

Requête n° 2300086

Mme F...

Rapporteure : Andreea Avirvarei

Audience du 25 juin 2024

CONCLUSIONS

Mme Marion Leboeuf, rapporteure publique

1. Le recours par l'Etat, les collectivités territoriales et les autres personnes publiques à des cabinets privés pour la réalisation de prestations intellectuelles d'études, de conception ou d'accompagnement dans la mise en œuvre de politiques publiques est l'objet d'un travail d'enquête de la presse française qui s'est intensifié ces dernières années afin d'apporter des éléments factuels au débat public portant sur le coût de ces prestations, leur efficacité et les éventuels liens d'intérêts existant entre les cabinets concernés et les décideurs publics. Ces travaux journalistiques ont été relayés et alimentés notamment par un rapport d'information de la commission des finances, de l'économie et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale relatif aux différentes missions confiées par l'administration de l'État à des prestataires extérieurs, rendu le 19 janvier 2022, un rapport de la commission d'enquête du Sénat sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques, rendu le 16 mars 2022, ou encore un rapport public thématique de la Cour des comptes rendu en juillet 2023.

C'est dans ce contexte que Mme B... F..., journaliste au quotidien Le Monde, a adressé le 21 février 2022 à l'Union des groupements d'achat public (UGAP) une demande de communication de documents liés aux missions de conseil exercées par des cabinets privés pour son compte entre le 14 mai 2017 et le 21 février 2022, en application des dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration. A la suite du refus implicite qui lui a été opposé, la journaliste a saisi la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), qui a rendu le 12 mai 2022 un avis favorable à la communication de ces documents, sous diverses réserves.

A la suite de cet avis, le président du conseil d'administration de l'UGAP a transmis à Mme F..., par un courrier du 12 juin 2022, plusieurs documents relatifs

aux deux accords-cadres conclus par l'UGAP pour la réalisation de prestations intellectuelles¹.

Estimant néanmoins ne pas avoir obtenu la communication de l'ensemble des documents demandés et auxquels elle avait droit, Mme F... a adressé une nouvelle demande à l'UGAP par un courriel du 19 août 2022. Elle y demandait plusieurs documents relatifs aux deux mêmes accords-cadres et plus précisément : 1) le nombre global de bons de commande, 2) l'ensemble des bons de commande émis en exécution de ces deux accords-cadres ou une liste des bons de commande comportant leur date, le nom du client, le nom de l'attributaire, l'intitulé de la mission et l'unité d'œuvre utilisée, 3) les fiches d'évaluation complétées par les clients, 4) la compilation des résultats des prestations commandées adressée à la commission d'enquête du Sénat, 5) les correspondances entre l'UGAP et les cabinets attributaires relatives à l'évaluation des missions.

Le président du conseil d'administration de l'UGAP a rejeté ces demandes par un courrier du 15 septembre 2022, à l'exception de celle portant sur le nombre de bons de commande, partiellement satisfaite par la transmission d'un tableau du nombre de bons de commande émis en 2020. Ce refus était motivé par la protection du secret des affaires, la protection des travaux de la commission d'enquête et la charge pour l'administration que représenterait la communication demandée.

Le 20 septembre suivant, Mme F... en a donc saisi la CADA, qui a rendu le 3 novembre 2022 un avis favorable sous réserve, sauf en ce qui concerne les documents transmis à la commission d'enquête sénatoriale, dont elle a précisé qu'ils étaient exclus du champ des documents communicables en vertu des dispositions du code des relations entre le public et l'administration.

La demande de Mme F... a fait l'objet d'une décision implicite de rejet le 20 novembre 2022, en application des dispositions des articles R. 343-4 et R. 343-5 du code des relations entre le public et l'administration.

Néanmoins, par un courrier du 16 décembre 2022, l'UGAP a transmis à la journaliste une série de quatre documents occultés des éléments qu'elle estime protégés par le secret des affaires : 1) les demandes de complément des attributaires, 2) les demande de régularisation de l'ensemble des offres, 3) la liste

¹ Accord-cadre n° 18U062 relatif aux « marchés de prestations intellectuelles (hors informatique) commercialisées sous forme d'unités d'œuvres » et accord-cadre n° 19U043 relatifs aux « marchés de prestations intellectuelles informatique commercialisées sous forme d'unités d'œuvres ».

des bons de commande adressés par l'UGAP aux titulaires des marchés de conseil en exécution des deux appels d'offre, 3) un tableau récapitulatif des évaluations². Nous comprenons des pièces du dossier que ce courrier et ses annexes ont été envoyés à Mme F... par un courriel du 23 décembre 2022, celui-ci ne comportant pas de document nouveau.

Par la requête qui vient d'être appelée, Mme F... doit être regardée comme demandant l'annulation de cette décision expresse qui s'est substituée à la décision implicite.

