



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE BON, LE JUGE ET LE DOCUMENT (COMMENTAIRE)

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier, (2014) [*Le bon, le juge et le document \(commentaire\)*](#). La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales (JCP A) (n°48). p. 2333.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE BON, LE JUGE ET LE DOCUMENT

(COMMENTAIRE)

Les conclusions d'une enquête administrative relative à des pratiques anticoncurrentielles ne peuvent être communiquées à celui qui a dénoncé les pratiques car elles sont déjà un document juridictionnel, quand bien même aucune instance n'est encore ouverte. La finalité de l'établissement du document est le critère dominant du document juridictionnel échappant à la loi du 17 juillet 1978.

CE, 19 févr. 2014, n° 366707, 366708, 371215, 371216, Ministre de l'Économie c/ Société Speed Rabbit Pizza : JurisData n° 2014-002738 ; JCP A 2014, act. 200

La personne qui demande une enquête pour dénoncer une pratique anticoncurrentielle peut-elle avoir accès aux résultats de cette enquête, avant même que la justice n'y donne suite ? On aurait tendance à trouver normal que ce soit possible, ne serait-ce que pour que la victime des agissements puisse y donner les suites qui sont à sa disposition. Pourtant, le juge administratif fait prévaloir le caractère secret du document qu'il perçoit comme une étape préliminaire de l'instance.

Tout commence par la guerre commerciale que se livrent les sociétés de livraison de pizzas. Afin de créer un avantage concurrentiel pour ses partenaires, pour baisser les tarifs, certains franchiseurs méconnaissent les délais de paiement imposés par le Code de commerce (C. com., art. L. 443-1). Victime de ces pratiques, la société Speed Rabbit Pizza a déjà entamé de multiples actions, notamment devant le Conseil de la concurrence (le Code de commerce interdit, d'une façon générale, les prix abusivement bas – « prix prédateurs » –, au détriment des consommateurs, mais aussi des commerçants lorsque, en présence d'une position dominante, la mise en œuvre d'un prix abusivement bas laisse présumer la volonté d'éviction des concurrents. Il n'est pas exigé dès lors de démontrer que l'entreprise en cause occupe une position dominante ou que le prix abusivement bas résulte d'une entente : Cons. conc., 23 oct. 2002, n° 02-D-64, Speed Rabbit Pizza). Elle avait aussi saisi la juridiction commerciale, après

une enquête de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en 2009 constatant l'existence de pratiques contraires aux dispositions du code et un rappel de la réglementation auprès des concurrents indélébiles. Déjà il y avait eu transmission aux autorités judiciaires des procès-verbaux dressés par ses agents.

Elle a obtenu, d'abord, que la DGCCRF diligente une enquête, puis, devant les tribunaux administratifs de Paris et de Toulouse, l'annulation du refus implicite du ministre de l'économie et de communication de lui communiquer le résultat de cette enquête. Les juges avaient ainsi ordonné le réexamen de ce refus sous deux mois. Le ministre vient ici, en cassation, demander l'annulation de ces jugements ainsi que leur sursis à exécution.

Le problème central est donc simple en apparence : ces enquêtes (procès-verbaux et rapport) sont-elles des documents communicables que l'administration devrait livrer à celui qui les a suscités, alors même qu'il n'a fait qu'attirer l'attention de l'administration, laquelle demeure maîtresse des suites à donner, notamment juridictionnelles (CE, ass., 7 mai 1971, n° 14669, *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sastre*, concl. M. Gentot) ? Il suffit de déterminer si ce document relève des documents « administratifs » de la loi du 17 juillet 1978. Mais en réalité le dilemme est profond et a donné lieu à une jurisprudence ambiguë et impressionniste que les différents rapporteurs publics et les différents annotateurs ont bien du mal à décrypter.

