

Institut de droit des affaires internationales
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

DROIT ADMINISTRATIF – S2
2023-2024

Cours magistral de Béatrice GUILLAUMIN
Maître de conférences

FICHE 1 :

LES TRANSFIGURATIONS DU DROIT ADMINISTRATIF

I. Les mutations du droit administratif

DOCUMENT 1 : Jacques CAILLOSSE, « Introduction générale : argument du livre », *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, pp. 9-22.

II. La transparence administrative

DOCUMENT 2 : Jacques CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *Information et transparence administratives*, PUF, 1988, p. 239-275.

DOCUMENT 3 : Léo GRIFFATON-SONNET, « Quelle portée pour l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 112, no. 4, 2017, pp. 899-918.

DOCUMENT 4 : Intervention de Jean-Marc Sauvé lors de l'Assemblée générale de l'inspection générale de l'administration le 3 juillet 2017.

DOCUMENT 5 : Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France* [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle].

DOCUMENT 6 : Conseil d'État, 15 mars 2023, n° 456871.

III. La participation

DOCUMENT 7 : Jean RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-824.

DOCUMENT 8 : Bilan de la concertation publique sur le projet « Site Tour Eiffel : découvrir, approcher, visiter », pour la période du 21 janvier – 1^{er} mars 2019.

Exercice

Commentez le **DOCUMENT 6** : Conseil d'État, 15 mars 2023, n° 456871.

DOCUMENT 1 : Jacques CAILLOSSE, « Introduction générale : argument du livre », *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, pp. 9-22.

On retrouvera sans mal – espérons-le – tout au long des chapitres qu'elle informe la problématique qui vient d'être, trop brièvement, esquissée. Articulé en deux volets le propos n'est pas moins organisé autour d'un objet unique : la transformation de l'identité du « droit administratif », dans sa double dimension de droit positif et de discipline savante. Toutefois, comme cela a été dit plus haut, l'entreprise qui est ainsi poursuivie ne vise pas seulement à décrire des métamorphoses juridiques. Il s'agit plutôt de les saisir comme autant de signes ou, mieux encore, de symptômes de mutations globales dans les façons d'agir et de penser : c'est que le changement juridique peut tout à la fois rendre possibles ou/et consacrer des changements sociétaux. Mais, en tout état de cause, il prend sens hors des supports, textuels ou jurisprudentiels, où il s'énonce. Que cette méthode n'ait rien d'inédit, on en conviendra volontiers ! Elle n'en garde pas moins un réel mérite : on peut, grâce à elle, se soustraire à la rhétorique, aussi indémodable que convenue, de la « crise du droit administratif ». Ce discours ne laisse de choix qu'entre les deux termes d'une même et inaltérable alternative, comme s'il fallait toujours aux juristes choisir entre la déploration du changement (version : « tout fout le camp » !), ou sa célébration (version : « triomphe de la modernité », si ce n'est de la raison elle-même, laquelle ne peut plus être désormais qu'économique). C'est pour tenter d'échapper au piège de cette alternative qu'ont été conçus les développements du présent volume.

Des quatre premiers chapitres qui composent la première partie on peut affirmer qu'il sont placés sous le signe de la déconstruction du vieux « droit administratif », celui-là même dont l'histoire se confond largement avec celle du montage en France d'un État moderne. Dans la terminologie qu'empruntent plus volontiers les juristes, on dira qu'il s'agit de faire retour sur la question de l'exorbitance du « droit administratif », en ce qu'elle est la marque d'une histoire nationale en voie d'achèvement. Mais pour être en voie d'achèvement, cette histoire-là ne continue pas moins, de manière intempestive, de suivre un cours imaginaire : avec les catégories, les procédés, les représentations et autres modes de raisonnement du « droit administratif », elle dispose en quelque sorte de relais toujours actifs qui lui permettent de se faire encore voir et entendre. C'est en l'occurrence l'occasion d'évaluer la part qu'a pu prendre le « droit administratif » dans la reproduction d'un modèle de société dans lequel, jusqu'à une période récente, l'équilibre n'était concevable qu'à la condition d'organiser une part significative des échanges sociaux à l'écart de la loi du marché. Les chapitres qui forment la première étape du parcours permettent de suivre, depuis la scène du « droit administratif », le changement de paradigmes qu'ont supposé et entraîné l'avènement de la globalisation et la construction d'un grand marché européen.

Nul ne s'étonnera de trouver à l'origine de la démonstration l'interminable récit du service public. Qu'il soit ici traité (chap. 1er) sous l'intitulé : « Le service public est mort ! Vive le service public ! » peut en revanche mériter quelques explications. Aussi déconsidéré soit-il maintenant, le service public ne reste pas moins, au sens propre, une notion emblématique de ce qui continue d'être dénommé « droit administratif ». Mais il est certain que, lorsqu'au milieu des années 1990 l'idée du service public à la française s'impose dans l'espace public, ce ne pouvait être qu'en défense d'une institution mythique, car déjà minée par le cours nouveau des événements et l'évolution des grands

référentiels de l'action publique (sect. 2). Préalablement, une analyse des modes d'identification jurisprudentielle de la notion (sect. 1) aura permis d'en faire apparaître toute la contingence.

Le thème du chapitre 2 (« Une propriété publique en quête de rentabilité ») montre comment, inscrit dans sa longue histoire, le droit contemporain de la domanialité publique continuait d'opposer aux agents économiques ses représentations des biens publics, aussi désuètes que dissuasives. Parce qu'il contribuait à justifier une trop grande insensibilité de la domanialité publique aux exigences d'une économie de marché, ce droit était depuis déjà longtemps promis à une révision qu'inaugure le nouveau Code général de la propriété administrative des personnes publiques. Celui-ci comme son nom l'indique change la donne juridique en se faisant le support d'un raisonnement qui délaisse la domanialité pour la propriété publique. Les deux études qui composent le chapitre sont par la force des choses antérieures à ce travail, très attendu, de codification. Elles invitaient par avance, face à une doctrine très largement acquise à la nécessité d'une politique d'exploitation des propriétés publiques, à ne pas sous-estimer les risques d'une mutation marchande d'espaces dont le droit avait pu jusqu'alors, non sans mal, pérenniser la singularité, en pensant le domaine public comme un ensemble de biens certes voués aux occupations privatives, mais toujours susceptibles d'être rendus à leur fonction fondamentale : demeurer disponibles aux exigences d'un intérêt général irréductible à la loi du marché. Aussi se demande-t-on, après un « Plaidoyer pour le domaine public maritime naturel » (sect. 1) : « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? » (sect. 2).

Dans le cours du chapitre 3 (« La fonction publique malade de son statut ? »), l'interrogation se poursuit sur le sort des principales marques identitaires du « droit administratif » : le statut de la fonction publique fait partie de ces institutions emblématiques et à fort potentiel imaginaire à travers lesquelles un modèle d'État d'un autre âge parviendrait à perdurer. C'est pourquoi sans doute l'institution se prête à des appropriations collectives si contrastées et si chargées affectivement. Les politiques de réforme de l'État dans lesquelles se joue pour une part non négligeable l'avenir du droit de l'administration et de l'action publique semblent bien buter contre un édifice statutaire à l'ombre duquel prospèrent des comportements individuels et collectifs allergiques aux exigences de la performance publique. C'est pourquoi le droit de la fonction publique est de plus en plus soumis à une double tension, celle qu'y introduisent les incertitudes du partage droit public / droit privé (sect. 1 : « Le partage droit public - droit privé dans le système juridique de la fonction publique territoriale »), et celle qu'impose la contractualisation de l'action publique tout entière (sect. 2 : « Le droit français de la fonction publique entre statut et convention »).

C'est d'ailleurs sur la relance de la question du contrat que s'achève la première partie. Si, plus qu'aucun autre, le thème du nouveau cours contractuel du « droit administratif » se prêtait à cette clôture, ce n'est pas seulement parce qu'il prend une place envahissante dans la littérature doctrinale, mais parce qu'il est une des manifestations les plus spectaculaires du mouvement dans lequel l'administration change d'identité juridique, ou, plus généralement encore, de statut. On sait quelle part a pu prendre la décision unilatérale dans la définition de la singularité du « droit administratif ». Certes, d'un strict point de vue juridique, la conversion contractuelle de l'action et de la gestion publiques ne les fait pas nécessairement sortir de l'univers du « droit administratif », il n'en reste pas moins qu'on devine là souvent l'œuvre d'une stratégie permettant de faire « comme si » : il n'est guère douteux que l'adoption de conduites contractuelles permet à l'administration de sortir de ses propres marques, en rusant avec ses propres héritages juridiques. On le voit, l'enjeu

déborde les frontières d'une conception purement technicienne du droit. C'est pourquoi dans les deux sections de ce chapitre 4 on s'est employé à un travail de confrontation des approches, consistant à faire dialoguer juristes et sociologues. La nécessité de cette mise en dialogue ne date pas d'hier (sect. 1 : « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration ») ; elle s'impose avec encore plus de force aujourd'hui (sect. 2 : « Interrogations méthodologiques sur le "tournant contractuel" de l'action publique »).

Une volonté de généralisation donne sa raison d'être à la deuxième partie. Dans les textes qu'on y présente, il s'agit de tirer certains enseignements théoriques des observations plus ponctuelles et localisées qui sont la matière de la première partie. L'action publique, du moins ses promoteurs et acteurs, cherche à se débarrasser du vieil imaginaire qui l'a longtemps portée et servie : le grand récit d'une administration en charge de manœuvrer un droit exorbitant du droit commun. C'est donc à une tentative d'identification d'un droit nouveau de l'administration et des politiques publiques qu'il faut maintenant se livrer.

Parce qu'il faut faire ici avec une identité juridique de plus en plus instable et indéterminée, on a choisi de parler d'un statut hybride du « droit administratif ». Ces mots ne se veulent pas l'expression d'un seul constat, celui de « L'identité brouillée du "droit administratif" (titre 1), ils invitent par ailleurs à une interrogation méthodologique : « Le "droit administratif" : une théorie à réinventer ? » (titre 2).

Il n'y a, en l'occurrence, dans l'usage du terme de brouillage aucun jugement de valeur : ni regret d'un état antérieur du droit dont la soi-disant clarté – ou même pureté – serait ainsi mythifiée, ni dramatisation d'une complexité juridique croissante dont on sait fort bien qu'elle est tout à la fois, pour les acteurs de l'action publique mais aussi pour ses destinataires, une source de pouvoirs et de contraintes. Ce mot ne reçoit donc ici qu'une fonction descriptive. Ainsi met-on l'accent, dans les composantes de la première sous-partie, sur deux des sources principales de brouillage.

