

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 17 septembre 2018  
Lecture du 3 octobre 2018

## CONCLUSIONS

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Si vous nous suivez, votre délibéré sur cette affaire ne sera qu'une mise en jambes en vue d'un examen ultérieur. Nous allons en effet seulement vous proposer de prendre une mesure d'instruction par un jugement avant-dire droit, pratique dont la légère hétérodoxie en cassation a justifié l'inscription de l'affaire en sous-sections réunies.

Vous savez sans doute qu'en 2015, un assez long bras de fer avait eu lieu entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes au sujet des tarifs des péages autoroutiers. Le sujet avait été mis sur la table politique et médiatique par un rapport de l'Autorité de la concurrence publié en septembre 2014 dénonçant ce qu'il appelait la « rente autoroutière », à savoir un niveau de rentabilité net des sociétés concessionnaires compris entre 20 et 24% que « ni leurs coûts, ni les risques auxquels elles sont exposées » ne justifiaient et que seule une régulation de l'Etat « défaillante » pouvait expliquer. Plusieurs parlementaires et membres du gouvernement avaient alors pris position en faveur d'une reprise en main, prenant pour l'essentiel la forme d'un gel des tarifs des péages sous menace de résiliations anticipées des concessions. 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'Etat et les sociétés d'autoroutes permettant, par une mise à contribution financière de ces dernières, de 4,2 milliards d'euros d'investissement dans les infrastructures routières du pays.

Et vous connaissez sans doute aussi M. A..., qui saisit régulièrement le Conseil d'Etat, et bien souvent sa 10<sup>ème</sup> chambre au titre de sa compétence en matière d'accès aux documents administratifs. Vous ne serez donc pas étonnés d'apprendre que M. A... s'est empressé de saisir le ministre de l'économie d'une demande de communication du fameux accord révélé par le communiqué de presse, ainsi que des avenants aux contrats passés entre l'Etat et les sociétés concessionnaires en application de cet accord, ainsi que 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) qui, statuant « à l'aveugle » faute de réponse du ministre, a émis un avis favorable à la communication le 9 juillet 2015. Le silence du ministre ayant perduré plus de deux mois à compter de la saisine de la commission, M. A... a déféré au tribunal administratif ce refus implicite, et le TA lui a donné entière satisfaction.

C'est donc le ministre qui se pourvoit en cassation contre le jugement dont il ne demande que l'annulation partielle, c'est-à-dire qu'il laisse de côté la question des marchés et

ne conteste que l'annulation de son refus relatif à l'accord et aux avenants, ainsi que l'injonction de les communiquer.

La question des avenants n'est pas difficile et vous pourrez la régler aujourd'hui.

Pour annuler le refus sur ce point, le tribunal administratif a relevé qu'en application des articles L. 122-4-1 qui prescrit la mise à disposition du public par voie électronique de ce type de documents, le ministre avait fait publier ces avenants au Journal officiel de la République française du 23 août 2015, dans sa version en ligne, en annexe aux décrets n<sup>os</sup> 2015-1044, 2015-1045 et 2015-1046 du 21 août 2015 les approuvant. Or en vertu de l'article 2 de la loi n<sup>o</sup> 78-753 du 17 juillet 1978, alors applicable et désormais codifié, « Le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique ». Le TA avait toutefois estimé que ces publications au JORF ne portaient pas sur les annexes aux avenants. Il en avait déduit que la demande de communication intégrale des avenants, c'est-à-dire annexes comprises, n'avait pas été satisfaite et conservait un objet.

En cassation, le ministre fait uniquement valoir, à raison, que le TA s'est trompé pour l'essentiel, car l'immense majorité des annexes était bien consultable en ligne sur le site internet du ministère de l'environnement depuis la publication au JORF des décrets, seule une petite partie d'entre elles étant exclue de cette mise en ligne, mais librement consultable au ministère, en raison d'un format trop volumineux ou de la nécessité de ménager des conditions de consultation de nature à respecter le secret en matière industrielle et commerciale de certaines mentions. Mais quoi qu'il en soit, le TA statuait en excès de pouvoir et il ressort des écritures du ministre que cette mise en ligne valant diffusion publique, effective à compter du 21 août 2015, était postérieure au refus de communication attaqué, réputé né le 4 août 2015. Dans ces conditions, il ne saurait être reproché au TA d'avoir commis une erreur de droit en jugeant que le refus attaqué avait méconnu le droit à communication que M. A... tirait de la loi sur ces annexes à la date à laquelle sa légalité devait être appréciée. En revanche, le TA s'est trompé au stade de l'injonction, car il lui appartenait alors de se prononcer en se plaçant à la date à laquelle il statuait. A cette date, postérieure au 21 août 2015, il n'y avait pas lieu de prononcer une injonction de communiquer les annexes mises en ligne. Et nous croyons qu'il n'y avait pas lieu non plus d'enjoindre la communication des annexes mises à disposition car, d'une part, les documents volumineux ne peuvent pas plus être envoyés que mis en ligne et que, d'autre part, les injonctions de communiquer prononcées par le juge administratif « à l'aveugle » font toujours implicitement réserve d'éventuelles mentions isolées couvertes par le secret industriel et commercial. Nous croyons donc que s'agissant des conclusions de cassation relatives aux avenants, vous devez n'y faire droit que dans la mesure où elles contestent l'injonction.