2. Avant d'en venir à son examen au fond, il nous faut évoquer quelques questions concernant la recevabilité de la requête, bien qu'aucune fin de non-recevoir ne soit soulevée en défense.

2.1. Vous savez que la saisine de la CADA est un préalable obligatoire avant la présentation d'un recours devant le tribunal administratif à l'encontre du refus de communication d'un document administratif opposé par l'administration (CE, 19 févr. 1982, Mme X..., n° 24215, au Recueil). C'est la seconde décision administrative, prise explicitement ou implicitement à la suite de la saisine de la CADA, qui fait l'objet du recours devant le juge. Nulle difficulté ici, a priori, puisque Mme F... a saisi à deux reprises la CADA des refus successifs qui lui ont été opposés. Cependant, dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a précisé que le refus par l'administration de communiquer des pièces manquantes dans un dossier consulté après une première saisine de la CADA ne peut pas faire l'objet d'un recours direct devant le juge sans nouvelle saisine de la commission (CE, 20 février 1985, Mme X et autres, n° 55194, au Recueil ; CE, 6 mai 1985, Pezerat, n° 36620, aux Tables). Cette position, certes ancienne, n'a pas été remise en cause à ce jour.

La question se pose de savoir si l'obligation de saisir de nouveau la CADA s'impose lorsque, comme en l'espèce, à la suite de la saisine de la CADA, l'administration a non seulement refusé de transmettre une partie des documents demandés mais a en outre partiellement occultés ceux qu'elle a transmis.

Il nous semble, tout d'abord, que le demandeur ne se trouve pas obligé de saisir de nouveau la CADA à chaque fois que l'administration ne se borne pas à confirmer intégralement son refus de communiquer à la suite de la saisine de la

² La lecture du courrier du 16 décembre donne le sentiment que sont les formulaires d'évaluation eux-mêmes qui sont transmis (après occultation) mais il ressort du second mémoire en défense que la transmission portait en réalité sur le tableau récapitulatif, ce qui est cohérent avec les pièces produites avec la requête.

CADA mais fait droit partiellement à la demande. Ainsi, lorsque l'intéressé a demandé la communication d'une série de documents et ne se voit transmettre qu'une partie d'entre eux après saisine de la CADA, le juge estime se trouver face à un refus partiel de communication à l'encontre duquel le recours est recevable. Cette solution, assez évidente, n'a fait l'objet d'aucune décision de principe mais elle nous semble avoir été appliquée régulièrement (voyez, par exemple : CE, 8 août 2017, Association spirituelle de l'église de scientologie Celebrity Centre, au Recueil ; CE, 2 mai 2016, SA Toffolutti, n° 381635, inédit ; CE, 30 mars 2011, M. Lestard, n° 335226, inédit).

Le cas dans lequel le litige demeurant après la communication effectuée par l'administration porte sur l'ampleur des occultations qu'elle a opérées dans les documents demandés nous paraît plus proche de cette hypothèse. En effet, dans ce cas, la saisine de la CADA a bien porté précisément sur les mêmes documents que ceux qui sont en débat devant le juge. En outre, en principe, même si la CADA se borne désormais dans son avis à indiquer les principes qui doivent guider les occultations et n'indique plus de manière précise les passages à occulter, elle invite l'administration à lui indiquer les passages qui soulèvent des difficultés particulières d'appréciation, de sorte que l'on peut considérer qu'elle s'est prononcée sur la question (voyez, dans le répertoire de contentieux administratif, l'article *Communication des documents administratifs* rédigé par Alexandre Lallet et Pearl Nguyen-Duy³). Or, il nous semble que ce qui distingue les hypothèses des décisions *Audebert* et *Pezerat* est que le contenu exact du dossier n'avait pas été discuté avant sa communication.

En l'espèce, l'UGAP a communiqué à Mme F... une partie des documents demandés, une liste des bons de commande ne comportant pas l'ensemble des mentions qu'elle avait précisément définies dès sa demande et la saisine de la CADA, un tableau récapitulatif des évaluations (sans le nom des clients et des prestataires) mais n'a pas transmis les formulaires d'évaluation eux-mêmes, ni les correspondances entre l'UGAP et les cabinets attributaires relatifs à l'évaluation des offres. Elle doit donc être regardée comme ayant opposé un refus partiel de communication ayant déjà fait l'objet d'une saisine de la CADA, de sorte que la recevabilité de sa requête n'était pas conditionnée à une troisième saisine de la commission.