Sont examinées tout d'abord (chap. 5) les difficultés qu'éprouvent les producteurs du droit de l'administration à se situer du côté du droit public ou de celui du droit privé. Ce phénomène n'est certes pas récent, il est inhérent à la logique même de la fameuse « summa divisio » de notre univers juridique (sect. 1), la spectaculaire promotion du droit de la concurrence ne peut qu'en accroître les effets (sect. 2).

Les changements du paysage juridique ne résultent pas simplement des déplacements incessants de la ligne de partage public/privé. Ils surviennent le cas échéant à la suite de « glissements de terrain », si l'on peut désigner ainsi les altérations et autres mutations susceptibles d'affecter les modes ou types de rationalité auxquels l'écriture du droit sert de support. Le chapitre 6 invite à regarder dans le droit de l'administration une scène offerte à des rationalités concurrentes (« Le droit de l'action publique entre rationalité juridique et rationalité managériale »). C'est pourquoi sont ici présentés deux textes où se réfléchissent les débats qu'entretiennent, sans toujours le savoir, juristes et managers au sujet des rapports de l'action publique et du droit. L'un entend situer le cas du « Manager entre dénégation et dramatisation du droit » (sect. 1), l'autre veut décrire « les institutions publiques entre droit et management » (sect. 2).

Parce qu'elles touchent à la constitution identitaire du droit, qu'elles le font bouger dans ses frontières, dans sa substance, sans épargner sa signification, les mutations dont il a été ici partout

question ne peuvent pas ne pas trouver de traduction sur le terrain de la théorie. C'est à une interrogation sur la réalité et sur la qualité de cette traduction dans l'enseignement du « droit administratif » que sont destinés les développements du titre 2. S'attachant à tirer les leçons du processus d'hybridation juridique en cours sur les modes d'enseignement de la discipline, le chapitre 7 (« Quel « droit administratif » enseigner aujourd'hui ? ») propose une réflexion critique sur la situation actuelle de la théorie du droit administratif dans l'espace des sciences sociales. Décrivant les nouveaux territoires du « droit administratif » (sect. 1), l'enquête s'efforce d'apporter quelques éléments de réponse à la question, sensible s'il en est, de sa didactique (sect. 2). Un ultime chapitre 8 (« Du « droit administratif » au droit de l'action publique ») est écrit en guise de conclusion. Il permet de faire retour sur la notion même de « droit administratif » : au regard des tendances actuelles qui le traversent et le déconstruisent, pour le recomposer sur d'autres bases, le système juridique dont relèvent l'organisation, le fonctionnement et le contrôle de l'action publique relève-t-il encore de ce que l'on continue d'appeler le « droit administratif » ? L'objet dont cette dénomination avait permis l'élaboration et la reproduction juridiques existe-t-il encore ? N'est-ce pas le genre même d'interrogation qui, aujourd'hui, gagnerait à s'imposer ?

II. La transparence administrative

DOCUMENT 2 : Jacques CHEVALLIER, « Le mythe de la transparence administrative », *Information et transparence administratives*, PUF, 1988, p. 239-275.

Le thème de la transparence occupe aujourd'hui une place de choix dans le discours administratif : érigé en véritable *axiome*, dont la pertinence ne saurait être mise en doute, la transparence est devenue, non seulement une des valeurs essentielles auxquelles l'administration est invitée à se référer, mais encore un axe privilégié du réformisme administratif ; redessinant quelques-uns des traits de la personnalité bureaucratique, elle conduirait à l'avènement d'une administration nouvelle, en phase avec la société et travaillant en permanence sous le regard du public. Cependant, si la transparence paraît relever désormais de l'ordre de l'évidence¹, son contenu n'en reste pas moins chargé d'équivoque : aussi un travail de clarification, visant à démêler l'écheveau complexe de significations qu'il comporte, à éclairer les contradictions éventuelles qu'il recèle, s'avère-t-il indispensable.

Le terme est apparu au milieu des années soixante-dix², avec la remise en cause du modèle administratif traditionnel : à la figure du secret.

1. Voir à titre d'illustration B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, P.U.F., 1987.

2. Voir par exemple P.F. Divier. « L'administration transparente : l'accès des citoyens américains aux documents officiels », *R.D.P.*, 1975, n° 1, p. 59. P. Dibout parlait (« Pour un droit à la communication des documents administratifs », *Revue administrative*, n° 173, sept.-oct. 1976, p. 503) de la nécessité d'« organiser la transparence ». Au Colloque de l'Institut français des sciences administratives des 10-11 février 1978 (*L'administration vue par les politiques*, Cahiers IFSA, n° 18, Cujas, 1979, p. 52), il était souligné que l'expression « administration transparente » était utilisée par « la quasi totalité des formations politiques ».

dévalorisée, discréditée et affectée d'un signe négatif, va venir s'opposer la figure antithétique de la « transparence », conçue comme pure positivité ; envers du secret, et construit par opposition à lui, le concept de transparence permet d'ancrer et de fixer la représentation d'une administration différente, capable de renouveler en profondeur le sens de ses relations avec la société. Les importantes réformes qui, à partir de la fin des années soixante-dix, s'attaqueront aux multiples facettes du secret administratif, donnent apparemment corps à cette ambition : on assiste alors à l'adoption d'un ensemble de mesures concrètes, visant à infléchir les principes de fonctionnement administratif et les modes de contact avec les administrés : amalgamant et condensant les diverses formules employées pour rendre compte de ces mutations — « maison de verre »³, « administration au grand jour », « troisième génération des droits de l'homme »⁴, « démocratie administrative »⁵ etc. —, la transparence devient le concept-clé pour exprimer la dynamique d'évolution qui affecte les systèmes administratifs. Cette promotion coïncide avec une diffusion plus globale du thème de la transparence qui est, dans les sociétés contemporaines, une valeur en hausse : tout se passe comme si un besoin nouveau de *lisibilité* se faisait sentir à tous les niveaux de la réalité sociale, sans doute en réaction contre une complexité sans cesse croissante, génératrice de dépossession et d'aliénation ; et les organisations de toute nature ressentent elles-mêmes la nécessité de dissiper les zones d'ombre, le halo de mystère qui les entoure, afin d'améliorer leur efficacité et de restaurer leur légitimité. Ces progrès de l'idée de transparence ont été illustrés récemment en France par l'adoption de textes visant à éclairer certains ressorts traditionnellement tenus cachés de la vie publique, et notamment le jeu des intérêts économiques : c'est ainsi que depuis 1981 des dispositions ont été prises pour assurer une meilleure transparence financière des entreprises de presse⁶ et des opérateurs privés de l'audiovisuel⁷ ; de même, les lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique se sont pour la première fois attaquées au problème crucial des rapports entre l'argent et la politique. Mais l'exigence de transparence se manifeste aussi au sein des entreprises : une meilleure circulation de l'information, la levée des obstacles à la communication, l'établissement d'un flux permanent de dialogue et d'échange sont de plus en plus considérés comme des conditions indispensables pour obtenir l'adhésion et la mobilisation du personnel⁸ ;

3. Voir déjà A. Holleaux, « L'information du public », *Bull. I.I.A.P.*, n° 25, janv.-mars 1973, p. 21.

4. Formule lancée par G. Braibant au colloque de Fontevraud en mars 1979. Voir aussi A. Holleaux, *R.F.A.P.* n° 15, juillet-sept. 1980, p. 527.

5. J. Lemasurier, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *R.D.P.*, n° 5, pp. 1239 ss.

6. Voir la loi du 23 octobre 1984 qui visait à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse — dispositif qui a été modifié, et assoupli, par la loi du 1^{er} août 1986.

7. Lois du 29 juillet 1982 puis des 30 septembre et 27 novembre 1986.

8. Voir G. Archier, H. Sérieyx, *L'entreprise du troisième type*, Seuil, 1984 p. 30, et aussi I. Orgogozo, *Les paradoxes de la qualité*, Ed. d'organisation, 1987, p. 17.

la transparence devient le moyen de réconcilier les salariés avec leur entreprise, en les amenant à intérioriser la contrainte du marché et en éliminant les comportements de fuite, de retrait ou de passivité. On assiste ainsi à l'extension du « domaine public » interne à l'entreprise (*Produktionsöffentlichkeit*), par une fluidité plus grande de l'information — ce qui a pour conséquence indirecte de réduire la marge d'autonomie ouvrière⁹. Dans les pays socialistes aussi, l'idée de transparence connaît un surprenant succès : complément jugé indispensable en U.R.S.S. de la « restructuration » (*perestroïka*), la « transparence » (*glasnost*) vise à placer l'appareil d'État et les organisations sociales sous le regard et le contrôle permanent des masses, grâce à une information « complète et véridique » sur la marche des affaires publiques, abordant « tous les problèmes même les plus délicats »¹⁰ ; la *glasnost*, qui littéralement signifie davantage « publicité » que « transparence » — glissement symptomatique... —, c'est à la fois la lumière, la vérité et le droit de critique. L'essor du concept de transparence administrative apparaît donc indissociable d'un mouvement très général, même si ses formes et sa portée sont évidemment spécifiques.

Ce succès du thème de la transparence s'explique sans nul doute parce qu'au-delà de ses traductions concrètes, il est porteur d'une forte charge symbolique et affective. Caractérisé par une remarquable polysémie, dans la mesure où il recouvre un ensemble de significations complexes, subtilement imbriquées les unes dans les autres et articulées en chaîne signifiante, le mot fait l'objet de connotations positives et suscite des résonances profondes. La transparence, c'est d'abord le dévoilement, la nudité, la possibilité d'accéder à ce qui est habituellement caché, de pénétrer par effraction dans le mystère d'un corps étranger, de tenir l'Autre sous son regard, de lui voler le secret de son intimité. Mais la transparence c'est aussi l'apaisement de l'anxiété ressentie au contact de ce qui est inconnu, inaccessible, impénétrable, l'élimination de la peur éprouvée face à l'obscurité, au noir, à l'opacité : comme le disait Raphaël Draï¹¹, « le mot n'est pas à prendre seulement à titre de métaphore mais dans ses effets psychanalytiques. Le contraire de la transparence, c'est l'opacité. L'anxiété née au contact de l'opaque est de même nature que celle de l'enfant qui a peur de la nuit » ; une administration opaque infantilise, une administration transparente sécurise. L'emploi du mot n'est donc pas neutre : en manipulant le concept de transparence, c'est, sans même qu'on en ait conscience, tout ce substrat affectif qu'on réveille, réactive, réactualise, ce sont toutes ces images symboliques, ces désirs latents, ces peurs irraisonnées qu'on mobilise pour consolider le lien social, conforter la légitimité des institutions, favoriser l'investissement

9. A. Borzeix, D. Linhardt, « La participation : un clair-obscur », *Sociologie du travail*, 1988, n° 1, p. 47.

10. M. Gorbatchev, *Perestroïka*, Flammarion, 1987, p. 136 : « Nous voulons plus de transparence dans les affaires publiques, dans chaque secteur de la vie... L'essentiel c'est la vérité. Il nous faut davantage de lumière ».