On peut en effet hésiter entre une première solution qui consiste à qualifier l'enquête de document administratif, quitte à le considérer comme non communicable en raison de son usage dans une prochaine procédure judiciaire, et une seconde qui, d'emblée, considère que la figure du juge s'impose pour considérer qu'il s'agit d'un document déjà absorbé par l'instance en puissance. C'est cette seconde option que le Conseil d'État retient ici, sans en livrer la clef : « alors même qu'ils ont été élaborés par des services administratifs en vertu des pouvoirs d'investigation qui leur sont conférés, des procès-verbaux et rapports d'enquête établis en application de l'article L. 450-2 du Code de commerce ne constituent pas, dans la mesure où ils constatent des pratiques qui ne sont susceptibles d'être sanctionnées que par une décision juridictionnelle, des documents administratifs ».

Il semble, à la vue du sillon déjà creusé par d'autres affaires, ainsi que des choix opérés par la CADA elle-même, que le Conseil d'État fasse prédominer un critère finaliste qui

appréhende le contexte dans sa dimension juridictionnelle, alors même que ni organiquement, ni matériellement, le document n'est juridictionnel. Il n'en est que l'éventuel accessoire même si c'est sa finalité principale. Ce faisant le juge respecte l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce que toute procédure répressive entre dans les cadres de la procédure équitable, nécessitant de confier au juge le soin de protéger les droits de tous, qu'il s'agisse de la victime des pratiques frauduleuses ou de leurs auteurs révélés par l'enquête. Ils auront ainsi, en temps voulu, communication des éléments nécessaires à la défense en justice de leurs intérêts sans que l'administration ne livre les coupables à la vindicte de leurs concurrents. Cela respecte en outre l'esprit de la loi de 1978 qui fait de la communication des documents administratifs un droit au service des libertés publiques (« Considérant que les dispositions susmentionnées, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », CE, 29 avr. 2002, n° 228830, Gabriel Ullman : JurisData n° 2002-063744 ; Rec. CE 2002, p. 157 ; AJDA 2002, p. 691, note Ph. Raimbault ; RFD adm. 2003, p. 135, concl. D. Piveteau), à condition de ne pas en abuser. Le contrôle du juge, ici sur une décision implicite de rejet, ne peut être que restreint pour ne pas empiéter sur la qualification pénale des faits en cause.

À partir de la détermination de la nature juridictionnelle du document, il faudra donc s'arrêter un peu plus sur l'usage du critère finaliste pour cette détermination.

I. La détermination de la nature juridictionnelle du document

Il faut ici commencer par reprendre le raisonnement du Conseil d'État en examinant les possibles avant le choix opéré. Car le juge aurait pu considérer le document comme administratif, sans pour autant le communiquer.

A. Le rapport d'enquête n'est pas un document administratif non communicable

Le Conseil d'État avait plusieurs options, tant au regard des textes que de sa propre jurisprudence. Les éléments d'enquête peuvent autant être considérés comme des documents administratifs, avec tout de même la possibilité de refuser leur communication.

1- Un document qui a toutes les apparences d'un document administratif

En estimant que les documents demandés relèvent de la juridiction, le Conseil d'État revient à la solution donnée par la Commission d'accès aux documents administratifs qui s'était déclarée incompétente aux motifs que « tous les documents sollicités avaient été produits ou reçus aux seules fins de procédures judiciaires destinées à réprimer les pratiques de délais de paiement punies de sanctions pénales par l'article L. 443-1 du Code de la consommation et, dans le cadre de ces procédures, de leur transmission au parquet » (*CADA, avis, 8 sept. 2011, n° 20113251, cité par S. Rougé Guichard, De l'incommunicabilité des procès-verbaux et rapports d'enquête de concurrence : AJDA 2014, p. 1109*). Comme le rappellent les conclusions d'Amélie Fort-Besnard, rapporteur public dans notre affaire, les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF « constitués du droit de visiter les locaux, d'obtenir la communication de documents ainsi que des renseignements de manière orale ou écrite, portent sur les éléments professionnels (*C. com., art. L. 450-3*) et, mais seulement sur autorisation du président du tribunal de grande instance et sous son contrôle, sur des lieux et documents non professionnels (*C. com., art. L. 450-4*) » (*AJDA 2013, p. 2044*).