2.2. En revanche, la requête est partiellement irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre la décision de refus de communication en tant qu'elle porte sur le nombre

³ Dalloz, mars 2021, § 388.

de bons de commande émis pour chaque accord-cadre et ce, pour une triple raison :

Tout d'abord, le droit d'accès prévu par le code des relations entre le public et l'administration ne porte que sur des documents, correspondant à un support matériel, et non des informations, à la différence d'autres régimes de communication, comme, par exemple, celui relatif aux informations en matière d'environnement prévu aux articles L. 124-1 et suivants du code de l'environnement (voyez, notamment : CE, 27 mars 2020, Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-St-Exupéry, n° 426623, aux Tables sur un autre point). Certes, constituent des documents administratifs ceux qui n'existent que virtuellement mais peuvent être établis par extraction des bases de données dont l'administration dispose si cela ne fait pas peser sur elle une charge de travail déraisonnable (CE, 13 novembre 2020, M. Solana, n° 432832, aux Tables). C'est à ce titre que la liste des bons de commande demandée par Mme F... constitue un document administratif. Le nombre de bons de commande est, quant à lui, une simple donnée.

Ensuite, il ressort de l'avis émis par la CADA le 3 novembre 2022 que cette demande ne faisait pas partie du périmètre de sa saisine.

Enfin, il ressort des pièces du dossier que l'UGAP a transmis le 23 décembre 2022 à Mme F... un tableau récapitulatif comportant la liste des bons de commande émis de janvier 2019 à août 2022 pour chaque accord-cadre, soit un total de 10 290 bons de commande, de sorte qu'elle a obtenu l'information demandée avant l'introduction de la requête.

2.3. Enfin, eu égard au contenu de ses écritures, il nous semble que Mme F... doit être regardée comme ne demandant pas l'annulation de la décision en tant qu'elle refuse la communication de la compilation des résultats des prestations commandées adressées à la commission d'enquête du Sénat⁴.

3. Nous pouvons désormais en venir à l'examen au fond de la requête, à savoir du refus de communication, d'une part, des bons de commande eux même ou de la liste des bons de commande émis en application des deux accords-cadres comportant les date, nom du client, nom de l'attributaire, intitulé de mission, et unité d'œuvre, d'autre part des fiches d'évaluation et, enfin, les communications entre l'UGAP et les prestataires.

⁴ Page 3 du second mémoire.

Vous savez que l'office du juge est ici celui du juge de l'excès de pouvoir, qui statue sur la régularité et le bien-fondé de la décision attaquée au vu des moyens dont il est saisi, même si, par exception, il se place à la date du jugement et non de la décision attaquée (CE, 1^{er} mars 2021, Mme Herr, n° 436654, aux Tables).

3.1. Nous examinerons ensemble les deux premières séries de documents, qui posent sensiblement les mêmes questions.

Mme F... soutient que les documents litigieux entrent dans le champ des documents communicables au sens du code des relations entre le public et l'administration. Elle peut être regardée comme critiquant le motif de refus partiel de communication opposé dans la décision du 16 décembre, tenant en la protection du secret des affaires.

Par ailleurs, en défense, l'UGAP invoque d'autres motifs qui seraient susceptibles selon elle de fonder le refus : le risque d'atteinte à d'autres secrets, notamment le secret de la défense nationale, le caractère abusif de la demande ainsi que, s'agissant plus particulièrement des fiches d'évaluation, leur absence d'utilité⁵.

3.1.1. Pour s'opposer à la communication complète des documents demandés, l'UGAP fait valoir qu'ils comportent des mentions dont la communication porterait atteinte au secret des affaires. Il s'agit plus particulièrement du nom des clients publics, au bénéfice desquels elle a émis les bons de commande, des prix globaux de chaque bon de commande et du détail des prix de ces bons de commande ainsi que des mentions, sur les fiches d'évaluation, à la fois du nom du client et du nom du prestataire associé à l'appréciation de la prestation. Elle invoque, en premier lieu, la protection du secret de ses propres affaires, en tant qu'opérateur économique sur le marché concurrentiel des centrales d'achat et, en second lieu, la protection du secret des affaires de ses prestataires qui s'opposerait à la divulgation du nom de leurs clients publics.

L'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration dispose en effet que : *« Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / 1° Dont la communication porterait atteinte (...) au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de*

⁵ En recours pour excès de pouvoir, on se situe dans une logique de demande de substitution de motif puisque ces motifs ne figurent pas dans la décision attaquée du 16 décembre.

l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ».

Le secret des affaires est lui-même défini, désormais, à l'article L. 151-1 du code de commerce comme protégeant « *toute information répondant aux critères suivants : / 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; / 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; / 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.* »

Au regard de la rédaction de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, nous ne voyons pas de raison de ne pas cumuler ces deux séries de critères qui ne sont pas contradictoires.

