à propos du calcul des redevances d'occupation du domaine.

droit d'accès les documents qui, par les liens trop intimes qu'ils entretenaient avec la fonction de juger (devant les juridictions administratives⁶ ou judiciaires), n'avaient rien d'administratif à vos yeux, et qui s'est par la suite progressivement étoffée. Vous y avez d'abord rangé l'ensemble des documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies⁷. Entrent au premier chef dans cette catégorie les décisions, arrêts et ordonnances produits par les juridictions dans l'exercice de la fonction de juger⁸, auxquels vous rattachez les pièces de la procédure⁹ et les documents établis dans son cadre¹⁰; s'y agrègent également les documents de travail internes aux juridictions¹¹.

Au-delà des seuls documents produits par les juridictions, vous avez également rangé dans la catégorie des documents juridictionnels des documents élaborés par une autorité administrative dès lors qu'ils sont indissociables d'une procédure juridictionnelle : CE 2 octobre 1994, *B...*¹², 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*¹³, 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 ; CE 19 juin 2017, *M. et Mme B...*¹⁴, pour les éléments d'information obtenus par perquisition ordonnée par le procureur de la République sur commission rogatoire internationale dans le cadre d'une enquête judiciaire puis transmis par l'autorité judiciaire à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 101 du livre des procédures fiscales (LPF) ; pour les dossiers relatifs à la procédure devant la Commission des infractions fiscales, CE 26 mai 2010, *Mme F... et société X*¹⁵ ; 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*¹⁶ ; CE 31 mars 2017, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. S...*¹⁷, pour les rapports adressés par les procureurs généraux au garde des Sceaux sur le fondement de l'article 35 du code de procédure pénale ont pour objet d'informer le ministre des procédures les plus significatives en cours dans leur ressort territorial. Le critère utilisé par le

juge administratif est donc celui de « l'objet exclusivement juridictionnel » du document¹⁸.

Arguments au soutien du pourvoi ?

C'est à cette dernière sous-catégorie des documents indissociables d'une procédure juridictionnelle que le ministre rattache le protocole transactionnel, et il y a certes des arguments au soutien de cette position.

Le premier argument est juridique et tient à ce que la conclusion d'une transaction a bien pour point de départ une préoccupation de nature juridictionnelle. L'article 2044 du code civil dispose que : « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* » Il n'y a donc de transaction que s'il existe dans le paysage une menace juridictionnelle plus ou moins matérialisée. De la même façon, l'article 2052 du même code dispose que : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.* » Il y a donc également un effet parajuridictionnel, ou même quasi juridictionnel, de la transaction, puisqu'elle est revêtue entre les parties de l'autorité de la chose jugée. Cette impression est renforcée par la proximité des transactions avec les conventions d'arbitrage, dont vous jugez qu'elles revêtent un caractère juridictionnel. On pourrait ajouter un second argument d'opportunité administrative, tenant à la volonté de ne pas décourager la pratique des transactions, dont on comprend bien sûr qu'elle se développerait plus à son aise à l'abri des regards.

Position discutable

Nous croyons toutefois cette position paradoxale.

En premier lieu, il y a un paradoxe à soutenir qu'un contrat dont tout l'objet est d'éviter le recours au juge est à ce titre non détachable de la fonction de juger. Ce paradoxe est poussé à l'extrême s'agissant des transactions à vocation préventive. Il est intellectuellement très difficile de justifier qu'un accord scellé avant toute saisine du juge, dans l'objectif précis que cette saisine n'ait surtout jamais lieu, puisse être regardé comme relevant de la fonction de juger, qui ne s'est pas exercée, au motif qu'il serait indissociable d'une procédure juridictionnelle, qui ne s'est jamais engagée. Mais ce paradoxe, bien qu'atténué, se retrouve également à propos des transactions dites extinctives, dont l'objet est de mettre un terme à un contentieux préalablement introduit.

À cet égard, il convient de remarquer que toute la jurisprudence qualifiant des actes de juridictionnels au motif qu'ils ne sont pas détachables d'une procédure vise des documents dont l'objet est de rendre possible le déclenchement de cette procédure juridictionnelle ou de la faire vivre : ainsi des signalements produits dans l'objectif de mettre en mouvement l'action judiciaire, des mémoires destinés à l'alimenter et des rapports rédigés pour éclairer l'autorité juridictionnelle de sanction. Il s'agit toujours de documents

⁶ CE 26 janvier 1990, *V...*, n° 104236 : Rec., T., p. 780 ; JRCE 20 janvier 2005, *H...*, n° 276625 : Rec., T., p. 1039.