La question de l'accord est autrement plus sensible.

Il ressort en effet des écritures du ministre devant le TA que l'accord du 9 avril 2015 est en réalité un protocole transactionnel conclu entre l'Etat et les sociétés concessionnaires sur le fondement de l'article 2044 du code civil. Le ministre soutient que cette transaction avait vocation et à dissuader les sociétés concessionnaires d'engager des contentieux contre l'Etat et à éteindre des litiges qu'elles auraient introduits à son encontre au moment de la controverse sur les tarifs en février 2015.

Devant le TA, le débat s'est cristallisé autour de positions de principe. La ligne de défense principale du ministre consistait à soutenir que par nature, un protocole transactionnel ne peut jamais être communicable, car il revêt le caractère d'un document non pas administratif, mais juridictionnel, au sens que votre jurisprudence donne de cette notion. Vous

savez en effet que, par l'effet d'une construction prétorienne progressive, vous avez exclu du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978, qui n'en disait pourtant rien, les documents qui, par les liens trop intimes qu'ils entretenaient avec la fonction de juger (devant les juridictions administratives<sup>1</sup> ou judiciaires), n'avaient rien d'administratif à vos yeux. Vous rangez au premier chef dans cette catégorie les décisions, arrêts et ordonnances produits par les juridictions dans l'exercice de la fonction de juger (CE, Section, 27 juillet 1984, n° 30590, *Association SOS Défense c/Cour de cassation*, p. 284), auxquels vous rattachez les pièces de la procédure (CE, 29 avril 1983, *Association SOS Défense et autre*, n° 26908, T. p. 727 ; CE, 3 novembre 1990, Bertin, n° 74415, T. p.) et les documents établis dans son cadre (CE, 25 mars 1994, *M...*, n° 106696, T. p. 952). Vous y agrégez également les documents de travail internes aux juridictions (pour une brochure sur l'indemnisation du préjudice corporel établie par le centre de documentation du Conseil d'Etat, 9 mars 1983, *Association SOS Défense*, n° 43501, T. p. sur un autre point ; pour des fiches de connexité, CE, 28 avril 1993, *Mme P...*, n° 117480, T. p. 782). Mais vous qualifiez aussi de juridictionnels des documents qui n'ont pas été élaborés par les juridictions, dès lors qu'ils sont indissociables d'une procédure juridictionnelle (CE, 12 octobre 1994, *B...*, n° 123584, T. p. 951 pour le rapport établi par un préfet en vue de la présentation d'un mémoire en défense ; CE, 30 novembre 1994, *Ministre c/Association de défense des créanciers déposants de la Lebanese Arab Bank*, n° 133540, p. 521, pour le rapport d'inspection établi par les services de la commission bancaire dans le cadre de la mission administrative de surveillance de l'activité des établissements de crédit servant de fondement à une sanction prononcée par la commission ; pour les dossiers relatifs à la procédure devant la Commission des infractions fiscales, CE, 26 mai 2010, *Mme F... et société Faria*, n° 304621, T. p. ; pour les rapports d'enquête établis sur le fondement de l'article L. 450-2 du code de commerce, CE, 19 février 2014, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Speed Rabbit Pizza*, n°s 366707 366708 371215 371216, p.).

C'est sur ce terrain que se place l'argumentation du ministre, faisant valoir que, dès lors qu'elle a pour seul objet de prévenir ou éteindre une procédure juridictionnelle, une transaction de l'article 2044 est nécessairement juridictionnelle par nature. Cette construction lui a été inspirée par la doctrine de la CADA qui affirme avec constance que « les transactions ou projets de transaction sont, au sens de l'article 2044 du code civil, 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 17 juillet 1978 » (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). On comprend qu'en l'espèce, la CADA n'a émis un avis favorable que parce qu'elle ignorait que l'accord, dont elle n'a pu prendre connaissance, était une transaction.