11. « Le dialogue administratif », in *La communication administration-administrés*, P.U.F., 1983, p. 143.

des individus ; et ces effets diffus qu'il appelle, ces attentes qu'il crée, ces espoirs qu'il fait naître ne sont pas totalement maîtrisables. Par cette dimension, la transparence accède au statut d'un véritable *mythe*, au sens fort du terme, c'est-à-dire d'une image simplifiée et illusoire, mais capable de produire une série d'effets sociaux tangibles par les résonances qu'elle suscite dans la conscience collective. Du mythe, la transparence a tous les traits essentiels : l'ampleur et la profondeur des *résonances* qu'elle éveille en chacun ; l'*imprécision* et le caractère fuyant de son contenu conceptuel, qui autorise les multiples glissements de significations indispensables à la propagation des effets idéologiques ; la *force agissante* attestée par des réformes concrètes par lesquelles le mythe influe sur le réel, ce qui interdit d'y voir un simple leurre ou artifice ; enfin l'*écart* entre la représentation imaginaire et la réalité, qui révèle que, comme tout mythe, la transparence ne peut « se réaliser » qu'au prix d'une profonde dénaturation.

DOCUMENT 3 : Léo GRIFFATON-SONNET, « Quelle portée pour l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? », Revue française de droit constitutionnel, vol. 112, no. 4, 2017, pp. 899-918.

Jusqu'à présent, la transparence administrative a été considérée largement comme une libéralité du législateur au citoyen. Elle a été vue comme un droit « né des mains du législateur », « inventé » en 1978. Les droits afférents à cette transparence n'ont pu être appuyés que sur des dispositions ponctuelles du bloc de constitutionnalité ; la motivation des actes administratifs peut ainsi être reliée au droit à un recours juridictionnel effectif. Difficile pour le plaideur de contester une décision sans en connaître les motifs, difficile également pour le juge d'en apprécier la légalité.

Pourtant, jusqu'à récemment, seul le professeur Maisl, en 1981, affirmait qu'avec la loi de 1978, « le législateur organise le “droit de citoyenneté” posé par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ». Cette absence de lien généralement admis avait des conséquences en contentieux constitutionnel. Si l'ouverture de l'accès aux documents administratifs forme une atteinte potentielle à la vie privée, au secret des affaires et à la défense nationale qu'il convient d'encadrer, le maintien du secret n'avait pas à être observé comme une atteinte au droit de demander compte aux agents publics. Il n'avait pas à être justifié. Dans la balance du législateur, le plateau favorisant la transparence était vide. Ce n'est plus le cas aujourd'hui en reconnaissant que l'article 15 de la Déclaration de 1789 énonce un droit pleinement valide et invocable. À ce titre, les atteintes qui lui sont portées, par exemple en refusant de publier le patrimoine de certains agents publics comme les députés et les sénateurs, doivent désormais être soumises au test de proportionnalité avec les objectifs justifiant ces atteintes. Le droit d'accès aux documents administratifs a été introduit en France par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. À cette fin, il est revenu au législateur de définir principalement la notion de document administratif et de déterminer quelles étaient les exceptions opposables au droit d'accès. Originellement, le texte mentionnait les documents administratifs, qu'il énumérait. À ce jour, l'article L 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) adopte une définition substantielle de la notion, s'appuyant sur la « mission de service public ».

DOCUMENT 4 : Intervention de Jean-Marc Sauvé lors de l'Assemblée générale de l'inspection générale de l'administration le 3 juillet 2017.

Transparence et efficacité de l'action publique

Dans les considérations générales de son rapport public de 1995, il y a 22 ans, le Conseil d'Etat décrivait la transparence et le secret comme les deux faces d'un même « dilemme éthique fondamental ». Aujourd'hui, c'est la transparence qui semble l'emporter sur le secret au fil des évolutions de notre société et des réformes législatives et administratives qui l'ont érigée en principe fondamental de l'action publique. En effet, les citoyens, mieux éduqués, désireux de participer davantage à la prise de décision publique et au fonctionnement des pouvoirs publics, mais aussi de plus en plus méfiants, voire défiants, à l'égard des représentants de toute nature et des personnes exerçant des fonctions publiques ne tolèrent plus l'opacité et le secret qu'ils perçoivent comme la survivance, soit de l'autoritarisme administratif de l'Ancien régime, soit, plus simplement, d'un régime certes démocratique et représentatif, mais trop distant du reste de la société. La transparence est, quant à elle, perçue comme la condition de la participation des citoyens à l'élaboration et au contrôle de l'action publique. Elle est nimbée d'une aura de modernité, de respectabilité, voire de rectitude, et elle tend à s'imposer comme une obligation incontournable de l'administration.

Sans faire expressément référence à ce terme, les réformes de 1978 et 1979, puis les textes sectoriels subséquents ont ouvert un espace croissant de transparence dans l'action de l'administration tenue de motiver ses décisions, d'ouvrir l'accès à certains de ses documents et d'intégrer à ses procédures la participation du public. Ces réformes ont été saluées comme le moyen d'insuffler plus de démocratie dans la procédure administrative et de renforcer le lien de confiance entre les citoyens et l'administration. L'exigence de transparence a certes contribué à améliorer la qualité des procédures administratives et la garantie des droits des citoyens, mais elle est inséparable de la nécessité de réaffirmer l'obligation de discrétion et de secret s'imposant aux agents publics ou protégeant certaines informations pour assurer l'efficacité de l'action publique (I). Il nous faut, par conséquent, repenser la conciliation entre les exigences de transparence et de secret qui pèsent sur l'administration (II).

I - L'essor de la transparence a transformé l'action publique en profondeur.

A - Il faut d'abord souligner que l'exigence de transparence formulée par nos concitoyens est porteuse d'un progrès majeur.

1. La transparence favorise, en premier lieu, une meilleure gouvernance publique. Elle permet, en effet, la mise en œuvre des principes et des valeurs qui sont au fondement d'une bonne action publique, c'est-à-dire d'une action légale, juste et efficace. Ainsi, les règles de transparence dans la commande publique ou le recrutement des agents publics participent à la mise en œuvre effective du principe d'égalité. Au travers du droit d'accès aux documents administratifs et de l'obligation de motivation de certains actes administratifs, la transparence contribue également à l'impartialité, la neutralité et l'objectivité de l'action publique. Elle est aussi un gage de probité du service public et de ses agents et elle permet d'éviter que l'opacité des circuits ne nourrisse des soupçons de favoritisme, de corruption ou d'arbitraire. En outre, l'obligation faite à de nombreux agents publics de déclarer leurs intérêts, voire leur patrimoine, peut prévenir les comportements non vertueux,

qui nuisent à la confiance dans l'action publique. Ces obligations de transparence et de communication participent du « droit à une bonne administration », protégé dans le droit de l'Union par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, et elles devraient en principe renforcer la confiance des citoyens dans les corps intermédiaires et, spécialement, l'administration qui sont à tort de plus en plus soupçonnés. Elles concourent également à l'exercice, par les citoyens, de leurs droits fondamentaux, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans sa décision Ullmann de 2002.

2. La transparence favorise, en second lieu, l'efficacité de l'administration en ce qu'elle permet, notamment, des achats publics et des recrutements plus pertinents. C'est ainsi également que la publicité des rapports de la Cour des comptes, annuels ou thématiques, et de certains de ses référés, participe à une meilleure gestion publique, à une plus grande efficacité de la dépense publique et à une meilleure sincérité et maîtrise des comptes publics.

De son côté, l'exigence de motivation, en rendant les décisions et les procédures plus compréhensibles et plus intelligibles, en facilite l'application et la mise en œuvre effective. Contenue notamment dans la loi du 11 juillet 1979, cette exigence suppose une évolution du langage au profit d'une présentation plus claire et plus simple qui permet aux destinataires des décisions d'en comprendre les tenants et les aboutissants. Au Conseil d'Etat, aussi, ont été engagées une réflexion et des expérimentations sur la rédaction de nos décisions de justice, mais aussi, depuis la décision du Président de la République de les rendre publics pour les principaux projets de loi, sur l'écriture de nos avis consultatifs. Depuis qu'ils ne sont plus seulement destinés au Gouvernement et à ses experts, mais également aux membres du Parlement et au public au sens large, le Conseil d'Etat en a enrichi et approfondi la motivation pour la rendre plus claire et circonstanciée. Nous motivons ainsi de manière systématique et explicite nos points de désaccord, comme nos accords. Ces explications sont de nature à favoriser, dans toutes ces hypothèses, la compréhension et l'adhésion aux choix retenus et aux projets envisagés. D'une manière générale, la transparence permet aux citoyens, mais aussi, le cas échéant, aux agents publics, de comprendre les objectifs poursuivis, d'adhérer à la politique menée, voire d'y contribuer par un comportement facilitateur. Ce qui est vrai des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi s'applique de la même manière aux rapports au chef de l'Etat sur les ordonnances ou aux notices des décrets réglementaires, qui sont désormais publiées systématiquement au Journal Officiel.

La transparence permet encore d'éviter que le secret des procédures et des motifs ne crée une défiance nuisible à la réalisation des objectifs poursuivis. Elle favorise en particulier la discussion, la critique et donc le contrôle par les citoyens, conformément aux exigences de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». Enfin, les procédures d'association ou de participation du public et la collecte d'opinions extérieures sont de nature à enrichir la réflexion de l'administration et la qualité de ses décisions. Par exemple, en matière environnementale, la consultation du public, prévue par la Charte de l'environnement, le code de l'environnement, le code de l'expropriation et la législation européenne, a non seulement le mérite d'associer l'ensemble des populations concernées à la décision et, par conséquent, de faciliter leur compréhension, mais aussi de compléter l'information de l'administration. De même, les consultations ouvertes sur internet, qui peuvent se substituer aux consultations formelles de multiples commissions ou comités, permettent d'éclairer la prise de décision publique. Les règles de transparence et de consultation applicables à l'administration favorisent ainsi un meilleur

fonctionnement des services publics, une plus grande efficacité de l'action publique et une meilleure gestion des deniers publics. Il s'agit là d'évidences. Mais elles méritent d'être soulignées avec netteté.