Le Conseil d'Etat a précisé les conditions dans lesquelles les marchés publics et les documents qui s'y rapportent, qui sont des documents administratifs, sont communicables dans une décision *Centre hospitalier de Perpignan* (CE, 30 mars 2016, n° 375529, au Recueil). Selon cette décision, il revient ainsi aux juges du fond d'examiner si, par eux-mêmes, les renseignements contenus dans les documents dont il est demandé la communication peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret industriel et commercial, devenu depuis le secret des affaires. Si notamment l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables, le bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité, n'est quant à lui, en principe, pas communicable.

Enfin pour en terminer avec ce tour d'horizon général, la rédaction-même de l'article L. 311-6 invite à admettre l'existence d'un secret des affaires au bénéfice de l'administration lorsqu'elle exerce une activité de service public soumise à la concurrence⁶. En ce sens, le Conseil d'Etat a ainsi admis que les informations concernant la recette pouvant être tirée par l'Office national des forêts (ONF) de

⁶ Ces dispositions ont été insérées par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Selon le rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi, elles sont issues d'un amendement gouvernemental présenté en séance à l'Assemblée nationale dont l'objet était précisément de rassurer les personnes publiques opérant sur un marché concurrentiel.

la vente de volumes de bois d'une forêt, les prix attendus et les recettes et les dépenses attendues au titre de la gestion de cette forêt se rapportaient à la stratégie commerciale de l'ONF, de sorte que leur communication est de nature à porter atteinte au secret des affaires (CE, 27 septembre 2022, Association Mormal Forêt Agir, n° 451627, B). De plus, la circonstance qu'une entreprise exerce son activité sur un marché en situation de monopole ou de quasi-monopole n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce que le secret en matière industrielle et commerciale soit opposé à une demande de communication de documents administratifs relatifs à cette activité (CE, 21 avril 2017, Société FM Projet, n° 394606, aux Tables).

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les bons de commande émis par l'UGAP et les fiches d'évaluation établies dans le cadre de l'exécution de ses accords-cadres sont en principe des documents communicables en vertu de la jurisprudence *Centre hospitalier de Perpignan* précitée. On rappellera également que la CADA a rendu un avis favorable à la communication des bons de commande ou de la liste des bons de commande comportant les dates, clients, attributaires, intitulés de mission et unité d'œuvre utilisées ainsi que des formulaires d'évaluation, sous réserve de l'occultation des mentions portant atteinte au secret des affaires. S'agissant des bons de commande, elle a précisé, d'une manière générale, que les mentions relatives à la nature des prestations ou des fournitures réalisées sont des informations auxquelles toute personne doit pouvoir accéder librement. En ce qui concerne les mentions à occulter, elle s'est borné à citer les prix unitaires et la décomposition du prix forfaitaire. Il ne ressort d'ailleurs d'aucun de ces avis que le nom du fournisseur et de l'administration au bénéfice de la laquelle est effectuée la prestation serait couvert par ce secret.

Il est vrai néanmoins que l'UGAP, qui n'a pas présenté d'observation devant la commission, n'a pas fait valoir devant elle d'argument relatif à la particularité des bons de commande émis par une centrale d'achat en tant que grossiste auprès des titulaires des marchés qu'elle conclut, qui ne le sont pas pour ses besoins propres, mais pour ceux des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrice avec lesquelles elle passe par ailleurs une convention à titre onéreux pour la fourniture des mêmes prestations.

A l'origine service administratif de l'Etat, l'UGAP a été constituée par le décret du 30 juillet 1985⁷ sous la forme d'un établissement public industriel et commercial avec notamment pour mission d'acheter et de céder des produits et

⁷ Décret n°85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP).

services destinés aux personnes publiques et aux organismes de droit privé assurant une mission de service public, sans que lesdites personnes publiques et organismes n'aient à conclure avec elle des marchés publics. Dans les années 1990, cette position a été fortement contestée par la coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF) ce qui a donné lieu, notamment, à une décision du Conseil d'Etat dans lesquels il semble avoir admis que l'UGAP opéraient sur un marché concurrentiel qui est celui de la prise en charge des procédures de mise en concurrence (CE, 27 juillet 2001, CAMIF, n° 218067, au Recueil). Il a été conduit, dans cette même décision, à reconnaître la contrariété au droit de l'Union des dispositions de droit interne dispensant les acheteurs publics de procédure de mise en concurrence lorsqu'ils recouraient à l'UGAP. Dans son seul avis rendu au sujet de l'UGAP, le conseil de la concurrence (devenu l'autorité de la concurrence) estimait que l'UGAP opérait sur le marché de la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence instaurées par le code des marchés publics en situation de monopole (Conseil de la concurrence, avis n° 96-A-13 du 17 décembre 1996).