Pourtant, les pièces dont il est demandé communication pourraient aisément être qualifiées de « rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux » mentionnés comme documents administratifs par l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. La solution n'aurait rien de surprenant. Déjà le Conseil avait qualifié ce même type de procès-verbaux de « documents administratifs », dont « la circonstance que ces documents peuvent, le cas échéant, servir de fondement à des procédures engagées devant les juridictions pénales, en application des dispositions de l'article L. 420-6 du même code n'est pas de nature à leur faire perdre ce caractère » (*CE, 1er mars 2004, n° 247733, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Société civile de moyens Imagerie médicale du Nivolet : JurisData n° 2004-066578 ; Rec. CE 2004, p. 105 ; JCP G*

2004, IV, 2075 ; JCP E 2004, 441 ; AJDA 2004, p. 1494). L'article L. 450-2 du Code de commerce indique lui-même que « *les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Copie en est transmise aux personnes intéressées* », ce qui pourrait désigner aussi bien l'entité qui a porté les pratiques litigieuses à la connaissance de l'autorité de régulation. De plus, si les pratiques en cause ne connaissent qu'une répression pénale, elles ne sont pas si éloignées de celles pour lesquelles une répression administrative a cours, à l'initiative du même ministère ou de l'Autorité de la concurrence.

Si le juge avait retenu cette solution, le critère utilisé aurait été ici proprement organique, considérant l'administration de la répression des fraudes comme l'auteur et le détenteur d'origine du document, ainsi que finalement celui qui décidera de sa transmission au juge pénal. C'est cette « paternité » qui justifierait de le soumettre au droit à communication de manière plus libérale que les documents juridictionnels. Tel ne fût pas le cas.

2- L'enquête pourrait être un document administratif non communicable afin de respecter les instances juridictionnelles liées à lui

Une autre solution, intermédiaire, existe néanmoins entre le document administratif, obéissant à la règle de la communicabilité, et le document juridictionnel, soumis au seul équilibre du contradictoire. La loi de 1978 aménage en effet une exception à la communication pour les documents « *dont la consultation ou la communication porterait atteinte : (...) f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente* » (art. 6). Cette hypothèse est parfois appliquée par le juge dans des situations très proches de celle de l'arrêt *Société Speed Rabbit Pizza*. Ainsi lors de l'arrêt *Lavigne*, un dossier d'enquête élaboré par la direction départementale de la concurrence, consommation et de la répression des fraudes sur la base d'une plainte a été considéré comme un document administratif non communicable pour ne pas troubler le fonctionnement de la justice, lorsqu'une procédure existe déjà en parallèle (CE, 3 avr. 1995, n° 142016, *Lavigne* ; voir aussi à propos d'un procès-verbal de police : CE, 16 mars 1998, n° 158658, *Luki*).

Dans notre affaire, seul peut faire difficulté le fait qu'une telle procédure n'était, pas encore engagée, en dépit d'une forte probabilité. Quand commencent alors réellement les « opérations préliminaires à de telles procédures » ? Sans doute ne serait-il pas difficile de voir dans l'enquête préliminaire en cause une telle opération puisqu'il n'existe pas d'option pour une autre procédure, de type administratif par exemple. La solution n'eut donc pas été incongrue. Malgré tout, le juge a fait un choix plus radical, optant pour le « tout juridictionnel ».