⁷ CE S. 7 mai 2010, *B...*, n° 303168 : Rec., p. 154.

⁸ CE S. 27 juillet 1984, *Association SOS Défense c/ Cour de cassation*, n° 30590 : Rec., p. 284.

⁹ CE 29 avril 1983, *Association SOS Défense et autre*, n° 26908 : Rec., T., p. 727 ; CE 3 novembre 1990, *B...*, n° 74415 : Rec., T., p. 782.

¹⁰ CE 25 mars 1994, *M...*, n° 106696 : Rec., T., p. 952.

¹¹ Pour une brochure sur l'indemnisation du préjudice corporel établie par le centre de documentation du Conseil d'État, 9 mars 1983, *Association SOS Défense*, n° 43501 : Rec., T., p. 727. sur un autre point ; pour des fiches de connexité, CE 28 avril 1993, *Mme P...*, n° 117480 : Rec., T., p. 782.

¹² N° 123584 : Rec., T., p. 951.

¹³ N° 133540 : Rec., p. 521.

¹⁴ N° 396089 : Rec., T., p. 612-655.

¹⁵ N° 304621 : Rec., T., p. 720.

¹⁶ Nos 366707, 366708, 371215 et 371216 : Rec., p. 665.

¹⁷ N° 408348 : Rec., T., p. 613-655.

¹⁸ V. les commentaires d'A. Lallet dans son fascicule *Droit d'accès au répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

sans lesquels la procédure juridictionnelle ne pourrait pas se dérouler, ce dont découle le constat d'une adhérence indissociable avec elle. Or dans le cas des transactions extinctives, le rapport est inversé : c'est parce que la procédure existe qu'on signe la transaction, mais le moins qu'on puisse dire est que la procédure pourrait vivre sans la transaction – elle ne peut à dire vrai se poursuivre que sans elle. Même si la transaction a vocation à être produite dans le cadre de cette procédure au soutien d'un désistement, elle n'est pas le désistement lui-même et n'a que le caractère d'une pièce jointe à ce dernier ; hors le cas peut-être, qui n'est pas celui de l'espèce, où elle fait l'objet d'une homologation par le juge, ou est conclue à l'invitation de ce dernier, la transaction ne constitue donc pas une pièce incorporée au dossier de procédure au point qu'on ne puisse pas l'en détacher. Du reste, si la transaction a un effet juridictionnel, elle produit également des effets propres, qui, contrairement à ce qui prévaut pour les documents qualifiés de juridictionnels par votre jurisprudence, ont vocation à se déployer précisément en dehors du prétoire et loin des yeux du juge, qui n'a pas de droit de regard sur eux.

En deuxième lieu, on ne peut occulter le fait que, comme vous l'avez jugé par votre décision d'Assemblée CE Ass. 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*¹⁹, la transaction conclue par une personne publique et ayant pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels la juridiction administrative serait compétente revêt intrinsèquement le caractère d'un contrat administratif. Cette qualification met d'abord à mal la comparaison avec les conventions d'arbitrage, car pour ces dernières, la qualification de document juridictionnel repose sur la nature non administrative des juridictions arbitrales²⁰. Surtout, elle fait ressortir un deuxième paradoxe de la position du ministre : car affirmer qu'un document que votre jurisprudence qualifie de contrat administratif n'est pas un document administratif au sens du droit d'accès n'a tout de même rien d'intuitif – c'est même contraire à ce que vous jugez d'ordinaire²¹.

En troisième lieu, pour déminer cette fois l'argument d'opportunité selon lequel l'incommunicabilité serait souhaitable au développement des transactions, nous trouverions paradoxal, compte tenu de l'objectif de transparence administrative et même démocratique que s'est assignée la loi du 17 juillet 1978, qu'échappent au droit d'accès des documents dont l'objet est, pour la personne publique, d'octroyer à une autre personne des contreparties de nature à monnayer à un désistement. Pour respectable que soit l'outil transactionnel, il nous semble assez sain qu'il entre dans la catégorie des documents sur lesquels les administrés disposent du droit de regard de portée générale que leur a reconnu le législateur. Nous notons d'ailleurs que pour ce qui est des collectivités territoriales, la qualification de document juridictionnel consacrée par la CADA est, comme le reconnaît la CADA elle-même, impuissante à faire échec à la transparence dans la mesure où les protocoles transactionnels sont annexés à une délibération de l'assemblée

délibérante, requise pour autoriser la transaction : de ce fait, les dispositions législatives du code général des collectivités territoriales²² qui disposent que « *Toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux* » emportent par elle-même le droit à communication. La qualification de document juridictionnel ne ferait donc échec qu'à la communication des transactions conclues par l'État dont le recours à cet outil se singulariserait par la faiblesse des garanties de transparence qui l'entourent.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous croyons que la qualification de document juridictionnel et non administratif, que l'état de votre jurisprudence permet mais ne dicte absolument pas, ne doit pas être retenue.