B - Le respect par l'administration de ses obligations de transparence doit toutefois se faire dans le respect d'autres intérêts légitimes.

1. Le premier de ces intérêts est de préserver l'efficacité et la fluidité de l'action administrative. Un excès de transparence serait en effet susceptible d'inhiber des décideurs publics sans cesse perturbés par des interventions intempestives contraires à l'intérêt général. Les obligations de secret et de discrétion professionnels qui pèsent sur les agents publics se justifient dès lors en ce qu'elles permettent à l'administration d'agir de manière autonome, à distance des pressions extérieures, multiples et contradictoires, qui peuvent exercer une influence perturbatrice sur l'action publique. La transparence prématurée ou non maîtrisée peut aussi, dans certaines hypothèses, inciter à la demi-mesure ou à une prudence excessive, là où des choix déterminés et énergiques seraient nécessaires. Elle expose au risque de l'apparition de « valises (ou de rapports et notes) à double fond » ou encore de l'émergence de doubles circuits avec, d'un côté, des documents officiels, lisses car expurgés de leur contenu sensible et de leurs propositions les plus novatrices ou décapantes, et, de l'autre, des documents véridiques restant confidentiels. Cette crainte est certainement surestimée, s'agissant des procédures prévues par la loi, comme les enquêtes publiques, qui prévoient un processus de consultation et de participation strictement encadré quant à ses délais et son contenu. Elle l'est beaucoup moins s'agissant de demandes d'avis qui ne suivent aucun formalisme particulier, ou des rapports commandés, par exemple, aux services d'inspection des ministères. Plus largement, le risque existe qu'une transparence trop exigeante engendre des blocages que la confidentialité aurait pu prévenir et nuise à la franchise, la clarté, l'efficacité et la rapidité du processus décisionnel. Cela justifie pleinement la confidentialité qui s'attache aux délibérations du Gouvernement ou aux travaux préparatoires ou inachevés, qui sont soustraits à la connaissance ou la curiosité a priori du public ou de groupes désireux de les utiliser pour faire pression sur les décideurs. En donnant à voir les esquisses, les « avant-avant projets », les hésitations, les itérations ou les revirements ayant conduit à une décision, la transparence peut aussi nuire à la crédibilité ou la légitimité de cette décision et susciter une forme de défiance ou de réticence à l'appliquer.

Le secret est aussi nécessaire à la protection d'autres intérêts légitimes et même fondamentaux : ceux de la nation, de la défense, de la sécurité, de l'économie, comme ceux de la vie privée. Dans un monde frappé par le « syndrome Wikileaks », où chacun souhaiterait tout connaître des ressorts de l'action publique, nous devons certes nous garder d'une vision angélique de la puissance publique mais, plus encore, de certains intérêts privés qui prônent la transparence à des fins qui ne sont nullement désintéressées, ni conformes à des intérêts publics essentiels. L'intérêt général commande que certaines informations soient gardées confidentielles pour préserver les intérêts fondamentaux de la nation et protéger l'avenir même de la collectivité. Nous ne vivons pas dans un monde irénique ; la transparence ne saurait donc être totale. Tel est le sens des exceptions prévues par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs, qui exclut, en particulier, la communication des documents relatifs à la défense nationale, la conduite de la politique extérieure de la France, la sûreté de l'Etat, la sécurité publique ou la sécurité des personnes. C'est ce qui justifie également qu'il soit apparu nécessaire d'instaurer un statut pour les « lanceurs d'alerte ». Ils doivent certes être protégés, en ce qu'ils révèlent des informations sensibles d'intérêt général. Mais cette divulgation, par exemple dans la presse, doit

s'inscrire dans une réponse graduée, pleinement conforme au demeurant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est ce qu'a fait la loi dite « Sapin II » qui, en instaurant un tel régime, a exclu de son champ les faits, informations ou documents couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client. Il convient d'ajouter que le principe de séparation des pouvoirs paraît s'opposer à une transparence excessive du fonctionnement et des travaux internes des administrations vis-à-vis des assemblées parlementaires et de leurs commissions.

2. L'essor de la société numérique fait aussi naître de nouvelles inquiétudes liées à l'utilisation d'internet et à la diffusion des données. La multiplication des sources crée une abondance de documents consultables, qui nuit à la qualité de l'information elle-même. Cette tendance est accentuée par l'Open data qui vise non seulement la diffusion générale de certaines informations par l'administration, mais aussi leur libre réutilisation par tous ceux qui y ont un intérêt. L'on assiste ainsi au passage d'une communication sur demande à une diffusion d'initiative, large et spontanée, de tous types de documents. Cela contribue, d'une part, à accumuler et empiler les niveaux et volumes d'information, sans hiérarchisation entre ce qui est important et ce qui l'est moins. Dans un tel contexte, les « contre-pouvoirs » – citoyens, associations ou presse – peinent à cibler les documents pertinents, ce qui peut les disperser ou les égarer et compliquer leur compréhension, voire leur contrôle. Je suis frappé de constater que beaucoup d'informations utiles, publiquement disponibles, ne sont ainsi ni exploitées, ni commentées, ni mises en perspective. En cela, l'excès de transparence nuit, en dépit ou grâce aux moteurs de recherche, à sa finalité la plus légitime : l'évaluation et le contrôle à chaque étape du fonctionnement de l'administration, par tous les citoyens, sans mobilisation excessive de moyens. L'Open data accroît, d'autre part, le risque que l'administration ne diffuse, par inadvertance ou mauvaise connaissance des règles applicables, des documents contenant des informations ou des données protégées par la loi et, en particulier, des données personnelles. Le 17 novembre 2016, la CADA a notamment estimé que la mise en ligne des autorisations individuelles d'urbanisme accordées ou refusées devait être précédée de l'occultation des informations qui sont des données à caractère personnel. De même, en vertu de la jurisprudence Google Spain de la Cour de justice de l'Union européenne, une personne visée par des informations diffusées sur internet peut, dans certaines hypothèses, en demander le déréférencement. Cette limite à la transparence numérique doit toutefois s'articuler avec la liberté d'expression. Le 24 février dernier, le Conseil d'Etat a ainsi été conduit à saisir la Cour de justice de huit questions préjudicielles tendant à ce qu'elle précise cette jurisprudence : le droit à la protection de la vie privée doit-il se traduire par l'interdiction de tout traitement des données sensibles ou doit-il conduire à articuler ce traitement avec la liberté d'expression, à laquelle concourent les moteurs de recherche, en encadrant strictement les obligations de déréférencement ? La réponse de la Cour de Luxembourg permettra de fixer précisément sa jurisprudence et d'affiner l'équilibre entre les droits et les libertés qui sont en jeu sur internet.

L'essor de la transparence depuis les lois de 1978 et 1979, comme les évolutions sociales et technologiques récentes pourraient laisser penser qu'elle est devenue la règle et que les zones de secret et d'occultation ne sont plus que résiduelles ou sont en passe de disparaître. Si les avancées réalisées en matière de transparence ne doivent pas être remises en cause, le respect par l'administration de ses obligations juridiques en la matière doit se concilier avec la satisfaction d'autres intérêts qui concourent aussi à l'intérêt général et nécessitent une certaine dose de secret.

II - La recherche d'une meilleure conciliation avec les autres intérêts légitimes de l'Etat doit donc être poursuivie

A - La première nécessité est d'affirmer de manière claire les obligations de transparence qui pèsent sur l'administration et les agents publics.

1. La transparence peut devenir « une discipline écrasante », si elle n'est pas clairement définie. Plusieurs réformes récentes vont dans le sens d'une clarification des obligations de transparence et de secret qui s'imposent à l'administration et ses agents. La création du code des relations entre le public et l'administration, entré en vigueur le 1er janvier 2016, qui codifie notamment les lois de 1978 et 1979, a ainsi permis de clarifier les conditions d'accès aux documents administratifs. La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 s'est, quant à elle, attachée à adapter la transparence à la révolution numérique, en réaffirmant l'équilibre entre une large diffusion des données publiques, dans le sens de la politique d'Open data voulue par le Gouvernement et le Parlement, et la nécessité de protéger certaines données. Le champ des documents administratifs communicables a été étendu, mais les zones de secret ont été précisées pour y inclure, notamment, les documents qui porteraient atteinte « à la sécurité des systèmes d'information des administrations ». Le régime de communication des documents administratifs, jusque-là conçu pour les documents en format papier, a aussi été adapté à la diffusion de documents numériques. Il est, par exemple, prévu que la communication des documents ou l'agrégation de données puisse se faire par leur publication en ligne. La CADA a également estimé que les algorithmes qui permettent la constitution de documents sont eux-mêmes des documents administratifs communicables. En parallèle, la loi pour une République numérique a renforcé la protection des données personnelles en affirmant le principe de la maîtrise par l'individu de ses données, conformément à ce que recommandait l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2014, et en instituant un droit à l'oubli pour les mineurs. Enfin, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires, qui a réaffirmé les exigences de dignité, impartialité, intégrité et probité s'attachant à l'exercice de fonctions publiques, a étendu l'obligation de remplir une déclaration d'intérêts aux agents publics exerçant des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, ainsi qu'aux membres du Conseil d'Etat, de la juridiction administrative et des juridictions financières. Mais à la différence des déclarations d'intérêts des membres du Gouvernement et du Parlement, qui sont rendues publiques sous réserve de certaines occultations, ces déclarations sont confidentielles et ne sont communiquées qu'au supérieur hiérarchique de l'agent public ou, en cas de difficulté, à l'organe chargé de la déontologie.

2. Le corollaire d'une plus grande transparence des informations et des procédures publiques doit être l'affermissement de ce que je nommerai « la transparence du secret ». Dès lors qu'une zone de confidentialité ou de secret est justifiée, il faut en délimiter clairement le champ et la temporalité. Une définition claire et précise doit permettre de garantir la nécessaire confidentialité de certaines procédures ou informations, en assurant que la transparence sur l'étendue du champ, la nature des informations couvertes, l'objet du secret, sa portée et ses raisons ne suscitent la suspicion ou la défiance. C'est précisément ce que la Commission d'accès aux documents administratifs et le Conseil d'Etat se sont attachés à faire en matière de communication des documents administratifs. La jurisprudence de la CADA a, par exemple, permis de clarifier la notion de secret industriel et commercial, qui est l'une des exceptions prévues par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978. La CADA a ainsi estimé que le secret industriel et commercial recouvrait trois composantes : a) le secret des procédés techniques de fabrication, travaux de recherche et « savoir-faire », b) le secret des

informations retraçant la santé économique et financière d'une entreprise et son crédit et c) le secret des stratégies commerciales et des contrats passés avec divers partenaires. Au final, l'essor de l'exigence de transparence impose, en contrepartie, la création d'un statut juridique du secret qui permet de clarifier les limites de l'une et de l'autre.