B. Le rapport d'enquête est un document juridictionnel

Pour le Conseil d'État, « les documents litigieux constataient des infractions susceptibles seulement de sanctions prononcées par le juge pénal ». Cette sibylline affirmation semble fonder la décision sur l'usage fait des documents, leur inscription dans une opération juridictionnelle. Elle ne permet pas de mettre fin aux doutes qui entourent la notion de document juridictionnel (S.-J. Liéber et D. Botteghi, *Le document juridictionnel, la transparence et la complexité* : AJDA 2010, p. 1133). Est-ce l'organe, la matière ou la finalité de l'acte qui détermine le document juridictionnel ? Cette interrogation rappelle celle qui entourait jadis la détermination de la notion même de juridiction. Le juge oscillant entre le critère matériel (tel que l'exercice d'une mission de répression disciplinaire. CE, ass., 12 déc. 1953, *De Bayo* : Rec. CE 1953, p. 544), le critère fonctionnel (l'existence d'un pouvoir de décision, l'obligation de l'exercer), ou le critère formel (la collégialité et la participation d'au moins un agent de l'État. CE, 20 oct. 1965, *Ville de Toulouse* : Rec. CE 1965, p. 533 ; CE, sect., 20 nov. 1970, *Bouez et UNEF* : Rec. CE 1970, p. 690).

1- L'argument organique

La détention d'un document par un organisme qualifié de juridiction (soit par la loi, soit par le juge selon les critères posés par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits) conduit souvent le juge à écarter le régime même de la loi de 1978. Nombreux sont ainsi les documents qu'il exclut : les jugements et ordonnances des juges judiciaires (CE, 27 juill. 1984, n° 30590, *Association SOS Défense [c/ Cour de cassation]* : Rec. CE 1984, p. 284), les pièces afférentes (CE, 23 nov. 1990, n° 74415, *Bertin* : Rec. CE 1990, p. 632 et 782 ; CE, 29 avr. 1983, n° 26908,

Association SOS défense et autres : Rec. CE 1983, p. 727), mais aussi les documents de travail internes du service public de la justice (même si le périmètre en est fluctuant. CE, 9 mars 1983, n° 43501, *Association SOS défense* : Rec. CE 1983, p. 727 ; AJDA 1983, p. 433). Cela concerne aussi les documents de juridictions administratives, générales ou spéciales (CE, 26 mai 2010, n° 304621, *Faria* : JurisData n° 2010-007465 ; Rec. CE 2010, tables ; Dr. fisc. 2010, comm. 509).

Or, la justice n'en est pas moins une administration (c'est pourquoi le Tribunal des conflits charge le juge administratif de connaître des litiges relatifs à l'application de la loi du 17 juillet 1978 : T. confl., 19 avr. 1982, *Bertin* : Rec. CE 1982, p. 455 et T. confl., 2 juill. 1984, n° 02324-02325, *Vinçot et Le Borgne c/ Caisse de mutualité sociale agricole du Finistère* : Rec. CE 1984, p. 450) et l'exclusion de ces documents une création prétorienne aussi radicale qu'infondée au regard du texte et de l'absence de motivation ou de définition. On sent ainsi une grande hésitation, voire des contradictions, entre ce que le Conseil d'État écrit dans sa fonction consultative et la solution qu'il retient au contentieux. Car selon l'étude publiée en 2011 (*Pour une harmonisation des textes en matière d'accès aux données publiques, La Documentation française, 2011*), « l'exclusion des documents juridictionnels du champ des documents administratifs ne va pas de soi au regard de la lettre des textes applicables » (cité par S.-J. Liéber et D. Botteghi, *chron. préc.*). L'argument organique ne peut servir d'*ultima ratio*. Il faut donc chercher ailleurs la source de cette exception.