Le TA, n'a pas pris la peine de se faire produire la convention comme le permet pourtant votre jurisprudence *H...* (CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France c/ H...*, n° 95310, 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, T. p.), qui permet au juge d'administratif d'ordonner avant-dire-droit la production de ce document à la formation chargée de l'instruction de l'affaire, sans que, compte tenu de l'objet même du litige, communication de cette pièce soit donnée au requérant. C'est donc entièrement à l'aveugle qu'il a jugé, sans avoir la moindre idée du contenu de l'accord conclu le 9 avril 2015, que les circonstances qu'il a été passé en

<sup>1</sup> CE, 26 janvier 1990, *V...*, n° 104236, T. p. 780 ; JRCE, 20 janvier 2005, *R...*, T. p. 1039, n° 276625, T. p. 1039.

application de l'article 2044 du code civil et qu'il aurait amené les sociétés à se désister d'actions engagées devant les juridictions administratives ne sont pas de nature à lui son caractère de document administratif communicable. Il en a directement déduit que le refus de communiquer la totalité de l'accord devait être annulé et a enjoint cette communication.

Le ministre soutient en cassation que le tribunal administratif s'est trompé en jugeant que la transaction revêtait le caractère d'un document administratif communicable.

Dans ses grandes lignes, nous partageons la position du tribunal administratif.

Certes, le ministre a raison de soutenir que toute transaction a 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 para-juridictionnel, 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.

Pour autant, il y a également un fort paradoxe à soutenir qu'un contrat dont tout l'objet est d'éviter le recours au juge est à ce titre indétachable de la fonction de juger. Ce paradoxe est poussé à l'extrême s'agissant des transactions – ou des parties d'accords de transaction – 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. Quant à la comparaison avec l'arbitrage, elle ne tient finalement guère, car votre raisonnement repose sur la nature des juridictions arbitrales (v. CE Assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, p.), et que vous jugez bien que la transaction revêt intrinsèquement pour sa part le caractère d'un contrat administratif (CE Assemblée, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, n° 249153, p.).

Il n'est toutefois pas évident d'adhérer avec un grand degré de systématisme à la position du tribunal administratif dans le cas des transactions destinées non pas à prévenir, mais à mettre fin un litige, pour lesquelles la qualification de document administratif communicable nous semble dépendre énormément du contenu de chaque transaction et des circonstances de chaque espèce quant à son articulation exacte avec les litiges qu'elle entend terminer. Pour ce qui est des litiges initialement portés devant la juridiction administrative, vous savez, d'abord que les parties à l'instance en cours au juge des conclusions tendant à l'homologation d'une transaction réalisée dans les conditions prévues aux articles 2044 et 2052 du code civil. Il appartient alors au juge administratif, qui se prononce en tant que juge de l'homologation, de vérifier que les parties consentent effectivement à la transaction, que l'objet de celle-ci est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public. De ce fait, la transaction se retrouve attraitée dans la procédure juridictionnelle dans laquelle elle devient une pièce de procédure versée au dossier. Or vous jugez dans d'autres configurations qu'un document de facture administrative mais conçu en vue d'une incorporation à une procédure juridictionnelle peut acquérir de ce fait un caractère juridictionnel. Indépendamment même de cette

incorporation matérielle, la demande d'homologation fait dépendre du contenu de la transaction le sort du litige en cours, puisque le juge administratif qui accepte l'homologation doit constater le non lieu à statuer sur la requête fond ou, dans le cas où la partie requérante aurait subordonné son désistement à l'homologation de la transaction, donner acte de ce désistement, tandis que s'il refuse l'homologation, la nullité de la transaction qui en résulte oblige le juge à statuer sur le litige (CE Assemblée, 11 juillet 2008, *Société Krupp Hazemag*, n° 287354, p.). Indépendamment même de l'hypothèse particulière d'une demande homologation, vous savez que le juge administratif peut, plus classiquement, 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 Guillabert*, p. 444 ; CE, 28 janvier 1994, *Société Raymond Camus et compagnie*, T. p. 1041), et qu'il 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*, p. 653 ; CE, 28 novembre 1990, *Office public d'HLM de la Meuse*, T. p. 871). Dans toutes ces hypothèses, écarter par principe le caractère juridictionnel n'est guère évident, d'autant qu'à supposer même qu'on estime que la transaction concernée conserve son caractère de document administratif, il est plus difficile d'estimer qu'elle conserve pour autant son caractère de document administratif communicable, au sens de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 qui interdit la communication de documents administratifs lorsqu'elle est susceptible de porter atteinte au bon déroulement d'une procédure juridictionnelle.

S'ajoute à cela qu'il est difficile d'exclure par principe qu'un accord transactionnel puisse, du fait de sa nature de contrat transactionnel conclu dans le domaine de la commande publique, être couvert en partie par le secret en matière industrielle et commerciale, qui surplombe votre jurisprudence dans cette matière (CE, 30 mars 2016, *Centre hospitalier de Perpignan*, n° 375529, p.). Dans ces conditions encore, affirmer comme l'a fait le tribunal sans avoir vu l'accord que sa nature de transaction dans le domaine de la commande public ne lui enlève pas, même en partie, son caractère de document administratif communicable, nous semble relever du pari.

