

N° 437004

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE AXXES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Isabelle Lemesle
Rapporteure

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies)

M. Arnaud Skzryerbak
Rapporteur public

Sur le rapport de la 10^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 22 septembre 2021
Décision du 14 octobre 2021

Vu la procédure suivante :

La société Axxès a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler la décision du 1er mars 2017 par laquelle la directrice de l'immobilier de l'Etat (DIE) a refusé de lui communiquer l'ensemble des documents relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat pour la cession de la totalité des lots ayant fait l'objet d'une procédure de cession au titre du projet écotaxe et d'enjoindre à la DIE de lui communiquer ces documents dans un délai de quinze jours, sous astreinte de 500 euros par jour de retard. Par un jugement n° 1812692/5-1 du 24 octobre 2019, le tribunal administratif a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique enregistrés les 23 décembre 2019, 16 mars 2020 et 7 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Axxès demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler ce jugement ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions de première instance ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que le tribunal administratif de Paris a :

- entaché son jugement d'une erreur de droit, d'une insuffisance de motivation et d'une erreur de qualification juridique des faits en se fondant sur l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration pour considérer que la communication des informations contenues dans les documents relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat au titre du projet « écotaxe » pour la cession de sept lots d'équipements électroniques standards et de leurs accessoires associés et de tous autres lots qui auraient fait l'objet d'une procédure de cession serait de nature à révéler des éléments financiers et stratégiques, relatifs à l'activité concurrentielle des sociétés du secteur du télépéage, qui sont protégés par le secret industriel et commercial ;

- entaché son jugement d'une erreur de droit, d'une erreur de qualification juridique des faits et des pièces du dossier, ou à tout le moins de dénaturation, en faisant droit à la substitution de motifs sollicitée par l'administration.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des relations du public avec l'administration ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Isabelle Lemesle, conseillère d'Etat,
- les conclusions de M. Arnaud Skrzyrbak, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat de la Société Axxès ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre de l'exécution d'un contrat de partenariat avec l'Etat, destiné à permettre la mise en œuvre d'une « écotaxe » sur les poids lourds, la société Ecomouv', titulaire de ce contrat, devait à son tour conclure avec des sociétés habilitées de télépéage (SHT) des contrats d'adhésion annexés au contrat de partenariat. L'un d'entre eux a été signé, le 20 avril 2012, avec la société Axxès, qui s'engageait à d'importants investissements permettant de développer des boîtiers ou badges embarqués destinés aux abonnés. Ce contrat a été résilié à la suite de la résiliation, par l'Etat, le 30 octobre 2014, du contrat conclu entre celui-ci et la société Ecomouv'. Les équipements développés par cette dernière ont été cédés par les services des domaines en 2016. Le 20 décembre 2016, la société Axxès, qui avait engagé un contentieux indemnitaire contre l'Etat, a demandé à la direction de l'immobilier de l'Etat (DIE) de lui communiquer tous les documents et éléments relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat, à la suite de l'abandon du projet « écotaxe », pour la cession de sept lots d'équipements électroniques standards et de leurs accessoires associés et de tout autre lot qui aurait fait l'objet d'une procédure de cession, notamment la nature et le nombre des éléments

cédés, l'identité du ou des cessionnaires, le prix de cession des éléments, la date de cession, ainsi que la copie des sollicitations directes auprès d'opérateurs susceptibles d'être intéressés qui auraient été émises par l'Etat le cas échéant. Par une décision du 1^{er} mars 2017, la DIE a rejeté cette demande, au motif que la communication demandée était susceptible de porter atteinte à l'instance juridictionnelle et à l'expertise judiciaire en cours. La société Axxès se pourvoit en cassation contre le jugement du 24 octobre 2019 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté sa requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision.