2- L'argument matériel

L'aspect organique ne suffit pas, par exemple lorsqu'il est question de documents dont on considère qu'ils relèvent d'une forme de mesure d'ordre intérieur, d'organisation du service, sans influence sur l'équilibre des pouvoirs dans la procédure. Ainsi, est emblématique le contentieux du « tableau des assesseurs », jugé non communicable, quoique non juridictionnel (CE, 7 mai 2010, n° 303168, *Bertin* : JurisData n° 2010-005453 ; JCP A 2010, 2248 : « [Les tableaux d'assesseurs] se rattachent ainsi à la fonction de juger dont le tribunal est investi »). C'est que, dans le champ du service public de la justice, la jurisprudence, ne souhaitant pas que le justiciable puisse instrumentaliser le juge administratif pour perturber le juge judiciaire, a cru bon de remplacer la théorie des mesures d'ordre intérieur par la distinction des actes d'organisation et des actes de fonctionnement (T. confl. 27 nov. 1952, n° 1420, *Préfet de la*

Guyane : Rec. CE 1952, p. 642 ; JCP G 1953, II, 7598, note G. Vedel). Les actes d'administration du service public judiciaire échappent au contrôle du juge administratif (y compris le contentieux du refus de communication des décisions de justice : *CE, sect., 27 juill. 1984, n° 30590, Association SOS Défense c/ Cour de cassation : Rec. CE 1984, p. 284*), non pas parce qu'ils n'auraient pas d'impact sur les droits de l'utilisateur du service, mais parce qu'il faut respecter la séparation des pouvoirs « à la française » (la dualité de juridiction) et le droit au procès équitable en ne perturbant pas le juge judiciaire. C'est pourquoi seul le juge judiciaire peut connaître de la décision de publier sur le site Internet du ministère des finances le résultat d'opérations menées dans le cadre d'une enquête de police judiciaire (*CE, 8 juin 2001, n° 225119, Société Golden Harvest Zelder SARL : Rec. CE 2001*). La logique semble être la même en matière de communication des documents, laquelle ne doit pas entrer en concurrence avec les règles de communication des actes de procédure.

Or, cette logique conduit à écarter de toute communication des documents porteurs d'actes qui, sans lien direct avec l'instance peuvent avoir un effet sur les droits de l'utilisateur-justiciable, comme la composition des juridictions ou le calendrier des audiences. Non seulement cela relève du fonctionnement, donc pas de la compétence du juge administratif en excès de pouvoir, mais en outre, il ne s'agit pas de documents administratifs, excluant la loi de 1978. Serait-il dangereux d'y voir des documents administratifs communicables mais insusceptibles de recours, ne serait-ce que pour que le droit à récusation puisse s'exercer, aussi bien que la responsabilité du service ?

Pousser trop loin le rôle du critère matériel tendrait par trop à plaquer la logique du droit des documents administratifs sur celle des actes administratifs et de leur régime contentieux. Il faut en effet détacher la question du contrôle juridictionnel de la légalité administrative de celle de l'information du public. C'est donc la question de la finalité du document, son rôle dans un ensemble d'actes, qui doit prévaloir. Tel semble être le choix du Conseil d'État.

II. L'usage du critère finaliste de l'activité juridictionnelle

Le juge, pas plus que la loi, ne donne de définition de ce qu'est l'acte juridictionnel. Il se définit par défaut comme celui qui échappe à la loi de 1978. Si l'élément organique n'est jamais trop loin, il semble que ce soit un critère finaliste qui l'emporte. Si cela choque au regard

du droit à communication des documents, on peut au contraire penser que l'esprit de la loi se trouve respecté.

A. La finalité juridictionnelle

On a dit qu'en l'espèce aucune instance juridictionnelle n'avait commencé. On comprend néanmoins que le Conseil d'État ne voit aucune autre fonction à l'enquête diligentée que de conduire à une telle procédure. L'usage du document guide donc le choix du régime.