A partir de l'entrée en vigueur du décret du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics⁸, elle est devenue une centrale d'achat, notion consacrée par le droit de l'Union notamment dans la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004. Aux termes de l'article 2113-2 du code de la commande publique, désormais applicable « *Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes : / 1° L'acquisition de fournitures ou de services ; / 2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services.* ». La centrale d'achat est elle-même soumise au code de la commande publique. Lorsqu'un acheteur public a recourt à une centrale d'achat, il est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour les opérations de passation et d'exécution qu'il lui a confiées⁹. Il résulte de ces dispositions que la centrale d'achat doit nécessairement elle-même être un acheteur, c'est à dire un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice en vertu de l'article L. 1210-1 du même code. En application des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont soit des personnes morales de droit public, soit des personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, soit des organismes de droit privé constitués par des pouvoirs

⁸ Décret n° 2004-15.

⁹ Article L. 2113-2 du code de la commande publique.

adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, soit des entreprises publiques exerçant des activités d'opérateur de réseaux.

Nous relevons avec un intérêt tout particulier un arrêt rendu récemment par la Cour de justice de l'Union européenne dans lequel elle précise, pour l'application de la directive de 2004, que *« compte tenu du lien étroit existant entre la notion de « pouvoir adjudicateur » et celle de « centrale d'achat » (...) les centrales d'achat ne peuvent être considérées comme offrant des services sur un marché ouvert à la concurrence des entreprises privées. / En effet, une centrale d'achat agit en qualité de pouvoir adjudicateur, afin de pourvoir aux besoins de celui-ci, et non en tant qu'opérateur économique, dans son propre intérêt commercial. »* (CJUE, 2^e chambre, 4 juin 2020, Asmel società consortile arl contre Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), n° C-3/19, points 63 et 64).

Sans aller jusqu'à remettre en cause le caractère d'opérateur économique sur un marché concurrentiel des centrales d'achats, compte tenu de la position adoptée par le Conseil d'Etat, il nous semble qu'il convient de tenir compte du fait qu'il s'agit tout de même d'un marché très particulier constitué exclusivement de personnes morales poursuivant un but d'intérêt général et non la recherche et le partage de bénéfices. C'est ainsi que les centrales d'achat « concurrentes » que l'UGAP cite dans sa requête sont toutes des personnes publiques. De plus, le droit de l'Union et le droit interne ont reconnu la particularité des centrales d'achat en dispensant les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de mise en concurrence pour les marchés qu'ils passent avec elles. L'objet des centrales d'achat, selon le préambule de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, désormais en vigueur, est d'accroître la concurrence entre les fournisseurs et de professionnaliser la commande publique¹⁰. Dans le code de la commande publique, elles sont présentées comme un outil de mutualisation de l'achat public au même titre que les groupements de commande. Enfin, les bénéficiaires des bons de commande, que l'UGAP désigne dans ses écritures comme ses « clients publics » sont désignés comme des « usagers » dans le cahier des clauses particulières du marché en cause.

Certes, d'une manière générale, un fichier de clients nous paraît relever de la stratégie commerciale d'une entreprise : il s'agit notamment d'un outil de démarchage, que les commerçants se donnent parfois beaucoup de mal à constituer et qui a souvent une valeur marchande par lui-même.

¹⁰ Point 69 du préambule.

Toutefois, dans l'écosystème très particulier des centrales d'achat publiques que nous venons de décrire, dans lequel chacun des opérateurs est supposé avoir pour seul objectif d'intérêt général l'efficacité de l'achat public, nous ne voyons pas de quelle manière la divulgation du nom des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrice ayant eu recours aux deux marchés litigieux, qui ne constituent, a priori, par toute la « clientèle » de l'UGAP, pour reprendre sa terminologie, est susceptible d'affecter la concurrence entre les opérateurs.

Nous relevons, par ailleurs, que l'UGAP ne fait pas valoir que, parmi les bénéficiaires des bons de commande, se trouveraient des personnes morales visés au IV de l'article 1^{er} du décret du 30 juillet 1985 qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrice et à l'égard desquelles elle n'agirait pas en qualité de centrale d'achat au sens du code de la commande publique.

Pour résumer, en admettant-même que la mission de service public exercée par l'UGAP en tant que centrale d'achat au sens du code de la commande publique puisse être regardée comme soumise à la concurrence au sens de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, cette concurrence s'exerce exclusivement entre des centrales d'achat qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices au sens du même code, constituées dans le but d'intérêt général de la mutualisation de l'achat public et non en vue de la réalisation et le partage de bénéfices, de sorte que la communication d'une extraction comportant notamment la liste des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices au bénéfice desquels ont été émis des bons de commande pour l'exécution des deux accords-cadres de prestations intellectuelles en cause ainsi que les titulaires des accords-cadres destinataires de chacun de ces bons de commande n'affecte pas la concurrence entre les opérateurs économiques, quand bien même lesdits pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices correspondraient à une part importantes de l'ensemble de ceux ayant recours à l'UGAP. Il en est de même de la communication des bons de commande eux-mêmes ou des fiches d'évaluation comportant ces mêmes informations.