Sur le pourvoi :

2. L'article L. 300-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose que : « *Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des titres Ier, III et IV du présent livre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs* ». Aux termes de l'article L. 300-2 du même code : « *Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions codes sources et décisions. (...)* ». Aux termes de l'article L. 300-3 : « *Les titres Ier, II et IV du présent livre s'appliquent également aux documents relatifs à la gestion du domaine privé de l'Etat et des collectivités territoriales* ». L'article L. 311-1 dispose que : « *Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre* ». En vertu de l'article L. 311-2, le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique. Aux termes de l'article L. 311-6 du même code : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / 1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence (...)* ». L'article L. 311-7 dispose enfin que : « *Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application des articles L. 311-5 et L. 311-6 mais qu'il est possible d'occulter ou de disjoindre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions* ».

3. En faisant droit à la substitution de motifs demandée par le ministre de l'action et des comptes publics pour rejeter la requête de la société Axxès, au motif que les informations contenues dans les documents demandés auraient été de nature à révéler des éléments financiers et stratégiques, relatifs à l'activité concurrentielle des sociétés du secteur du télépéage, protégés par le secret industriel ou commercial, sans rechercher si les mentions en cause étaient susceptibles de faire l'objet d'une occultation ou d'une disjonction, le tribunal administratif a entaché son jugement d'une erreur de droit. Il s'ensuit que la société Axxès est fondée à en demander l'annulation, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de son pourvoi.

4. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler l'affaire au fond.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

5. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une décision de refus de communication de documents administratifs sur le fondement des dispositions, citées au point 2, des articles L. 311-1 et L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration. Pour ce faire, par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue.

6. Comme il a été dit au point 1, la décision attaquée par laquelle la DIE a rejeté la demande de communication présentée par la société requérante est fondée sur l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration qui dispose que : « *Ne sont pas communicables :/ (...) 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :/ (...) f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente (...)* ». Toutefois, la seule circonstance que la société Axxès ait introduit le 28 août 2015 un recours devant la juridiction administrative tendant à l'indemnisation des préjudices résultant des difficultés auxquelles elle a été confrontée dans la mise en œuvre du projet de l'écotaxe et de la fin anticipée de son contrat avec Ecomouv' et que le juge des référés ait, dans ce cadre, été saisi en vue de la désignation d'un expert ne peut, à elle seule, justifier que l'administration refuse de communiquer à la société requérante les documents sollicités. Ainsi, le motif retenu dans la décision attaquée est entaché d'erreur de droit.

7. L'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision. Il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif. Dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué.

8. Pour établir que la décision attaquée était légale, le ministre de l'action et des comptes publics invoque, dans son mémoire en défense communiqué à la société Axxès, deux autres motifs.

9. Il soutient, en premier lieu, que les documents en cause ne seraient pas communicables en application de l'article L. 300-3 du code des relations du public avec l'administration. Toutefois, cet article, cité au point 2, rend applicables aux documents relatifs à la gestion du domaine privé de l'Etat et des collectivités territoriales les dispositions des titres Ier, II et IV du même code. Dès lors que la cession d'un bien appartenant au domaine privé de l'Etat doit être regardée, pour l'application de ces dispositions, comme un acte de gestion

domaniale, les documents relatifs à une procédure de cession par l'Etat de biens appartenant à son domaine privé relèvent du même régime que les documents administratifs mentionnés à l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration. Il s'ensuit que la circonstance que les documents dont la communication était demandée concernaient une procédure de cession domaniale ne peut, à elle seule, justifier la décision de refus de communication du ministre. Il n'y a, dès lors, pas lieu de procéder à la substitution demandée.

10. Il invoque, en second lieu, le secret des affaires et la circonstance que certains des documents demandés auraient été rendus publics. Il ressort des pièces du dossier que le secteur des télépéages est hautement concurrentiel en Europe. Il s'ensuit qu'en application de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, les documents relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat pour la cession de lots d'équipements électroniques sont communicables, sous réserve de l'occultation des informations protégées par le secret des stratégies commerciales ou industrielles, et exception faite, en application de l'article L. 311-2 du même code, de ceux d'entre eux qui ont fait déjà l'objet d'une diffusion publique.