1- Une finalité liée à l'usage que le juge fait du document

Aux yeux du juge, l'enquête déjà, en puissance, relève de l'action de la justice. C'est pourquoi on voit mal, contrairement à d'autres analyses (*chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, préc.*), comment ces documents « actifs » pourraient être traités comme des archives, quand bien même cette dernière notion serait calquée sur celle du document administratif. Certes, les dispositions combinées des articles L. 211-1 et L. 211-4 du Code du patrimoine assimilent document et archive, quel que soit sa date, son lieu de conservation, sa forme ou son support, et inclut donc aussi les documents juridictionnels. Mais le régime des archives concerne des documents dont l'administration n'a plus l'usage actif, ce qui se traduit par un délai de mise à disposition des documents non communicables de plein droit. Le délai est de soixante-quinze ans « *pour les documents relatifs aux affaires portées devant les juridictions, sous réserve des dispositions particulières relatives aux jugements, et à l'exécution des décisions de justice* ». Le document juridictionnel fait donc lui aussi exception à la communication des archives.

Il ne s'agit donc pas du retour d'un critère organique car ce n'est pas la détention par un service public qui fait le régime, mais son usage à finalité juridictionnelle. Comme l'écrit le juge dans l'arrêt *Bertin* (*préc.*) : « *considérant que les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978* » (*CE, 7 mai 2010, n° 303168, Bertin : JurisData n° 2010-005453*, selon les conclusions rendues sur cet arrêt par Mme. Burguburu, la CADA était d'un avis contraire : elle autorisait la communication aussi bien des ordonnances de roulement des magistrats que du

tableau de leurs assesseurs) et sont des documents juridictionnels. Ainsi, comme le notent S.-J. Liéber et D. Botteghi : « *des documents établis dans le cadre d'une procédure judiciaire n'ont pas le caractère de documents administratifs même si ces documents ont été transmis pour information au préfet (CE, 25 mars 1994, n° 106696, Massol : Rec. CE 1994, p. 952). De même, des exemplaires de rapports ayant servi à la réalisation d'un communiqué de la commission des opérations bancaires transmis au procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire conservent leur caractère de documents administratifs (CE, 20 mars 1992, David, n° 117750 : Rec. CE 1992, p. 122) » (chron. préc). Il semble donc que, un peu à l'instar de la distinction entre les opérations de police administrative et de police judiciaire, seule compte l'intention qui a guidé l'établissement du document.*

Ainsi, il ne suffit pas qu'un document administratif soit susceptible de fonder une procédure devant une juridiction ou soit transmis à l'autorité judiciaire chargée de l'instruction d'une information judiciaire pour qu'il devienne juridictionnel : « *les procès-verbaux et les rapports qui sont établis dans le cadre d'enquêtes administratives, en application des dispositions précitées de l'article 46 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, codifié à l'article L. 450-2 du Code de commerce, par des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie, et dont ce ministre est destinataire, sont des documents administratifs dont la communication est régie par les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 (...) Il appartient seulement à l'administration saisie d'une demande de communication de tels documents, de rechercher si celle-ci peut être refusée en application des dispositions de l'article 6 de la même loi » (CE, 1er mars 2004, n° 247733, Société civile de moyens Imagerie Médicale du Nivolet :JurisData n° 2004-066578 ; Rec. CE 2004, p. 105 ; JCP G 2004, IV, 2075 ; JCP E 2004, 441 ; AJDA 2004, p. 1494. Voir aussi, dans le même sens, à propos d'un rapport établi par une commission administrative et transmis à l'autorité judiciaire sur les causes de l'effondrement en 2004 d'une partie du terminal 2 E de l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle, CE, 5 mai 2008, n° 309518, SA Baudin Châteauneuf :JurisData n° 2008-073520 ; Rec. CE 2008, p. 177 ; JCP A 2008, 2182, note G. Darcy ; JCP G 2008, act. 341 ; RJEP 2008, comm. 33 ; AJDA 2008, p. 958 ; CE, 20 avr. 2005, n° 265308, Comité d'information et de défense des sociétaires de la mutuelle retraite de la fonction publique).*