Quant à l'argument selon lequel la liste des bons de commande comportant à la fois le nom de leurs bénéficiaires et des cabinets de conseil serait assimilable à un fichier des clients publics de ces cabinets de conseil, il nous semble qu'il peut être écarté dès lors que, d'une part, c'est l'UGAP qui est le client de ces cabinets, et, d'autre part, les bénéficiaires ne représentent que la part des clients publics qui y ont recouru *via* l'UGAP. Surtout, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat

que les documents relatifs aux marchés publics, qui renseignent nécessairement sur l'identité des clients publics des fournisseurs, sont en principe communicables. Que cette identité puisse être connue par la communication d'un seul document plutôt qu'à l'issue d'un travail patient de demandes systématiques à l'ensemble des personnes publiques ne nous paraît pas faire de différence du point de vue de la protection du secret des affaires. Au demeurant, si l'on admet que le nom de clients publics puisse être protégé par le secret des affaires en ce qu'elle renseigne sur la clientèle des fournisseurs, l'argument pourrait être utilisé pour s'opposer à la communication de gros marchés de certaines personnes publiques, qui revêtent une importance financière et commerciale considérable (on pense par exemple à certains marchés de la ville de Paris, de la région Ile-de-France ou de l'Etat). Tel ne nous semble pas être le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Dans ces conditions, l'occultation de la mention du nom des bénéficiaires des bons de commande dans la liste des bons de commande et le refus de l'UGAP de communiquer les fiches d'évaluation mentionnant le nom du bénéficiaire et le nom du fournisseur concerné n'est à notre sens pas justifiée par la protection du secret des affaires.

S'agissant du prix des bons de commande, il nous semble résulter de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée que seul le prix global de chaque bon de commande est communicable. En revanche, les mentions portant sur les prix unitaires sont protégées par le secret des affaires. Dans le cas particulier de l'espèce, il nous semble qu'il doit en aller de même du nombre d'unités d'œuvre commandées, qui est susceptible de permettre de connaître leur prix unitaire, en particulier dans le cas où ce nombre n'est que d'un. Mais il ne ressort pas des pièces du dossier que Mme F... se soit opposée à ce que ces mentions soient occultées. Dans ces conditions, le refus de l'UGAP de transmettre les bons de commande après occultation des seuls prix unitaires et du nombre d'unité d'œuvre n'est pas davantage justifié par la protection du secret des affaires.

Par ailleurs, nous observons que, parmi les données dont Mme F... a demandé qu'elles figurent sur la liste des bons de commande ne figurait pas le prix des prestations.

Le motif de la décision attaquée est, dès lors, entaché d'une erreur de droit, ce qui vous conduira à examiner les autres motifs avancés en défense et qui seraient susceptibles, selon l'UGAP, de justifier la décision attaquée.

3.1.2. L'UGAP fait tout d'abord valoir que d'autres secrets protégés par la loi sont susceptibles de faire obstacle à la communication des informations sur des commandes passées par ses clients publics, qu'eux seuls seraient en mesure de décider ou non de divulguer.

Vous savez qu'il résulte des dispositions de l'article L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration que le droit de communication s'exerce auprès de l'administration qui détient le document pour les besoins de sa mission de service public, qu'elle en ait été ou non la productrice (voyez, notamment : CE, 27 mars 2015, Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques c/ Mme Mathieu et société éditrice de Mediapart, n° 382083, au Recueil).

Par ailleurs, lorsque le contenu d'un document administratif n'est défini par aucun texte, le juge ne saurait, au seul motif qu'il est susceptible de comporter des éléments couverts par un secret que la loi protège, décider qu'il n'est pas communicable, sans avoir au préalable ordonné sa production, hors contradictoire, afin d'apprécier l'ampleur des éléments protégés et la possibilité de communiquer le document après leur occultation (CE, 27 mars 2020, Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-St-Exupéry, n° 426623, aux Tables). Dans cette même décision, le Conseil d'Etat a aussi précisé que le juge ne commet d'irrégularité en s'abstenant d'ordonner avant dire droit la production du document que si l'état de l'instruction ne lui permet pas de déterminer, au regard des contestations des parties, le caractère légalement communicable ou non de ces documents ou d'apprécier les modalités de cette communication.

En l'espèce, la contestation de l'UGAP est assez vaporeuse alors que, comme le suggérait la CADA dans un avis du 11 mai 2023 transmis par la défense, elle avait la possibilité de s'enquérir auprès des auteurs des bons de commande des éventuels secrets auxquels la communication des documents litigieux est susceptible de porter atteinte. Le nombre de personnes publiques concernées ne nous paraît pas être un obstacle dès lors que la demande peut être faite de manière relativement standardisée.