B - L'usage de la transparence doit aussi être régulé pour rester un instrument au service de l'intérêt général.

Comme tout excès, un abus de transparence est susceptible de nuire aux intérêts qu'elle entend promouvoir. Plutôt qu'un objectif absolu, la transparence doit rester un instrument au service de l'intérêt général. La principale conséquence négative d'une transparence poussée à l'extrême serait d'accroître encore davantage la défiance des citoyens à l'égard de l'administration et de ses agents et dirigeants. La transparence sans confiance dégénère en effet en suspicion que la communication de l'information ne parviendra jamais à apaiser et qui se nourrira des interstices de secret laissés dans l'ombre par la réglementation en vigueur.

1. Pour être efficace, la transparence doit par conséquent être régulée. Il est nécessaire que les administrations puissent fonctionner convenablement et conformément à leurs objectifs. Il en va de même pour les juridictions qui doivent, par exemple, concilier le respect du principe du débat contradictoire et la protection des secrets garantis par la loi. Le juge administratif ne peut, en effet, pas se fonder sur un document qui n'aurait pas été communiqué à l'autre partie, y compris si ce document est couvert par un secret garanti par la loi. Si la pièce ne peut être communiquée à l'autre partie, elle doit être écartée des débats. En outre, si un secret garanti par la loi justifie que le juge ne puisse obtenir la communication d'un document qu'il estime nécessaire, l'administration doit fournir tous les éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées de la communication et les raisons de cette exclusion. Il existe aussi des hypothèses où le juge peut demander à une partie de produire des pièces médicales le concernant, ce juge pouvant tirer les conséquences qui s'imposent en cas de refus de transmission. Mais à côté du rappel des grands principes, existent aussi des tempéraments. Ainsi en matière de concurrence, le Conseil d'Etat a jugé que si le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence pouvait refuser à une partie la communication de documents ou d'informations mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes, il lui incombe, lorsque ces éléments sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense, de lui donner accès à leur contenu, y compris par la communication d'une version résumée ou expurgée de ses éléments confidentiels. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé, s'agissant des mesures décidant le gel des fonds affiliés à des personnes suspectées de liens avec des organisations terroristes, que la communication des motifs de ces décisions était nécessaire, mais que celle-ci devait être faite dans des conditions qui préservent l'effet de surprise nécessaire à leur effectivité. Elle a également jugé que le juge de l'Union ne peut se voir opposer le secret ou la confidentialité de certaines informations et que c'est donc à lui qu'il revient de concilier les considérations de sécurité ou de défense avec les droits de la défense en décidant, lorsque c'est possible, de communiquer les éléments en débat. Ce sont de tels équilibres – nous le voyons bien – qui permettent aux juridictions ou aux autorités de régulation de fonctionner conformément à leurs objectifs et selon leurs principes fondamentaux, tout en favorisant une transparence minimale pouvant servir de base au débat contradictoire.

2. La régulation passe aussi par les « magistratures du secret », en particulier lorsque les équilibres que je décrivais à l'instant ne peuvent être atteints en interne. Ces organes constituent, entre la

transparence et le secret, un sas qui joue un rôle de médiation en favorisant les échanges, le contrôle et une certaine dose de transparence, tout en assurant la protection des secrets garantis par la loi. La CNIL et la CADA ont été les premières illustrations de cette forme de régulation. La Commission du secret de la défense nationale en est un autre exemple. Une jurisprudence ancienne faisait obstacle à ce que le juge administratif à qui l'on refuse la communication d'un document pour des motifs tirés de la défense nationale puisse discuter ce refus. La création, en 1998, de la Commission du secret de la défense nationale a mis fin à cette singularité, en permettant au juge qui se voit opposer le secret de la défense nationale de demander à cette commission la déclassification du document concerné. La commission se prononce dans ce cas sur l'opportunité d'une déclassification, totale ou partielle, des documents recherchés, au vu des différents intérêts en présence, celui de la justice, comme celui de la défense nationale. La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) qui a remplacé, en 2015, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité est, elle aussi, l'une de ces magistratures. Chargée de donner un avis sur la mise en œuvre de techniques de renseignement, elle garantit la confidentialité des demandes présentées par le pouvoir exécutif tout en assurant un contrôle sur les motifs qui les sous-tendent, leur régularité et leur proportionnalité. Les décisions du Gouvernement prises à la suite des avis de la CNCTR sont ensuite soumises au contrôle d'une chambre spécialisée du Conseil d'Etat, dont les membres sont habilités au secret de la défense nationale et se déterminent sur la base de pièces qui peuvent ne pas être intégralement communiquées au requérant. Le débat contradictoire est ainsi aménagé pour tenir compte des secrets protégés par la loi.

3. Il est, enfin, nécessaire de développer une culture de la transparence dont chacun comprenne les ressorts et sache se servir à bon escient. Un conflit d'intérêts peut être régulé de deux manières : par la répression, en édictant des règles d'interdiction et en prévoyant des sanctions adaptées, ou par la transparence, en prévoyant la diffusion des informations qui préviennent ou dissuadent les comportements non-vertueux sous la pression de l'opinion publique, le cas échéant. La prévention et la transparence ne peuvent toutefois fonctionner que si les « contre-pouvoirs » jouent pleinement leur rôle, font preuve d'une vigilance civique attentive et continue, ce qui n'est pas toujours le cas, et ne s'érigent pas épisodiquement en « grands inquisiteurs », comme parfois l'information en continu le martèle à satiété. Il appartient aussi à l'administration de s'approprier le droit applicable. Il arrive en effet trop souvent que l'existence d'instances de régulation comme la CADA ou de voies de recours devant le juge déresponsabilise les administrations qui attendent à tort l'avis de l'organe compétent, avant de prendre une décision prévisible, et même inévitable, sur la communication ou la diffusion d'un document. L'existence d'organes régulateurs ne doit pas les conduire à se substituer au fonctionnement normal de l'administration et susciter des conduites de passivité ou de carence. Il est par conséquent impératif que l'exigence de transparence s'accompagne d'une sensibilisation à son utilité, à sa nécessité, autant qu'à ses limites. Car le « mantra » de la transparence ne se suffit pas à lui-même. Les exigences de communication et de diffusion des documents et des données publiques doivent s'appliquer sans s'imposer partout et en toute hypothèse.

L'équilibre entre transparence et secret est un équilibre délicat qui est constamment interrogé et remis en cause au fil des évolutions sociétales ou technologiques. L'une et l'autre contribuent à l'efficacité de l'action administrative et à la satisfaction de l'intérêt général. La transparence

concourent à améliorer les procédures administratives et la substance des décisions en obligeant l'administration à une plus grande rigueur. Mais l'administration ne peut être entièrement transparente au risque de perdre son identité et sa particularité, de se dissoudre dans le reste de la société et de mettre en péril certaines de ses missions essentielles. L'intérêt général n'est pas, dans la conception volontariste de notre pays, la somme des intérêts particuliers ; il n'est pas non plus univoque et ne nous enferme pas dans une alternative binaire consistant à choisir entre la transparence et le secret. Il couvre la transparence et, en même temps, le secret selon des lignes qui sont fixées et doivent être aménagées par les représentants du peuple français et, en cas de litige, précisées par le juge. Dans ce contexte, il est évidemment indispensable de conserver des corps de professionnels de l'action publique, laquelle est irréductible à celle des opérateurs privés. Il est, par conséquent, nécessaire de maintenir une certaine séparation, non pas générale, mais sectorielle, entre des initiés et des profanes, cette séparation étant mise en évidence par l'existence et la persistance de zones de secret. Cette exigence-là n'est nullement incompatible avec la responsabilité propre qui incombe aux agents publics et à l'administration, ni avec la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement et, au-delà, le peuple français. Comme l'ombre et la lumière dans les tableaux du Caravage, de Georges de La Tour ou de leurs suiveurs, le secret et la transparence doivent être combinés et articulés pour renforcer les droits légitimes des citoyens et garder à l'action administrative toute sa cohérence et sa force. De leur conciliation rigoureuse, certes évolutive, mais aussi claire que possible, peuvent et doivent résulter une plus grande efficacité et une plus grande harmonie de l'action publique.

DOCUMENT 5 : Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France* [Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle].

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 16 janvier 2020 par le Conseil d'État (décision nos 433296 et 433297 du 15 janvier 2020), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour l'union nationale des étudiants de France par la SCP Anne Sevaux et Paul Mathonnet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-834 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants.

[...]

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. Le deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation, dans sa rédaction résultant de la loi du 8 mars 2018 mentionnée ci-dessus, institue une procédure nationale de préinscription dans les formations du premier cycle de l'enseignement supérieur. Le dernier alinéa du même paragraphe prévoit : « Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations

des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise ».

2. L'union requérante, rejointe par plusieurs parties intervenantes, reproche à ces dispositions de restreindre l'accès aux informations relatives aux critères et aux modalités d'examen, par les établissements d'enseignement supérieur, des demandes d'inscription dans une formation du premier cycle. Selon elle, ces dispositions seraient contraires au droit à la communication des documents administratifs qui découlerait de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, ces dispositions excluraient tout accès, des candidats comme des tiers, aux algorithmes susceptibles d'être utilisés par les établissements pour traiter les candidatures à l'entrée dans une telle formation, formulées sur la plateforme numérique dite « Parcoursup ». Or, une telle exclusion ne serait justifiée ni par le secret des délibérations des jurys ni par aucun autre motif. En outre, ces dispositions méconnaîtraient le droit à un recours juridictionnel effectif, à un double titre. D'une part, elles empêcheraient d'exercer avec succès un recours contre l'absence de communication des informations en cause. D'autre part, elles priveraient les justiciables des éléments nécessaires à la contestation effective du bien-fondé des refus d'inscription.

3. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que » figurant au dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation.

[...]

