

N° 447701

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE EDITRICE DU MONDE et
Mme B...

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. David Moreau
Rapporteur

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

Mme Esther de Moustier
Rapporteuse publique

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

Séance du 23 mars 2022
Décision du 8 avril 2022

Vu la procédure suivante :

La société éditrice du Monde et Mme H... B... ont demandé au tribunal administratif de Paris, d'une part, d'annuler les décisions des 16, 22 et 29 mai 2020 prises par le directeur du Laboratoire national de métrologie et d'essais (LNE) et la décision confirmative prise par la société GMED, refusant de leur communiquer la liste des dispositifs médicaux auxquels ils ont délivré le marquage « conformité européenne » (CE) ainsi que la liste des dispositifs médicaux auxquels ils ont refusé de l'accorder, d'autre part, d'enjoindre au Laboratoire national de métrologie et d'essais et à la société GMED de leur communiquer sans délai, et sous astreinte, les listes demandées. Par un jugement n° 1822236/5-2 du 15 octobre 2020, le tribunal administratif de Paris a fait droit à leurs conclusions tendant à la communication de la liste des dispositifs médicaux ayant reçu le marquage « CE » et déjà mis sur le marché, mais a rejeté le surplus de leur demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 15 décembre 2020 et 15 mars 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société éditrice du Monde et Mme B... demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler ce jugement en tant qu'il n'a pas fait droit à leur demande ;

2°) de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

- « Les dispositions combinées des articles 11 et 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites – en particulier en son considérant 11 et ses articles 1^{er} et 5 – et des directives n° 93/42/CEE du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux (DM) et n° 90/385/CEE du 20 juin 1990 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs doivent-elles être interprétées comme faisant relever du champ d'application des principes protecteurs de la liberté d'expression journalistique ainsi que du droit corrélatif à l'information du public, tels que garantis par la Charte des droits fondamentaux et par la directive du 8 juin 2016, les procédures nationales d'accès aux documents publics nationaux relatifs à un enjeu de santé publique encadré par le droit de l'Union, tel que le dispositif européen de régulation des dispositifs médicaux au sein du marché intérieur de l'Union européenne ? » ;

- « Les dispositions de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 doivent-elles être interprétées comme faisant obstacle à une législation et des pratiques nationales qui refusent l'accès aux documents publics nationaux relatifs au processus de certification dans les domaines relevant de la santé publique, plus particulièrement du dispositif européen de régulation des dispositifs médicaux au sein du marché intérieur de l'Union européenne régi par les directives 93/42/CEE et 90/385/CEE, au seul motif que ces documents concernent des dispositifs médicaux qui n'ont pas obtenu le marquage « CE » auprès de l'organisme notifié de l'Etat concerné ou, bien que l'ayant obtenu, ne sont pas encore mis sur le marché, alors que même que ces informations sont déterminantes pour l'exercice d'activités d'enquête journalistique et visent à porter à la connaissance du public des informations d'intérêt général relatives à la protection de la santé publique ? » ;

3°) de mettre à la charge du Laboratoire national de métrologie et d'essais et de la société GMED la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la directive 2016/943/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. David Moreau, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Esther de Moustier, rapporteure publique ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Spinosi, avocat de la société éditrice du Monde et de Mme B... et à la SARL Matuchansky, Poupot, Valdelièvre, avocat du Laboratoire national de métrologie et d'essais et de la société GMED ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le Laboratoire national de métrologie et d'essais (LNE) s'est vu confier par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé la mission de vérifier la conformité des dispositifs médicaux aux normes européennes (certification ou marquage « CE ») prévue par les articles R. 5211-12 et suivants du code de la santé publique et que le LNE exerce cette mission depuis le 31 juillet 2018 par l'entremise de la société GMED, dont il est l'unique actionnaire. Mme B..., journaliste au journal Le Monde, a demandé en mai 2018 au LNE, dans le cadre d'une enquête menée par des journalistes dans différents pays sur les défaillances de certains types d'implants médicaux, de lui communiquer la liste des dispositifs médicaux auxquels il avait délivré le marquage « CE » et la liste de ceux auxquels il l'avait refusé. Le LNE ayant rejeté sa demande, Mme B... a saisi le 30 mai 2018 la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), qui a émis le 25 octobre 2018 un avis défavorable à la communication des documents demandés. En application des articles R. 343-4 et R. 343-5 du code des relations entre le public et l'administration, une nouvelle décision de rejet de la demande de communication présentée par Mme B... est née le 30 juillet 2018 du silence gardé par le LNE pendant deux mois à compter de la date de saisine de la CADA. Cette décision implicite s'est substituée à la décision initiale de refus. Par un jugement du 15 octobre 2020, le tribunal administratif de Paris a, sur la demande de la société éditrice du Monde et de Mme B..., annulé cette décision en tant qu'elle refusait la communication de la liste des dispositifs médicaux mis sur le marché auxquels le marquage « CE » avait été délivré, enjoint au LNE et à la société GMED de communiquer à Mme B... et à la société éditrice du Monde la liste de ces dispositifs médicaux et rejeté le surplus des conclusions de la demande. La société éditrice du Monde et Mme B... se pourvoient en cassation contre ce jugement en tant qu'il n'a pas fait droit à leur demande.