En ce qui concerne les fiches d'évaluation, l'UGAP a elle-même précisé ne disposer que de 244 fiches, de sorte qu'elle était en mesure de les examiner afin de déterminer si elles comportent des secrets protégés par la loi.

En ce qui concerne les bons de commande, leur contenu est défini à l'article 9.2. du cahier des clauses particulières de l'accord-cadre de la manière suivante : la référence des prestations commandées ; la nature et la quantité des prestations commandées ; le prix unitaire ; l'adresses du service destinataire des prestations et les coordonnées complètes du contact et le cas échéant les contraintes éventuelles du site ; les délais d'exécution ; le cas échéant, les modalités d'exécution du bon de commande et le montant total H.T du bon de commande. Il est également prévu d'y mentionner le nom du sous-traitant mais l'UGAP a précisé que les bons de commandes étaient en l'espèce directement exécutés par les titulaires de l'accord-cadre. Un exemple de bon de commande a par ailleurs été produit par l'UGAP. Il en ressort notamment que, s'agissant de la nature de la prestation, seul est indiqué l'intitulé de l'unité d'œuvre selon une formulation normalisée. Il n'y a, a priori, pas de raison de penser que la communication de ces informations porterait atteinte à l'un des secrets mentionnés aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration.

Enfin s'agissant du secret de la défense nationale, on précisera que, en vertu de l'article R. 2311-4 du code de la défense, les informations et supports classifiés portent la mention de leur niveau de classification ainsi que, le cas échéant, de la classification spéciale dont ils font l'objet. Et, aux termes de l'article R. 2311-7 du même code : « *Sauf exceptions prévues par la loi, nul n'est qualifié pour connaître d'informations et supports classifiés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation (...)* ». Dans ces conditions, si certains des documents litigieux étaient concernés par une telle protection, l'UGAP devrait être en mesure de les identifier et avoir réservé leur accès à des agents habilités.

Dans ces conditions, eu égard au caractère imprécis de l'argumentation présentée par l'UGAP et au vu des pièces du dossier, le motif avancé ne nous paraît pas pouvoir légalement justifier la décision attaquée.

3.1.3. L'UGAP fait ensuite valoir, en ce qui concerne plus particulièrement les bons de commande eux-mêmes ainsi que les fiches d'évaluation, que leur communication, après occultation des informations couvertes par le secret des affaires, entrainerait une telle charge de travail que la demande doit être regardée comme abusive.

La demande de Mme F... portant, alternativement sur une extraction de la liste des bons de commande, ou sur la transmission des bons de commande eux-mêmes, et celle-ci n'ayant obtenu aucune des deux intégralement, il nous semble que vous

devrez examiner ce motif. Il doit l'être en tout état de cause en ce qui concerne la communication des fiches d'évaluation elles-mêmes.

En vertu de l'article L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration, celle-ci n'est pas tenue de donner suite aux demandes abusives, en particulier par leur nombre ou leur caractère répétitif ou systématique.

Revêt en principe un caractère abusif la demande qui a pour objet de perturber le bon fonctionnement de l'administration sollicitée ou qui aurait pour effet de faire peser sur elle une charge disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose (CE, 14 novembre 2018, *Ministre de la culture c/ Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France*, n° 420055, aux Tables). Dans cette décision, le Conseil d'Etat précise ainsi que le caractère abusif de la demande peut être reconnu au regard de ses seuls effets sur l'administration et indépendamment d'une quelconque intention de nuire de son auteur.

Dans sa décision ultérieure précitée *Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon-St-Exupéry*, le Conseil d'Etat a précisé que le caractère excessif de la charge devait être apprécié au regard l'importance du travail d'occultation, eu égard aux moyens dont dispose l'administration et de l'intérêt qui s'attache à cette communication pour le demandeur ainsi, le cas échéant, pour le public.

Par ailleurs, même si l'UGAP n'avance pas ce motif pour s'opposer à la communication à Mme F... d'une extraction de la liste des bons de commande, on précisera que l'absence de caractère déraisonnable de la charge de travail est une condition pour que puisse être imposée à l'administration la communication d'un document établi par extraction des bases de données dont elle dispose (voyez la décision précitée *M. Solana*).