On est donc très gêné en cassation pour évaluer la pertinence du moyen du ministre, car le tribunal, sans se lancer dans un considérant de principe qui conférerait une généralité coupable à son propos, a mené un raisonnement d'espèce sans se donner le moyen de connaître les circonstances particulières de l'espèce en question, faute de s'être fait communiquer la transaction...

Si cela ne tenait qu'à nous, nous serions prête à censurer l'erreur commise par le premier juge dans le maniement de son office, faute d'avoir réalisé une mesure d'instruction *H...*, n° 95310, – le fond de notre pensée étant que sauf cas très particulier, de telles mesures devraient être systématiquement réalisées. Vous avez d'ailleurs jugé que le pouvoir du juge d'ordonner la production des documents litigieux sans les communiquer au demandeur est une faculté relevant de son appréciation souveraine sauf impossibilité de se prononcer sur le caractère communicable de ces documents ou d'apprécier les modalités de cette communication (CE, 21 octobre 2016, *Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine*, n° 392711, T. p.). Malheureusement, le moyen n'est pas soulevé.

Dès lors et en l'état de la jurisprudence qui n'a jamais estimé qu'une telle irrégularité se relevait d'office, trois choix insatisfaisants s'offrent à vous en cassation :

- le premier est de faire le pari qu'en statuant à l'aveugle, le tribunal administratif ne s'est en l'espèce pas trompé. Nous écartons pour notre part cette option, qui consiste à à faire découler de l'imprudence du premier juge



une impuissance du juge de cassation, le tout au service d'une solution de fond rendue dans le cadre d'une double cécité juridictionnelle ;

- le deuxième choix consiste à caricaturer le jugement attaqué pour lui faire dire que jamais aucune mention de la moindre transaction ne peut échapper à la qualification de document administratif communicable, à le casser au motif que cette pétition de principe est trop générale. Vous pourriez alors, après cassation, soit renvoyer l'affaire en espérant que le tribunal en profiterait pour ordonner une mesure d'instruction, soit, hypothèse que nous privilégions largement en l'espèce, procéder vous-même à cette mesure avant-dire droit en vue du règlement au fond. Le risque serait alors de découvrir après coup que vous avez été trop sévères avec le jugement qui, au vu du contenu de la transaction et de son articulation avec des procédures juridictionnelles en l'espèce, la circonstance qu'il soit une transaction passée en vue d'éteindre des litiges n'était effectivement pas de nature à lui ôter son caractère de document administratif communicable ;
- le troisième choix consiste à ordonner avant-dire droit la production de la convention devant vous en réservant dès ce stade votre position. Nous savons bien qu'ordonner avant cassation la production d'un document est totalement hétérodoxe, le juge de cassation ne pouvant normalement censurer le jugement qu'il contrôle au vu de documents que ne possédaient pas les juges du fond. Nous notons toutefois que vous vous êtes déjà permis une hétérodoxie de la sorte pour l'examen d'une affaire dont, comme en l'espèce, l'enjeu était suffisamment important pour que vous éprouviez d'emblée le besoin d'être éclairés sur les données factuelles de l'affaire dès avant cassation, dans la simple « hypothèse » d'un règlement au fond. Votre décision d'Assemblée CE, Ass., 4 avril 2012, *Ministre de l'écologie c. M. L...*, n<sup>os</sup> 362785 et a., p. porte ainsi la trace de ce qu'il a été procédé, avant que le Conseil d'Etat ne se prononce en cassation et « dans l'hypothèse d'un règlement au fond des litiges », à deux mesures d'instruction au demeurant considérablement plus lourdes que celle que nous vous suggérons.

Nous préférons une hétérodoxie procédurale à une approximation juridique. Aussi, entre plusieurs maux et encouragée par l'exemple de la décision d'Assemblée, nous résolvons-nous à proposer de réserver à ce stade l'examen des conclusions relatives au jugement en tant qu'il statue sur la communicabilité de l'accord, et d'ordonner au ministre la production sous un mois de ce dernier à la 10<sup>ème</sup> chambre chargée de l'instruction de l'affaire, sans que communication de cette pièce soit, bien sûr, donnée à M. A....

Notre choix alternatif serait que vous estimiez l'irrégularité à ne pas avoir ordonné cette mesure au fond si handicapante, au moins qu'elle gêne le juge de cassation dans l'exercice de son propre office, qu'il convient de la soulever d'office, ce qui reviendrait à annuler le jugement, puis à ordonner la production après cassation.

PCMNC – Annulation de l'article 2 du jugement en tant qu'il enjoint la communication des avenants et de leurs annexes ; production avant-dire droit de l'accord ; sursis à statuer dans cette dernière mesure ; rejet du surplus des conclusions.