Sur l'intervention :

2. L'Association des journalistes de l'information sociale, les associations Amis de la Terre, Informer n'est pas un délit, Reporters sans frontières et Sciences citoyennes et la société des Journalistes des Echos justifient, compte tenu de leur objet, d'un intérêt suffisant à l'annulation du jugement attaqué. Par suite, l'intervention collective qu'elles ont formée à l'appui du pourvoi est recevable.

Sur le pourvoi :

En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code des relations entre le public et l'administration :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration : « *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* ». 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 (...) 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 (...)* ».

4. D'autre part, selon le deuxième alinéa de l'article R. 5211-17 du code de la santé publique, la conformité des dispositifs médicaux « *est évaluée et certifiée soit en France, selon les procédures prévues par le présent chapitre, soit dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen par les dispositions transposant dans le droit interne de l'Etat où elles ont été accomplies les dispositions des directives relatives à ces dispositifs* ». Aux termes du dernier alinéa de l'article R. 5211-56 du même code : « *Le personnel de l'organisme chargé des contrôles est lié par le secret professionnel pour tout ce qu'il apprend dans l'exercice de ses fonctions* ».

5. Le nom retenu par un fabricant pour désigner un dispositif médical est susceptible, par lui-même, de révéler sa nature. Il en résulte que la communication combinée du nom des dispositifs médicaux faisant l'objet d'une demande de marquage « CE » adressée au LNE ou à la société GMED et de celui de leurs fabricants est de nature à dévoiler les produits que ces derniers ont développés et qu'ils envisagent de commercialiser et, par suite, à révéler leur stratégie commerciale. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, les fabricants ne sauraient être regardés, en présentant une demande de certification « CE », comme ayant renoncé à la confidentialité de leur projet, dès lors qu'il résulte de l'article R. 5211-56 du code de la santé publique que le personnel de l'organisme certificateur est soumis au secret professionnel.

6. Il résulte de ce qui précède que le tribunal administratif n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que les dispositions de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration protégeant le secret des affaires s'opposaient à la communication des informations demandées s'agissant de dispositifs médicaux non encore mis sur le marché.

7. A cet égard, si les requérantes soutiennent que le tribunal administratif aurait, ce faisant, commis une erreur de droit en retenant une conception exclusivement nationale de la mise sur le marché, alors qu'en application de l'article R. 5211-17 du code de la santé publique un dispositif médical peut être mis sur le marché dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'Espace économique européen avoir été certifié dans un quelconque Etat

membre, il ne ressort pas des énonciations du jugement attaqué que le tribunal se serait borné à retenir une mise sur le marché sur le seul territoire national. Par ailleurs, si les requérantes font valoir que le critère de la mise sur le marché ne serait pas opérationnel, car l'organisme certificateur n'aurait pas les moyens de savoir si un dispositif médical qui lui a été soumis a été ensuite commercialisé, un tel motif ne pourrait légalement justifier un refus de communication que dans le cas où la demande impliquerait de procéder à des recherches auprès d'autres organismes ou entraînerait une charge de travail disproportionnée. En tout état de cause, l'information selon laquelle un dispositif médical a été commercialisé peut être portée à la connaissance du LNE ou de la société GMED par le demandeur à l'appui de sa demande tendant à obtenir les documents qui se rapportent à ce dispositif médical.

8. Cependant, le secret des affaires, en ce qu'il vise à éviter que soit dévoilée la stratégie commerciale d'une entreprise quant aux produits qu'elle envisage de commercialiser, ne saurait justifier le refus de communication d'un document administratif après que les produits en cause ont été mis sur le marché. Ce secret ne saurait ainsi légalement fonder le refus de communication de la liste des dispositifs médicaux qui ont été mis sur le marché après que le marquage « CE » leur a été refusé, en France, par le LNE ou la société GMED mais leur a été délivré par un autre organisme d'évaluation au sein de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

9. Il résulte de ce qui précède que les requérantes sont fondées à soutenir qu'en rejetant la demande dont il était saisi, en tant qu'elle portait sur l'ensemble des dispositifs médicaux pour lesquels le marquage « CE » avait été refusé en France, sans réserver le cas de ceux qui ont été mis sur le marché après certification dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, le tribunal administratif a entaché son jugement d'une erreur de droit.