11. Il ressort de la mesure d'instruction diligentée par le Conseil d'Etat, d'une part, que n'ont été rendues publiques, par leur insertion dans le Moniteur des ventes, que les annonces des deux ventes par appels d'offre, le 6 juillet et le 28 septembre 2016, d'environ 700 000 puis 410 000 équipements électroniques embarqués avec leurs accessoires. Si ces annonces mentionnent la possibilité d'obtenir tout renseignement complémentaire auprès de la direction nationale d'interventions domaniales, la faculté ainsi ouverte ne permet pas de regarder les renseignements en cause, contrairement à ceux figurant dans les annonces, comme ayant eux-mêmes fait l'objet d'une diffusion publique. D'autre part, la communication d'informations révélant l'identité des cessionnaires demeure, à la date de la présente décision, en dépit de l'écoulement du temps, de nature à porter atteinte au secret des stratégies commerciales ou industrielles tel que défini à l'article L. 311-6 du code des relations du public avec l'administration, dès lors que les badges en cause continuent de participer de la stratégie commerciale de leurs acquéreurs. Il y a dès lors lieu de procéder, dans cette mesure, à la substitution de motifs demandée.

12. Il résulte de tout ce qui précède que le ministre de l'action et des comptes publics ne pouvait légalement opposer un refus à la demande de la société Axxès de se voir communiquer les documents relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat au titre du projet « écotaxe » qu'en ce qui concerne les documents ayant déjà fait l'objet d'une diffusion publique et, s'agissant des autres documents, que pour les seules mentions révélant l'identité des cessionnaires. La société Axxès est donc fondée à demander l'annulation de la décision attaquée dans la mesure où le refus qui lui a été opposé excède les limites ainsi définies.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

13. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative :
« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution (...) ».

14. L'exécution de la présente décision implique nécessairement que le ministre de l'économie, des finances et de la relance communique à la société Axxès les documents qu'elle demande, exception faite de ceux qui ont déjà fait l'objet d'une diffusion publique et, pour les autres, sous réserve de l'occultation des mentions révélant l'identité des cessionnaires. Il y a lieu d'enjoindre au ministre de procéder à cette communication dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision. Il n'y a pas lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser à la société Axxès au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : Le jugement du 24 octobre 2019 du tribunal administratif de Paris est annulé.

Article 2 : La décision du 1^{er} mars 2017 par laquelle la directrice de l'immobilier de l'Etat a refusé de communiquer à la société Axxès l'ensemble des documents relatifs à la procédure de publicité et de mise en concurrence mise en œuvre par l'Etat pour la cession de la totalité des lots ayant fait l'objet d'une procédure de cession au titre du projet écotaxe est annulée en tant qu'elle ne se limite pas aux documents qui ont fait l'objet d'une diffusion publique et, pour les autres documents, à l'occultation des mentions révélant l'identité des cessionnaires.

Article 3 : Il est enjoint au ministre de l'économie, des finances et de la relance de communiquer à la société Axxès, dans un délai d'un mois à compter de la présente décision, les documents demandés autres que ceux qui ont déjà fait l'objet d'une diffusion publique et, pour les autres, sous réserve de l'occultation des mentions révélant l'identité des cessionnaires.

Article 4 : L'Etat versera à la société Axxès la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la société Axxès est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la société Axxès et au ministre de l'économie, des finances et de la relance.

Délibéré à l'issue de la séance du 22 septembre 2021 où siégeaient : M. Bertrand Dacosta, président de chambre, président ; M. Frédéric Aladjidi, président de chambre, Mme I... C..., M. J... D..., Mme A... K..., M. E... F..., M. H... B..., M. Bruno Delsol, conseillers d'Etat et Mme Isabelle Lemesle, conseillère d'Etat-rapporteuse.

Rendu le 14 octobre 2021

Le président :

Signé : M. Bertrand Dacosta

La rapporteure :

Signé : Mme Isabelle Lemesle

La secrétaire :

Signé : Mme G... L...