En l'espèce, l'UGAP fait valoir que pour permettre la communication de 10 290 bons de commande émis pour un total de 22 841 unités d'œuvre commandées dans le respect du secret des affaires, il faudrait, sur chacun des bons de commande, occulter au moins trois informations correspondant à 515 heures soit, pour un même agent, 15 semaines de travail. Si vous nous suivez pour estimer que seuls les prix unitaires et le nombre d'unités d'œuvre doivent être occultés, à l'exclusion du nom du bénéficiaire du bon de commande, le travail d'occultation est un peu plus faible que celui annoncé par l'UGAP. Il reste néanmoins très important au regard du nombre de bons de commande concernés. Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que l'UGAP est en mesure de fournir à Mme F..., par

extraction d'une base de donnée, la liste des bons de commande qu'elle a demandée comportant les date, nom du client, nom de l'attributaire, intitulé de mission, et unité d'œuvre, soit les mêmes informations que celles figurant sur les bons de commande, à l'exception du prix global, qui n'a pas été demandé.

Dans ces conditions, le motif était susceptible de fonder légalement le refus de communication des bons de commande. De plus, il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement dessus et que Mme F... n'a été privée d'aucune garantie de procédure liée à ce motif (CE, 6 février 2004, Mme C..., n° 240560, aux Recueil).

En revanche, eu égard au nombre limité de fiches d'évaluation, et à l'absence d'occultation à opérer, sauf à ce qu'elles mentionnent les prix unitaires et le nombre d'unités d'œuvre commandées, leur communication ne nous paraît pas faire peser sur l'UGAP une charge disproportionnée au regard de ses moyens, quelle que soit par ailleurs l'utilité qu'elles présentent.

3.1.4. Vous pourrez, justement, écarter le dernier motif avancé par l'UGAP concernant spécifiquement les fiches d'évaluation et tiré de l'absence d'utilité pour la journaliste eu égard à leur caractère peu représentatif, dès lors que, comme il a été dit, il ne s'agit pas d'un motif légal de refus de communication en soi.

3.2. Nous pouvons désormais en venir à la dernière catégorie de documents dont Mme F... a demandé la communication, qui concerne les correspondances entre l'UGAP et les cabinets attributaires relatives à l'évaluation de leurs missions.

Dans sa décision du 16 décembre 2022, le président de l'UGAP renvoyait à sa décision du 15 septembre 2022 en ce qui concerne le motif de refus de communication de ces documents. Il y exposait que la communication de ces documents posait, outre un problème de secret des affaires, un problème de charge de travail, en raison de l'impossibilité de procéder à une extraction par un traitement automatisé et de la nécessité dans laquelle l'administration se trouverait d'effectuer un lourd travail de compilation manuelle puis d'anonymisation de ces correspondances.

Dans son dernier mémoire en défense, l'UGAP fait valoir que les échanges entre l'UGAP et les titulaires des accords-cadres se limitent à l'échange d'informations ou de documents via la plateforme prévue à cet effet, en particulier les bons de commande. Elle paraît ainsi se prévaloir du caractère inexistant des documents demandés, du moins en tant que documents distincts des bons de commande.

Vous savez que l'obligation de communication des documents administratifs résultant des dispositions du livre III du code des relations entre le public et l'administration ne s'étend pas aux documents que l'administration est dans l'impossibilité matérielle de produire (CE, 11 décembre 2006, n° 279113, aux Tables), que ce soit parce qu'ils n'existent plus (même décision) ou parce qu'ils n'existent pas (CE, 28 septembre 2016, Société Armor Développement et autres, n° 390760, aux Tables sur un autre point ; CE, 27 avril 2001, Zembout, n° 183391, inédit ; CE, 28 décembre 2012, n° 345908, inédit). Il s'agit d'une question de fond et non de recevabilité de la requête.

En l'espèce, la crédibilité de l'inexistence de correspondances entre l'UGAP et les cabinets de conseil relatives aux évaluations des prestations est fortement entamée par le premier motif avancé par l'administration, tiré de ce que les documents sont trop nombreux pour être communiqués. Cela dit, elle apparaît vraisemblable, au regard de l'objet de la centrale d'achat, qui n'a pas de raison de s'ingérer dans l'exécution des prestations commandées.

Il vous est, dès lors, proposé de juger que ce motif peut légalement fonder la décision attaquée.

Telles sont les raisons pour lesquelles il vous est proposé d'annuler la décision du 16 décembre 2022, en tant qu'elle refuse la communication d'une extraction de la liste des bons de commande émis par l'UGAP en exécution des accords-cadres n°18U062 et n° 19U042 jusqu'au 19 août 2022 comportant leur date, le nom du client, le nom de l'attributaire, l'intitulé de la mission et l'unité d'œuvre utilisée ainsi que des formulaires d'évaluation des missions.

4. Eu égard à ses motifs, une telle annulation implique nécessairement que l'UGAP communique à Mme F... lesdits documents après occultation, le cas échéant en ce qui concerne les formulaires d'évaluation, des prix unitaires et nombre d'unités d'œuvre. Vous pourrez lui enjoindre d'y procéder dans un délai d'un mois à compter de la notification du jugement.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette affaire.