- Sur le fond :

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance de l'article 15 de la Déclaration de 1789 :

8. Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Est garanti, par cette disposition, le droit d'accès aux documents administratifs. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

9. Le paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation détermine les règles d'inscription dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur dispensées par les établissements publics. Il prévoit que l'inscription dans l'une de ces formations est précédée d'une procédure nationale de préinscription, au cours de laquelle sont portées à la connaissance des candidats les caractéristiques de chaque formation. Ces caractéristiques font l'objet d'un « cadrage national » fixé par arrêté du ministre de l'enseignement supérieur. Elles peuvent être complétées par les établissements pour prendre en compte les spécificités de leurs formations.

10. Applicable aux formations non sélectives, le paragraphe IV de l'article L. 612-3 institue un mécanisme de départage des candidats lorsque leur nombre excède les capacités d'accueil des formations demandées. Dans ce cas, les inscriptions sont décidées par le chef d'établissement au regard de la cohérence entre, d'une part, le projet de formation des candidats, leurs acquis et compétences et, d'autre part, les caractéristiques de la formation. Le chef d'établissement se prononce au regard des propositions qui lui sont faites par des commissions d'examen des vœux, constituées au sein de l'établissement pour chacune des formations dispensées. Chaque commission définit les critères et les modalités d'examen des candidatures, dans le respect des critères généraux fixés par l'établissement.

11. Le dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 prévoit que les candidats peuvent obtenir la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen ainsi mis en œuvre par les établissements ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise à leur égard. En revanche, les dispositions contestées de cet alinéa excluent l'application de deux articles du code des relations entre le public et l'administration relatifs à la communication et à la publicité des traitements algorithmiques utilisés comme fondement, exclusif ou partiel, d'une décision administrative individuelle. Est ainsi écartée, d'une part, l'application de l'article L. 311-3-1 dudit code, qui imposerait à l'administration, sous réserve des secrets protégés par la loi, de communiquer au candidat qui en fait la demande les règles définissant le traitement algorithmique et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre. Est également exclue, d'autre part, l'application de l'article L. 312-1-3 du même code, qui obligerait l'administration, sous la même réserve, à publier en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de ses missions.

12. Il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que les dispositions contestées réservent ainsi l'accès aux documents administratifs relatifs aux traitements algorithmiques utilisés, le cas échéant, par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des candidatures, aux seuls candidats qui en font la demande, une fois prise la décision les concernant, et pour les seules informations relatives aux critères et modalités d'examen de leur candidature. Ni les tiers ni les candidats, avant qu'une décision ait été prise à leur sujet, ne peuvent donc demander à ce que ces critères et modalités leur soient communiqués.

13. Toutefois, en premier lieu, il ressort des travaux préparatoires que le législateur a considéré que la détermination de ces critères et modalités d'examen des candidatures, lorsqu'ils font l'objet de traitements algorithmiques, n'était pas dissociable de l'appréciation portée sur chaque candidature. Dès lors, en restreignant l'accès aux documents administratifs précisant ces critères et modalités, il a souhaité protéger le secret des délibérations des équipes pédagogiques au sein des établissements. Il a ainsi entendu assurer l'indépendance de ces équipes pédagogiques et l'autorité de leurs décisions. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général.

14. En deuxième lieu, la procédure nationale de préinscription instituée à l'article L. 612-3 du code de l'éducation, notamment en ce qu'elle organise les conditions dans lesquelles les établissements examinent les vœux d'inscription des candidats, n'est pas entièrement automatisée. D'une part, l'usage de traitements algorithmiques pour procéder à cet examen n'est qu'une faculté pour les établissements. D'autre part, lorsque ceux-ci y ont recours, la décision prise sur chaque candidature ne peut être exclusivement fondée sur un algorithme. Elle nécessite, au contraire, une appréciation

des mérites des candidatures par la commission d'examen des vœux, puis par le chef d'établissement.

15. En troisième lieu, en application du deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3, les caractéristiques de chaque formation sont portées à la connaissance des candidats, avant que ceux-ci ne forment leurs vœux, par l'intermédiaire de la plateforme numérique mise en place dans le cadre de la procédure nationale de préinscription. Elles font l'objet d'un cadrage national fixé par arrêté du ministre de l'enseignement supérieur. Il en résulte, d'une part, que les candidats ont accès aux informations relatives aux connaissances et compétences attendues pour la réussite dans la formation, telles qu'elles sont fixées au niveau national et complétées par chaque établissement. Ils peuvent ainsi être informés des considérations en fonction desquelles les établissements apprécieront leurs candidatures. Il en résulte, d'autre part, que les candidats ont également accès aux critères généraux encadrant l'examen des candidatures par les commissions d'examen des vœux. Si la loi ne prévoit pas un accès spécifique des tiers à ces informations, celles-ci ne sont pas couvertes par le secret. Les documents administratifs relatifs à ces connaissances et compétences attendues et à ces critères généraux peuvent donc être communiqués aux personnes qui en font la demande, dans les conditions de droit commun prévues par le code des relations entre le public et l'administration.

16. En dernier lieu, en application du dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3, une fois qu'une décision de refus a été prise à leur égard, les candidats peuvent, à leur demande, obtenir la communication par l'établissement des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures, ainsi que des motifs pédagogiques justifiant la décision prise à leur égard. Ils peuvent ainsi être informés de la hiérarchisation et de la pondération des différents critères généraux établis par les établissements ainsi que des précisions et compléments apportés à ces critères généraux pour l'examen des vœux d'inscription. La communication prévue par ces dispositions peut, en outre, comporter des informations relatives aux critères utilisés par les traitements algorithmiques éventuellement mis en œuvre par les commissions d'examen.

17. Toutefois, cette communication ne bénéficie qu'aux candidats. Or, une fois la procédure nationale de préinscription terminée, l'absence d'accès des tiers à toute information relative aux critères et modalités d'examen des candidatures effectivement retenus par les établissements porterait au droit garanti par l'article 15 de la Déclaration de 1789 une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, tiré de la protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques. Dès lors, les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées comme dispensant chaque établissement de publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen.

18. Il résulte de ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe précédent, les limitations apportées par les dispositions contestées à l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs résultant de l'article 15 de la Déclaration de 1789 sont justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à cet objectif. Le grief tiré de la méconnaissance de cet article doit donc, sous cette réserve, être écarté.

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif :

19. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

20. D'une part, le refus par un établissement d'enseignement supérieur de communiquer un document administratif relatif à l'examen d'une demande d'inscription dans une formation du premier cycle constitue une décision administrative susceptible de recours devant le juge administratif. Il en va de même du refus d'inscription dans une telle formation. D'autre part, la restriction d'accès à certains documents administratifs relatifs aux traitements algorithmiques éventuellement utilisés par l'établissement ne prive pas d'effectivité les recours contre une décision de refus d'inscription.

21. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration de 1789 doit être écarté.

22. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent, sous la réserve énoncée au paragraphe 17, être déclarées conformes à la Constitution.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

[...]

Article 2. - Sous la réserve énoncée au paragraphe 17, les mots « Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que » figurant au dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants, sont conformes à la Constitution.

DOCUMENT 6 : Conseil d'État, 15 mars 2023, n° 456871.

Vu la procédure suivante :

L'association Réseau « Sortir du nucléaire » a demandé au tribunal administratif de Lyon d'annuler la décision par laquelle la société Electricité de France a refusé de lui communiquer le dossier d'options de sûreté d'un projet de piscine centralisée d'entreposage de combustibles usés dans une version occultée à bon escient et d'enjoindre à cette société de lui communiquer cette version dans

un délai de dix jours à compter de la notification du jugement, sous astreinte de 50 € par jour de retard. Par un jugement n° 2005596 du 20 juillet 2021, le tribunal administratif a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 20 septembre et 20 décembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association Réseau « Sortir du nucléaire » 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, après avoir, le cas échéant, transmis une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Electricité de France la somme de 3 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement ;
- la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 ;
- le code de l'environnement ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- les arrêts C-442/14 et C-673/13 P du 23 novembre 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Bruno Delsol, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Laurent Domingo, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SAS Hannotin Avocats, avocat de l'association Réseau « Sortir du nucléaire » et à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Electricité de France ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 février 2023, présentée par l'association Réseau « Sortir du nucléaire ».

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'association Réseau « Sortir du nucléaire » a demandé à la société Electricité de France (EDF) de lui communiquer le dossier d'options de sûreté d'un projet de piscine centralisée d'entreposage de combustibles nucléaires usés et qu'EDF lui en a communiqué une version occultée de passages relatifs, d'une part, à la teneur des outils de surveillance utilisés et à la température de l'eau et, d'autre part, à l'implantation du système de refroidissement et d'apport d'eau. L'association se pourvoit en cassation contre le jugement par lequel le tribunal administratif de Lyon a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la décision implicite d'EDF refusant la communication de ce document sans occultation de ces passages.

Sur le cadre juridique :

2. Selon les dispositions combinées des articles L. 124-4 du code de l'environnement et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, l'autorité publique, après avoir apprécié l'intérêt d'une communication, peut rejeter la demande d'une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porte atteinte, notamment, à la sécurité publique ou au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles. En revanche, selon le II de l'article L. 124-5 du code de l'environnement, qui transpose l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, lorsque la demande porte sur une information relative à des émissions de substances dans l'environnement, celle-ci peut être rejetée si sa consultation ou sa communication porterait atteinte à l'un des intérêts énumérés par ces dispositions, au nombre desquels figure la sécurité publique, mais non le secret des affaires.

3. Par son arrêt C-442/14 du 23 novembre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que, au sens des dispositions de l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive du 28 janvier 2003, mentionné au point précédent, relève de la notion d'« émissions dans l'environnement » le rejet de produits ou de substances, pour autant que ce rejet soit effectif ou prévisible dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation et que relèvent de la notion d'« informations relatives à des émissions dans l'environnement » les indications concernant la nature, la composition, la quantité, la date et le lieu des « émissions dans l'environnement » ainsi que les données relatives aux incidences, à plus ou moins long terme, de ces émissions sur l'environnement. Sont ainsi exclues du champ d'application de ce régime les émissions purement hypothétiques. Dans son arrêt C-673/13 P du même jour, la Cour de justice a jugé que, au sens du règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006, concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, les informations qui « ont trait à des émissions dans l'environnement » sont celles qui concernent ou qui sont relatives à de telles émissions, et non les informations présentant un lien, direct ou indirect, avec les émissions dans l'environnement, et que cette notion concerne notamment, mais pas uniquement, les émissions provenant d'installations industrielles comme des usines ou des centrales.

4. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 125-10 du code de l'environnement, toute personne a le droit d'obtenir, auprès de l'exploitant d'une installation nucléaire de base, les informations qu'il détient et qui portent sur les risques ou inconvénients que l'installation peut présenter pour la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la nature et de l'environnement, et sur les mesures prises pour prévenir ou réduire ces risques ou inconvénients, « dans les conditions définies aux articles L. 124-1 à L. 124-6 du même code ».

5. Il résulte des termes mêmes de cet article L. 125-10 que la communication des informations qu'il mentionne concernant une installation nucléaire de base est régie notamment par les articles L. 124-4 et L. 124-5 déjà mentionnés, qui figurent d'ailleurs au même titre II « Information et participation des citoyens » du livre Ier « Dispositions communes » du code de l'environnement. Ainsi, la sécurité publique et le secret des affaires sont au nombre des motifs pour lesquels

l'exploitant peut refuser, après une appréciation au cas par cas de son intérêt, la communication de telles informations. Par exception, le secret des affaires n'est pas opposable lorsque les informations demandées se rapportent à des émissions dans l'environnement effectives ou prévisibles dans des conditions normales ou réalistes de fonctionnement de l'installation, ce qui n'est pas le cas des émissions susceptibles de résulter d'un accident éventuel, lesquelles présentent un caractère purement hypothétique.

Sur les moyens du pourvoi :

6. En premier lieu, d'une part, après avoir cité et explicité la portée des dispositions de l'article L. 124-4 et du II de l'article L. 124-5 du code de l'environnement et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la notion d'émissions dans l'environnement, le tribunal administratif a jugé que la communication des passages du document demandé relatifs à la teneur des outils de surveillance utilisés dans la piscine d'entreposage et à la température de l'eau porterait atteinte au secret des affaires, de sorte que la société EDF était fondée à la refuser. Il a ainsi nécessairement jugé que les informations occultées n'étaient pas relatives à des émissions de substances dans l'environnement. Par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que le tribunal aurait insuffisamment motivé son jugement en s'abstenant de répondre au moyen tiré de ce que ces informations étaient relatives à des émissions dans l'environnement et que le secret des affaires ne pouvait donc légalement lui être opposé. Il résulte en outre de ce qui a été dit au point 5 qu'en jugeant que ces informations, relatives à des équipements et méthodes destinés à empêcher des émissions accidentelles, ne constituaient pas des informations relatives à des émissions dans l'environnement, le tribunal, à qui il était loisible de ne pas poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive du 28 janvier 2003, n'a pas entaché son jugement d'erreur de droit, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation.

7. D'autre part, la teneur des outils de surveillance développés par EDF dans le cadre de son activité de recherche et développement et la température de l'eau de la piscine d'entreposage relèvent du secret des procédés. Par suite, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que le secret des affaires faisait obstacle à la divulgation des passages du document traitant de ces deux points, le tribunal, dont le jugement est suffisamment motivé à cet égard, aurait inexactement qualifié les faits de l'espèce.

8. En second lieu, en revanche, il ressort des pièces du dossier que l'association contestait également devant le tribunal administratif l'occultation des passages du document concernant l'implantation des systèmes de refroidissement et du mécanisme de maintien du niveau d'eau. En rejetant, sans en donner les raisons, cette partie des conclusions, le tribunal a, dans cette mesure, insuffisamment motivé son jugement.

9. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, que l'association requérante est fondée à demander l'annulation du jugement qu'elle attaque, seulement en tant qu'il a rejeté sa demande d'annulation de la décision par laquelle EDF a refusé de désocculter les passages traitant de l'implantation du système de refroidissement et d'apport d'eau.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur le règlement au fond :

11. Il ressort des pièces du dossier que, dans le dossier d'options de sûreté qu'elle a communiqué à l'association, EDF a occulté, d'une part, au 3.4.3.1 « Refroidissement de l'eau du bassin », l'implantation des « échangeurs immergés » qui « assurent le refroidissement de l'eau du bassin par échange avec l'eau de refroidissement du circuit secondaire », ainsi que la « Figure 17 : implantation des systèmes de refroidissement » et, d'autre part, les informations relatives au mécanisme d'apport d'eau figurant au 3.4.3.3 « Maintien du niveau d'eau ». EDF fait valoir, sans être sérieusement contredite, que la divulgation de l'emplacement exact de ces équipements, strictement nécessaires au bon fonctionnement de la piscine, serait de nature à générer un risque accru d'actes de malveillance. Eu égard au caractère névralgique de ces équipements pour la sûreté de l'installation et pour la protection du public, la divulgation de ces informations porterait atteinte à la sécurité publique. Si, ainsi qu'il a été dit au point 2, il convient d'apprécier aussi, comme l'exige l'article L. 124-4 du code de l'environnement, l'intérêt d'une communication, celui-ci n'est pas suffisant en l'espèce pour justifier qu'un tel risque puisse être pris. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la fin de non-recevoir soulevée par la société EDF, l'association requérante n'est pas fondée à demander l'annulation du refus d'EDF de lui communiquer les passages en litige.

12. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme à la charge de l'association Réseau « Sortir du nucléaire » en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les dispositions du même article font obstacle à ce qu'une somme soit mise sur ce fondement à la charge de la société EDF.

Décide :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Lyon du 20 juillet 2021 est annulé en tant qu'il a rejeté la demande d'annulation de la décision implicite par laquelle la société Electricité de France a rejeté la demande de l'association Réseau « Sortir du nucléaire » tendant à la communication des passages du dossier d'options de sûreté relatifs à l'implantation des systèmes de refroidissement et du mécanisme de maintien du niveau d'eau.

Article 2 : Le surplus des conclusions du pourvoi et le surplus de la demande présentée par l'association Réseau « Sortir du nucléaire » devant le tribunal administratif de Lyon sont rejetés.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société Electricité de France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'association Réseau « Sortir du nucléaire » et à la société Electricité de France.

III. La participation

DOCUMENT 7 : Jean RIVERO, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821-824.

Il serait présomptueux de prétendre, en quelques pages, tenter, pour l'administration et son droit, le bilan qui, pour le droit civil, a requis la maîtrise, la pénétration, la familiarité avec la culture juridique traditionnelle et l'intuition des besoins de la société de demain par lesquelles l'œuvre de René Savatier demeure exemplaire.

Aussi bien, des métamorphoses imposées à notre système administratif par les nouvelles données économiques et sociales, beaucoup relèvent de l'évidence : extension démesurée et diversification des tâches, diversification corrélative des modes d'intervention, développement de la gestion privée, qui restitue au droit civil et commercial de larges domaines de l'action administrative, tout cela est bien connu.

Peut-être faut-il chercher plus avant ; le système administratif français, et son droit, reposent, en effet - comme tout ordre juridique - sur une certaine représentation de l'homme, et de sa place dans la société. Celle qui a prévalu traditionnellement fait, de l'administré, un sujet, protégé certes par la soumission de l'administration à la loi selon la maxime fondamentale du libéralisme, mais exclu de toute participation à l'acte qui le concerne, contrairement aux idéaux de la démocratie. Comment cette situation, qu'on voudrait décrire d'abord, se concilie-t-elle avec l'évolution économique et sociale, avec, les aspirations et les nécessités d'aujourd'hui ?

C'est la question qu'on voudrait poser ensuite. [...]

Il peut paraître paradoxal d'affirmer que l'aspiration démocratique n'a eu, dans l'élaboration des modalités de l'action administrative qu'un rôle mineur alors que la France se targue d'une longue expérience de la démocratie.

Pourtant, la plus simple observation de la réalité conduit à affirmer que, à l'égard de la décision administrative, l'administré est en situation, non de citoyen, mais de sujet.

L'essence de l'aspiration démocratique est l'adéquation maximum des gouvernants et des gouvernés ; sa réalisation concrète implique, à la limite, la substitution, au « ils » par lequel le sujet désigne les détenteurs mystérieux du pouvoir, affirmant ainsi l'hétérogénéité de leur volonté par rapport à la sienne, du « nous » qui, dans la bouche du citoyen, consacre l'identification des deux volontés.

C'est une limite ; il n'est pas certain qu'elle puisse être atteinte ; mais on peut tenter de s'en rapprocher.

On peut le faire en cédant à la tentation de transporter purement et simplement, de l'ordre politique à l'ordre administratif, le procédé de la *représentation* ; mais l'élection des agents publics se heurte à la nature des choses ; très vite, la voie ainsi choisie se révèle une impasse. Il faut chercher ailleurs.

Une démarche plus modeste, et plus réaliste en ce qu'elle s'adresse directement à l'administré lui-même, est celle de *l'explication*. A ce stade, l'autorité, certes, décide seule et sans partage; mais, consciente de s'adresser à des personnes, c'est-à-dire à des êtres doués de raison et de liberté, elle juge nécessaire de rechercher l'obéissance, non dans le seul respect de son pouvoir, étayé par la crainte de la sanction, mais dans l'adhésion des intelligences; c'est pourquoi elle ne dédaigne pas d'explicitier le processus qu'elle a suivi, les données du problème, les motifs qui ont fait préférer la solution retenue à celles qu'elle a écartées. Une telle attitude marque déjà, dans la voie de la démocratie, un pas essentiel : elle implique qu'aux yeux de l'administrateur, l'administré cesse d'être une chose à laquelle on impose sa volonté pour devenir une personne.

En pratique, le franchissement de ce seuil peut revêtir des formes multiples : la plus classique, et la plus juridique, est la motivation de la décision, du moins quand cette motivation n'est pas purement formelle; l'« exposé des motifs », lorsqu'il figure en tête d'un acte réglementaire - et bien qu'il ne soit pas, en principe, destiné à l'administré - procède de cette inspiration; l'information, l'adaptation aux relations administratives de certaines techniques des relations publiques, la simple rédaction des documents administratifs dans une langue accessible au citoyen non spécialisé, sont d'autres formes de la même tendance.

Mais il existe, pour obtenir l'adhésion, un moyen plus efficace encore : C'est l'explication donnée, non après coup, mais en cours d'élaboration ; et l'on franchit ainsi, par transition, une nouvelle étape dans la voie de la démocratie : Celle de la *participation*. L'administré cesse alors d'être étranger à la préparation de l'acte qui le concerne ; entre l'autorité et lui, un dialogue se noue ; il peut faire valoir son point de vue, verser au dossier des éléments qu'il possède ; simultanément, il prend connaissance des données qui lui échappent ; ainsi collabore-t-il à l'élaboration de son propre destin.