Cas des transactions extinctives

On pourrait encore se demander – le moyen est esquissé par le ministre – si le tribunal administratif ne s'est pas trompé en estimant que le document administratif que constitue la transaction était communicable, en dépit du f du 2° du I de l'article 6 de la loi du 7 juillet 1978 (désormais codifié au f du 2° de l'article L. 311-5 du CRPA). Cet item exclut du droit d'accès les « *documents administratifs dont la consultation ou 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* ».

De cette réserve nous semble découler que, s'agissant du cas particulier des transactions extinctives, le droit de communication joue tant que la procédure juridictionnelle qu'elles entendent éteindre n'est pas close, c'est-à-dire, dans la configuration d'espèce²³, que le désistement n'a pas eu lieu. Bien que se déployant à côté de l'instance, la conclusion de la transaction n'est en effet pas sans lien avec elle et a des conséquences sur son issue. On ne peut pas exclure que la communication d'une transaction dont l'encre est encore fraîche et qui donnerait lieu à des contestations de tiers puisse conduire les signataires à souhaiter se rétracter, avec à la clef une renonciation aux désistements envisagés qui devaient constituer le dénouement de l'instance tel que l'envisageaient les parties. À ce titre, elle serait de nature à perturber le cours souhaité de l'instance et donc à porter atteinte à son déroulement au sens de l'article 6. Toutefois, alors que la qualification de document juridictionnel touche à la nature du document et revêt donc un caractère pérenne, l'incommunicabilité prévue par le f n'est que temporaire, puisqu'elle ne vise que le déroulement de procédures en cours. Elle est en quelque sorte l'équivalent, pour les procédures juridictionnelles, de ce que prévoyait l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 qui excluait du droit à

¹⁹ N° 249153 : Rec., p. 433.

²⁰ V. CE Ass. 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806 : Rec., p. 466.

²¹ V., pour le dernier état de la jurisprudence à propos des contrats administratifs en matière de commande publique, CE 30 mars 2016, *Centre hospitalier de Perpignan*, n° 375529 : Rec., p. 108.

²² Article L. 2121-6 pour les communes

²³ On peut en imaginer d'autre, dans la mesure où le juge administratif peut être amené à prendre acte de l'existence d'une transaction pour constater que les conclusions d'une requête sont devenues sans objet (CE 24 mars 1928, *Sieur Guillaubert* : Rec., p. 444 ; CE 28 janvier 1994, *Société Raymond Camus et compagnie* : Rec., T., p. 1041), et doit aussi déclarer irrecevable une requête portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à une transaction (CE 8 juillet 1925, *Sieur Renaud* : Rec., p. 653 ; CE 28 novembre 1990, *Office public d'HLM de la Meuse* : Rec., T., p. 871).

communication les documents préparatoires à une décision administrative le temps seulement qu'intervienne sereinement cette décision.

En l'espèce, qu'il s'agisse des contestations tendant à l'annulation des actes du 7 janvier 2015 décidant la suspension des hausses tarifaires à intervenir au 1^{er} février 2015, de celles tendant à l'indemnisation des préjudices financiers résultant de ces actes, ou de celles tendant à la compensation pécuniaire de l'augmentation de la redevance domaniale, il ressort des explications du ministre que les désistements devaient, aux termes mêmes de la convention, être formés dans les deux jours suivant la publication au *Journal officiel des décrets* approuvant les avenants aux contrats de concession. Or il ressort des pièces du dossier que ces décrets ont tous été publiés au *Journal officiel* le 21 août 2015²⁴. Si ces désistements étaient conditionnés à l'absence de recours contre ces actes, le ministre reconnaît qu'ils ont pu être formés immédiatement et qu'il en a été donné acte dans la foulée.