En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne :

10. En premier lieu, aux termes de l'article 5 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites sur la protection des secrets d'affaires : *« Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes : a) pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias (...) »*.

11. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il résulte clairement de cette directive qu'elle ne comporte pas de règle en matière d'accès aux documents administratifs. Si les dispositions de son article 5 interdisent aux Etats membres d'engager la responsabilité des journalistes lorsqu'ils portent atteinte au secret des affaires, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de faire de ceux-ci des détenteurs légitimes, au sens et pour l'application de cette directive, d'informations portant atteinte à un tel secret. Par suite, le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les requérantes ne pouvaient utilement se prévaloir de la directive du 8 juin 2016, au demeurant transposée par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, pour obtenir la communication des documents litigieux.

12. En second lieu, le moyen tiré de la méconnaissance des principes de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment de son article 11, est nouveau en cassation et ne peut, par suite et en tout état de cause, qu'être écarté.

En ce qui concerne l'invocation de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

13. L'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. ».

14. Si ces stipulations n'accordent pas un droit d'accès à toutes les informations détenues par une autorité publique ni n'obligent l'Etat à les communiquer, il peut en résulter un droit d'accès à des informations détenues par une autorité publique lorsque l'accès à ces informations est déterminant pour l'exercice du droit à la liberté d'expression et, en particulier, à la liberté de recevoir et de communiquer des informations, selon la nature des informations demandées, de leur disponibilité, du but poursuivi par le demandeur et de son rôle dans la réception et la communication au public d'informations. Dans cette hypothèse, le refus de fournir les informations demandées constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression qui, pour être justifiée, doit être prévue par la loi, poursuivre un des buts légitimes mentionnés au point 2 de l'article 10 et être strictement nécessaire et proportionnée.

15. Il ressort des énonciations du jugement attaqué que, pour juger que le refus de communication de la liste de l'ensemble des dispositifs médicaux auxquels avait été délivré ou refusé le marquage « CE » opposé par le LNE et la société GMED à Mme B... constituait, pour ce qui concerne les dispositifs qui n'avaient pas été mis sur le marché, une ingérence nécessaire et proportionnée dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le tribunal administratif de Paris s'est fondé notamment sur le fait que les risques que représenteraient pour la santé publique des dispositifs médicaux défectueux restent théoriques tant que ceux-ci n'ont pas été mis sur le marché. En statuant ainsi, le tribunal n'a ni commis d'erreur de droit, ni dénaturé les faits qui lui étaient soumis.

16. Il résulte de tout de ce qui précède, sans qu'il y ait lieu, compte tenu de ce qui a été dit aux points 11 et 12, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel, que les conclusions de la société éditrice du Monde et de Mme B... tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Paris du 15 octobre 2020 doivent être

accueillies en tant que, par ses articles 2, 3 et 4, ce jugement n'a pas fait droit à la demande dont le tribunal était saisi s'agissant des dispositifs médicaux dont la certification « CE » a été refusée en France mais qui ont été mis sur le marché.

17. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de l'Association des journalistes de l'information sociale et autres est admise.

Article 2 : Le jugement du tribunal administratif de Paris est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la demande dont il était saisi relatives à la communication de la liste des dispositifs médicaux dont la certification « CE » a été refusée par le LNE ou la société GMED mais qui ont été mis sur le marché.

Article 3 : L'affaire est, dans cette mesure, renvoyée au tribunal administratif de Paris.

Article 4 : Le surplus des conclusions du pourvoi de la société éditrice du Monde et de Mme B... est rejeté.

Article 5 : Les conclusions du Laboratoire national de métrologie et d'essais et de la société GMED présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la société éditrice du Monde, à Mme H... B..., au Laboratoire national de métrologie et d'essais, à la société GMED et à l'Association des journalistes de l'information sociale et solidaire, première dénommée, pour l'ensemble des intervenants.

Délibéré à l'issue de la séance du 23 mars 2022 où siégeaient : M. Jacques-Henri Stahl, président adjoint de la section du contentieux, présidant ; M. E... D..., M. Frédéric Aladjidi, présidents de chambre ; Mme G... C..., Mme A... I..., M. Thomas Andrieu, conseillers d'Etat et M. David Moreau, maître des requêtes-rapporteur.

Rendu le 8 avril 2022.

Le président :

Signé : M. Jacques-Henri Stahl

Le rapporteur :

Signé : M. David Moreau

La secrétaire :

Signé : Mme F... J...