Là encore, cette collaboration peut revêtir des formes multiples; la tradition a consacré, depuis l'Empire celle de l'enquête préalable, en matière d'expropriation, de concession minière; le recours aux organismes consultatifs, lorsque ceux-ci font une place, non aux seuls techniciens, mais aux représentants des intéressés, aboutit au même résultat; et, en dehors des procédures organisées, l'action des groupes de pressions, voire le contact individuel, sont des réalités qui, quelque impurs qu'en puissent être les mobiles, traduisent, en définitive, la volonté de ne pas subir une règle sans avoir été entendu.

Il reste que, à ce stade, le dernier mot demeure à l'autorité ; elle s'informe, elle informe, mais elle décide seule ; l'ultime pas serait franchi, dans le sens démocratique, si l'intéressé lui-même était appelé à partager avec elle le pouvoir de décision.

Si ce schéma théorique est bien exact, il n'est que de le confronter à la réalité administrative française pour mesurer l'écart qui les sépare l'un de l'autre. Comment le nier ? L'administré, tout au long de ses relations avec les services publics, chemine à travers un monde d'ordres et d'interdits, puissants, mystérieux, anonymes. Pourquoi ce chantier creuse-t-il, devant sa porte, un trou béant ? A quelle fin, et pour quelle durée ? Pourquoi cette interdiction de stationner qui s'abat sur lui pour les vingt-quatre heures qui viennent ? Pourquoi ce relèvement du tarif des cotisations de sécurité sociale ? A quels impératifs a obéi l'urbaniste qui a fixé, pour l'avenir, la forme de la ville ? Au fil des jours, les qui et les pourquoi se succèdent, et le sujet, pris dans leur réseau, ne peut guère choisir qu'entre la révolte vaine, la soumission craintive, ou la voie moyenne de l'obéissance hargneuse, qui ne sont

point attitudes de citoyens. Les tabous qui enveloppent le primitif de leur puissant mystère sont-ils si éloignés des représentations que se fait l'administré des impératifs que la volonté administrative fait peser sur lui ?

Qu'on ne crie pas trop vite à la caricature ! L'analyse juridique vient en effet éclairer, et recouper, ces constatations élémentaires.

On l'a rappelé ailleurs : l'instrument essentiel de l'action administrative demeure, en droit, la décision exécutoire, l'acte unilatéral par lequel l'autorité compétente impose sa volonté à l'assujéti. S'agit-il de la procédure par laquelle la décision s'élabore ? Il arrive, certes, que les textes particuliers qui la régissent prévoient, soit la mise à l'enquête, soit l'intervention d'organismes consultatifs ; mais, d'une part, aucun principe général n'impose, en l'absence d'une telle disposition, l'audition du ou des intéressés, le caractère contradictoire inhérent à la préparation de la décision juridictionnelle, ne s'impose pas à celle de la décision administrative ; d'une part, les procédures d'enquête, lorsqu'elles existent, sont régies par des textes qui ignorent les techniques modernes de l'information ; l'illisible affiche blanche, l'hermétisme des documents à consulter, vident la consultation de sa substance, la réduisent à un rite. Quant à l'intervention d'un organisme consultatif, son sens varie du tout au tout selon la composition de cet organisme, où la représentation des intéressés est souvent secondaire, le moment choisi pour la consultation, le délai dans lequel elle est enfermée, et l'autorité qui s'attache à l'avis : là encore, il s'agit souvent d'un rite plus que d'un authentique débat.

Ainsi élaborée, pour l'essentiel, dans l'ombre du sanctuaire administratif, la décision, lorsqu'elle apparaît sur le parvis, n'a pas besoin, pour rehausser sa majesté, du cortège de ses motifs ; on a insisté ailleurs sur cette paradoxale absence de toute obligation générale de motiver, qui demeure la règle de notre droit.

DOCUMENT 8 : Bilan de la concertation publique sur le projet « Site Tour Eiffel : découvrir, approcher, visiter », pour la période du 21 janvier – 1^{er} mars 2019.

(en ligne sur : https://www.concertationsitoutoureffel.fr/wp-content/uploads/2019/03/Bilan-concertation_site-Tour-Eiffel_20190306.pdf)

[...] Un patrimoine à conserver et à valoriser

Du Trocadéro à l'École Militaire, le site constitue une vaste et unique entité paysagère et urbaine d'environ 50 hectares, dans lequel s'inscrit la Tour Eiffel. C'est un site unique, prestigieux et emblématique de par son histoire et son architecture exceptionnelle. Son expérience se fait par séquences paysagères qui offrent des vues et des ambiances différentes sur la Tour Eiffel.

L'ensemble appartient au site classé au patrimoine mondial de l'UNESCO, Paris, rives de Seine. En parallèle, plusieurs espaces paysagers et monuments bénéficient de protections patrimoniales : classés ou inscrits monuments historiques (Palais de Chaillot, pont d'Iéna, Tour Eiffel, École Militaire) ou sites classés (jardins du Palais de Chaillot, Champ de Mars).

Le projet « Site Tour Eiffel » doit se comprendre au prisme de cette histoire. Une opération urbaine et paysagère semble aujourd'hui nécessaire afin que le site retrouve à la fois ses qualités naturelles,

et puisse répondre aux nouveaux enjeux d'accueil, d'accessibilité et d'attractivité, notamment à la veille des Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

[...]

Les objectifs du projet

Le diagnostic du site et les raisons d'être du projet

Des études préalables ont été menées par la Mission Tour Eiffel entre juillet et janvier 2018 : analyse de l'état existant et évaluation des besoins de locaux pour les visiteurs et le personnel ; fréquentation piétonne, modélisation des flux et étude sur l'accessibilité du site ; observation et analyse des usages de l'espace public et de l'offre actuelle de services aux visiteurs ; plan guide des jardins du Champ de Mars et du Trocadéro mené par la direction des Espaces Verts et de l'Environnement, ainsi que deux études historiques, l'une portant sur les jardins de la Tour Eiffel et l'autre sur la composition paysagère du Champ de Mars 1 .

Ces études ont permis de dresser un premier portrait inédit de ce site patrimonial. Des conclusions majeures en sont ressorties, et ont servi de base à l'élaboration des grands principes directeurs du projet. **La concertation publique en cours a pour objectif de compléter ce tableau grâce aux contributions du public.**

[...]

Des campagnes d'affichage

- La première campagne d'affichage, a eu lieu la semaine du 7 janvier 2019, et annonçait le démarrage de la concertation préalable autour du projet

Affichage
administratif n°1 :
annonce de la
concertation



- La seconde campagne d'affichage a eu lieu à compter du 18 janvier 2019. La deuxième affiche avait vocation à annoncer les dates et lieux stabilisés des trois temps de rencontre.

Affichage
administratif n°2 :
annonce des
lieux/temps de
rencontres

AFFICHAGE ADMINISTRATIF

MAIRIE DE PARIS

CONCERTATION SITE TOUR EIFFEL

DEMAIN, QUELS AMÉNAGEMENTS ET QUELS PARCOURS ?

**DU 21 JANVIER AU 1^{ER} MARS,
INFORMEZ-VOUS ET DONNEZ VOTRE AVIS !**

ATELIERS PARTICIPATIFS :

Le 29 janvier à 18h30
à la Mairie du 7^e, 116 rue de Grenelle (7^e)

Le 12 février à 18h30
au Pavillon de l'Arsenal, 21 boulevard Morland (4^e)

RÉUNION PUBLIQUE :

Le 22 février à 19h00
à l'Hôtel de Ville, 3 rue Lobau (4^e)



Pour vous informer et recueillir votre avis, un stand itinérant sera présent
sur plusieurs endroits du « Site Tour Eiffel » durant la concertation.

Retrouvez toutes les informations et moyens de participer sur le site internet dédié :
concertationsitetoureiffel.fr

Concertation ouverte par arrêté en date du 20 décembre 2018 conformément aux articles L.300-1, L.303-2 et R.303-1 et suivants du Code de l'Urbanisme.

Le périmètre de l'affichage a été réparti sur plusieurs secteurs : au sein et aux abords du périmètre du Site Tour Eiffel (1), dans le quartier de l'Hôtel de Ville et de l'office de Tourisme (2) ainsi que dans les mairies des du 7ème, 15ème et 16ème arrondissement.

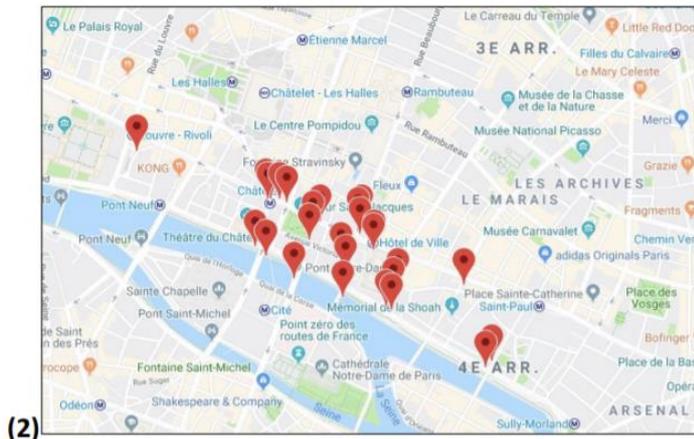
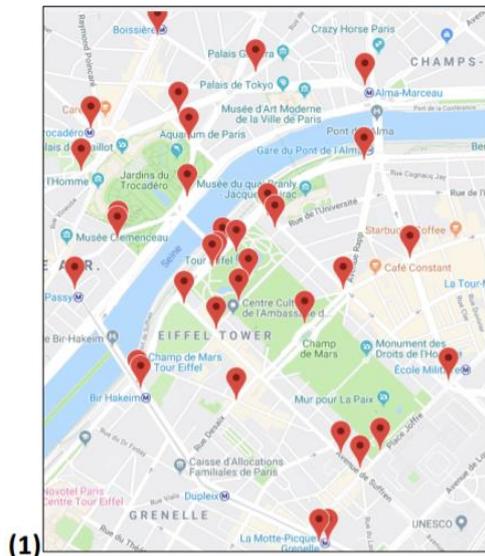




Photo affiche déposée - 19 avenue de Suffren, 75007, Paris



Photo affiche déposée - Place Joffre, Paris

En outre, des affichages supplémentaires ont été réalisés :

- Secteur Musée Louvre (5 affiches)
- Secteur Sacré Cœur (3 affiches)
- Secteur Catacombe – place Denfert Rochereau (1 affiche)
- Musée de la culture du Japon, 101 bis quai Branly 75015
- Musée Bourdelle, 18 rue Antoine Bourdelle 75015
- Musée de la vie romantique, Hôtel Renan-Scheffer, 16 rue Chaptal 75009