Déterminer ce que le tribunal administratif devait déduire de cette chronologie pourrait potentiellement poser la question de savoir à quelle date doit se placer le juge pour apprécier la légalité d'un refus de communication qui lui est déféré. En l'état actuel de la jurisprudence, vous exigez, conformément aux canons de l'excès de pouvoir, qu'il l'examine à la date d'édition de ce refus : vous l'avez rappelé dans ce même litige, en jugeant le 3 octobre dernier que le tribunal administratif avait eu raison d'annuler pour excès de pouvoir le refus de communiquer les avenants qui, à la date du refus, ne faisaient pas l'objet d'une diffusion publique, avant de censurer l'erreur consistant à enjoindre, en qualité de juge de plein contentieux, une communication à laquelle, à la date du jugement, la diffusion publique faisait désormais obstacle. Il ne serait pas inconcevable, compte tenu de ce que l'annulation du refus n'emporte aucune conséquence rétroactive et n'a d'autre effet juridique qu'une obligation de communication pour l'avenir, que vous fassiez évoluer cette jurisprudence pour imposer au juge de vider le litige en se plaçant à la date à laquelle il statue, comme il le fait déjà pour déterminer si le recours dirigé contre le refus de com-

munique conserve un objet²⁵, et par analogie avec l'appréciation dynamique de la légalité que vous pratiquez dans le domaine voisin du contentieux des refus d'abroger²⁶. Mais cette affaire n'invite pas à cette évolution car en tout état de cause, lorsqu'est né le refus implicite de communication litigieux, le 9 septembre 2015, il n'existait déjà plus de procédures juridictionnelles en cours au déroulement desquelles la communication de la transaction aurait pu faire obstacle. *A fortiori*, il n'en existait pas non plus à la date à laquelle le tribunal administratif a statué.

On pourrait certes objecter que les désistements prononcés n'étaient que des désistements d'instance, consentis par les sociétés concessionnaires d'autoroute sous condition résolutoire que l'État honore les engagements souscrits dans la transaction. On peut donc imaginer que de nouvelles contestations puissent naître à l'avenir en cas d'inexécution alléguée. Il reste qu'en visant le déroulement des procédures engagées devant les juridictions, le f du 2° de l'article 6 de la loi qui, s'agissant d'une exception au droit d'accès, doit faire l'objet d'une interprétation stricte, n'a entendu viser que les procédures actuelles et non virtuelles. On ne saurait soutenir qu'un document est incommunicable du seul fait qu'il puisse potentiellement à l'avenir donner prise à un contentieux.

Nous pensons donc in fine que le tribunal administratif de Paris n'a pas commis l'erreur de droit alléguée par le ministre en jugeant que l'accord transactionnel du 9 avril 2015 était un document administratif communicable et en enjoignant sa communication sous la réserve habituelle de l'occultation de mentions couvertes par un éventuel secret, par exemple industriel et commercial, qui ne nous a toutefois pas sauté aux yeux en prenant connaissance du document et que le ministre n'a jamais pris la peine d'invoquer.

Par ces motifs, nous concluons au rejet. ■

²⁵ CE S. 17 janvier 1986, *Ministre de l'Économie c/ SA Dumons-Office des prix du bâtiment* : Rec., p. 7.

²⁶ CE S. 5 octobre 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Évreux*, n° 282321 : Rec., p. 411 ; CE 30 mai 2007, *V...*, n° 268230 : Rec., T., p. 664.

²⁴ Décrets n°s 2015-1044, 2015-1045 et 2015-1046.

Arrêt

Vu la procédure suivante :

Par une décision n° 403465 du 3 octobre 2018, le Conseil d'État, statuant au contentieux, a annulé l'article 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016 en tant qu'il enjoint au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique de communiquer à M. B... les avenants aux contrats passés entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes à la suite de l'accord du 9 avril 2015, avec leurs annexes, ordonné au ministre de l'économie et des finances, avant dire droit, tous droits et moyens des parties réservés, de communiquer au Conseil d'État l'accord conclu le 9 avril 2015 entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, sursis à statuer sur les

conclusions du pourvoi dirigées contre le jugement du 13 juillet 2016 en tant qu'il statue sur le refus de communiquer ce protocole d'accord et rejeté le surplus des conclusions du pourvoi.

Vu les autres pièces du dossier ;
[...]

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte des articles 1^{er} et 2 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, désormais codifiées aux articles L. 300-1 à L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration, que l'État, les collectivités territo-

riales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public sont tenues de communiquer aux personnes qui en font la demande les documents administratifs qu'elles détiennent, définis comme les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public, sous réserve des dispositions de l'article 6 de cette loi, désormais codifiées aux articles L. 311-5 à L. 311-8 du même code. Aux termes du f) du 2° de cet article 6, devenu le f) du 2° de l'article L. 311-5 de ce code, ne sont pas communicables les documents dont la consultation ou 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 ».

2. Un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif et présente le caractère d'un document administratif communicable dans les conditions définies par les dispositions citées précédemment. Lorsqu'un tel contrat vise à éteindre un litige porté devant la juridiction administrative, sa communication est toutefois de nature à porter atteinte au déroulement de la procédure juridictionnelle engagée. Elle ne peut, dès lors, intervenir, sous réserve du respect des autres secrets protégés par la loi tels notamment le secret en matière commerciale et industrielle, qu'après que l'instance en cause a pris fin.

3. Il ressort de l'examen du protocole transactionnel, conclu le 9 avril 2015, entre l'État et différentes

sociétés concessionnaires d'autoroutes, communiqué à la suite de la décision avant dire droit du 3 octobre 2018, que ce document prévoit qu'« eu égard au caractère de règlement d'ensemble du présent protocole et en contrepartie de la complète exécution des engagements pris par l'État dans le cadre de ce règlement, les sociétés concessionnaires d'autoroutes s'engagent, pour leur part, à se désister, dans les conditions précisées ci-après, de leurs différentes requêtes présentées devant les juridictions administratives en février 2015 et jusqu'à ce jour [...] ». En jugeant que le refus de communication de cet accord, opposé à M. B... après qu'il a été donné acte aux sociétés contractantes du désistement des actions qu'elles avaient engagées devant les juridictions administratives, méconnaissait les dispositions citées au point 1, le tribunal administratif de Paris n'a pas entaché son jugement d'erreur de droit.

4. Il résulte de ce qui précède que le ministre de l'économie et des finances n'est pas fondé à demander l'annulation des articles 1^{er} et 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016 en tant qu'ils annulent la décision de refus de communiquer l'accord du 9 avril 2015 et lui enjoignent de procéder à la communication de ce document.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : Les conclusions du pourvoi du ministre de l'économie et des finances tendant à l'annulation des articles 1^{er} et 2 du jugement du tribunal administratif de Paris du 13 juillet 2016 en tant qu'ils annulent la décision de refus de communiquer l'accord du 9 avril 2015 et lui enjoignent de procéder à la communication de ce document sont rejetées.

[...] ■

Observations

À la suite du gel des tarifs autoroutiers imposé début 2015 par l'État aux sociétés concessionnaires d'autoroutes et des recours juridictionnels engagés par ces dernières, un protocole transactionnel avait été signé le 9 avril 2015 entre l'État concédant et les concessionnaires aux termes duquel, on le découvrit plus tard, outre un rattrapage tarifaire sur les années 2019 à 2023, l'État accordait aux sociétés un allongement de la durée de leurs concessions en contrepartie de travaux à réaliser. L'existence de ces accords, révélée par un communiqué de presse du premier ministre du 9 avril 2015, amena M. Avrillier, ancien élu écologiste de la ville de Grenoble, à en demander communication. Face au refus qui lui fut opposé, Monsieur Avrillier saisit la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui, ignorant alors le caractère transactionnel des documents demandés, lui donna raison, de même que, en 2016, le tribunal administratif de Paris, lui aussi saisi en conséquence du refus persistant de Bercy. Le ministère s'étant pourvu en cassation contre la décision du tribunal administratif, il revenait au Conseil d'État de se prononcer sur le caractère communicable ou non du protocole transactionnel passé entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes. Selon les informations contenues dans les conclusions de Madame Aurélie Bretonneau, rapporteur public, le ministère invoquait l'objet exclusivement juridictionnel du document, lui donnant le caractère de document dit judiciaire ou juridictionnel, pour en contester le caractère communicable.

Ce faisant, le ministère s'appuyait, au moins implicitement, sur la jurisprudence du Conseil d'État relative aux documents judiciaires qui concerne notamment les conclusions des rapporteurs publics. En effet, on sait que le Conseil d'État considère, au grand regret d'une partie de la doctrine²⁷, que du fait de leur caractère non détachable (ou indissociable) de la procédure juridictionnelle,

les conclusions des rapporteurs publics ne sont pas des documents administratifs communicables au sens de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration²⁸.

Dans l'affaire des Sociétés concessionnaires d'autoroutes, le Conseil d'État s'est toutefois gardé de transposer au protocole transactionnel sa jurisprudence relative aux conclusions des rapporteurs publics.

Sans caractériser le lien existant entre protocole transactionnel et procédure juridictionnelle, le Conseil d'État, dans le prolongement de la jurisprudence *Briançon Bus*²⁹, affirme dans le 2^e considérant de l'arrêt qu'un protocole transactionnel conclu par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative constitue un contrat administratif et en déduit, dans la même phrase, le caractère (de) document administratif communicable dudit protocole (sous certaines réserves, et après que l'instance a pris fin s'agissant des transactions extinctives).

Les avantages de la solution

Conforme à l'exigence démocratique de transparence de la vie publique, qui suppose l'information des citoyens sur les décisions publiques, la solution du litige ne peut qu'être approuvée.

Par ailleurs, le caractère communicable des protocoles transactionnels est une condition nécessaire au contrôle de la légalité de ceux-ci. En l'espèce, la légalité des accords passés ne va évidemment pas de soi et il est heureux qu'elle puisse être contrôlée par le juge administratif à la demande de tiers intéressés.

²⁸ CE 26 janvier 1990, *Vincent, Lebon*, n° 104236 : Rec., T., p. 547 ; D. 1991.133, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²⁹ TC 18 juin 2007.

²⁷ AJDA 2018, p. 607.

En outre, la solution inverse, qui, comme l'a souligné Madame Aurélie Bretonneau, aurait eu l'inconvénient de regarder comme non détachable de la fonction de juger un contrat dont l'objet est précisément d'éviter le recours au juge, n'aurait pas manqué de poser de sérieux problèmes pratiques aux collectivités territoriales, problèmes également relevés par le rapporteur public. On pense en particulier aux protocoles transactionnels passés par les communes, nonobstant la délégation très limitée qui peut être donnée au maire dans cette matière (dans la limite de 1 000 € pour les communes de moins de 50 000 hab. et de 5 000 € pour les communes de 50 000 hab. et plus ³⁰). De fait, ces actes-là sont nécessairement rendus publics lors de leur validation par le conseil municipal, moyennant, en tant que de besoin, l'occultation de certaines mentions conformément aux dispositions des articles L. 311-5 à L. 311-8 du CRPA.

Les limites de la solution et les interrogations qu'elle suscite

Interprétée *a contrario*, la solution implique que si le litige à prévenir ou à éteindre relève de la compétence du juge judiciaire, alors le protocole transactionnel conclu par l'administration n'est pas un contrat administratif et, en conséquence, n'a pas le caractère de document communicable. Cela paraît bien regrettable.

En effet, on observera que, quand bien même ils n'auraient pas le caractère de contrat administratif, les protocoles transactionnels conclus par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence du juge judiciaire devraient néanmoins avoir le caractère de documents communicables, et ce pour les mêmes raisons que le sont les autres protocoles transactionnels. Les exigences de transparence et de légalité des actes de l'administration ne se limitent pas aux seuls contrats

administratifs. À l'instar des documents relatifs à la gestion du domaine privé de l'État et des collectivités territoriales, dont le caractère communicable résulte des dispositions de l'article L. 300-3 CRPA, les protocoles transactionnels conclus par l'administration afin de prévenir ou d'éteindre un litige relevant de la compétence du juge judiciaire devraient également se voir reconnaître le caractère de documents communicables.

À défaut, mérite d'être rappelée la possibilité pour le juge administratif, en tant que de besoin, de distinguer entre la décision administrative de contracter et le contrat, fût-il un contrat de droit privé.

Certes, l'évolution de la jurisprudence au cours de ces dernières années est orientée différemment, avec notamment l'abandon de la théorie de l'acte administratif par nature (Brasserie du Théâtre) et le déclin de la théorie de l'acte détachable résultant de l'ouverture aux tiers intéressés des recours en contestation de la validité d'un contrat.

Pour autant, dès lors que la contestation des refus de communication de documents relève de la compétence exclusive du juge administratif, y compris en ce qui concerne les documents relatifs à des actes de droit privé, l'intérêt d'une bonne administration de la justice ainsi que le principe de transparence précité commandent que le juge administratif ne décline pas sa compétence lorsque sont en cause des actes dont le contentieux relève de la compétence du juge judiciaire. À cet effet, la théorie de l'acte détachable, appliquée à la décision de signer un protocole transactionnel soumis au droit privé, pourrait et devrait être mobilisée, de sorte que l'administration soit dans l'obligation de communiquer une telle décision, dûment accompagnée du projet de protocole auquel elle se rapporte. ■

Jean François FINON
Juriste territorial, Ville d'Aix-en-Provence.

³⁰ Cf. article L. 2122-22, 16° CGCT.