C'est sans doute ce critère finaliste qui explique une conception par trop extensive du périmètre des documents juridictionnels. À comparer avec le cadre de la jurisprudence *Préfet de la Guyane*, on se rend compte que tous les actes d'organisation de la justice, et non seulement

de fonctionnement, échappent à la loi de 1978 : certes les conclusions des commissaires du gouvernement devant les juridictions administratives (*CE, 26 janv. 1990, n° 104236, Vincent : Rec. CE 1990, p. 780*) mais aussi, de manière plus contestable, une fiche de connexité (*CE, 28 avr. 1993, n° 117480, Paire-Ficout : Rec. CE 1993, p. 782*), un fascicule produit par le centre de documentation du Conseil d'État (*CE, 9 mars 1983, Association SOS défense, préc.*) ou le programme annuel d'inspection des services judiciaires, dont on voit mal ce qu'il a de juridictionnel (*CE, 27 juin 1986, n° 34952, Association SOS défense : Rec. CE 1986, p. 537*).

2- La protection d'une instance non encore ouverte devant la juridiction

On pourra objecter que l'instance ainsi protégée par le juge administratif n'existe pas encore.

La CADA, fidèle à l'objectif de communication des documents, entretient ainsi une conception plus stricte du document juridictionnel. Dans son conseil n° 2004-2980 donné au ministre de la Justice, elle distingue le procès-verbal de constatation d'une infraction, qui est bien un document juridictionnel, du rapport de constatation qui mène à un avertissement, qui, lui, demeure un document administratif communicable (*conseil n° 20102141, directeur départemental des territoires de Haute-Vienne, cité par J.-M. Becet, Chapitre 1 – La communication des documents au public, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2013, n° 49*). De son point de vue, les rapports d'expertises ordonnées par des juridictions constituent bien sûr des documents juridictionnels sauf s'ils servent de fondement à une décision administrative (*conseil n° 20093805, Maire de Saint-André-de-Corcy*), y compris si ils sont transmis au juge.

Cette position paraît sage, mais le Conseil d'État s'en sépare. Pour lui, même si l'usage est futur, la finalité juridictionnelle contamine tout y compris les documents élaborés par des autorités administratives dès lors qu'ils sont indissociables d'une procédure juridictionnelle (mémoires en défense d'une administration : *CE, 28 avr. 1993, Paire-Ficout, préc.* ; rapport établi par un préfet en vue de la présentation d'un mémoire en défense : *CE, 12 oct. 1994, n° 123584, Bertin : Rec. CE 1994, p. 951* ; etc.). Mais c'est surtout l'hypothèse d'un rapport d'inspection établi par les services de la commission bancaire (dans le cadre de sa mission administrative de surveillance de l'activité des établissements de crédit) qui rappelle notre arrêt.

Ce rapport, qui sert ensuite de fondement à une sanction prononcée par la commission, a déjà été, il y a vingt ans, considéré comme un document juridictionnel (*CE, 30 nov. 1994, n° 133540, Ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ Association de défense des créanciers déposants de la Lebanese Arab Bank : Rec. CE 1994, p. 521 ; RTD com. 1995, p. 408, obs. G. Orsoni*).

B. Une finalité concordante avec l'esprit de la loi de 1978 ?

Soucieux de l'instance, le Conseil d'État l'est moins des prérogatives de l'administré et de la qualité de sa motivation.

1- La méconnaissance du droit du plaignant à être informé de la réalité des pratiques anticoncurrentielles

Le Conseil d'État réduit l'enquête à un rouage du potentiel procès pénal. À s'arrêter là, on objectera que le grand public a aussi un droit à l'information sur le caractère illégal des pratiques frauduleuses des commerçants. Cela peut être d'ailleurs un droit du consommateur et, dans l'absolu, un élément de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Rappelons en effet que, selon la Cour de Strasbourg, l'administration doit délivrer les documents qu'elle détient et qui peuvent alimenter un débat d'intérêt général (*CEDH, 2 févr. 2005, n° 46809/99, Loiseau c/ France ; CEDH, 10 juill. 2006, n° 19101/03, Sdrueni Jihoceské Matky c/ Czech Republic* : ladite liberté « ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations »), sauf motif légitime supérieur (*J.-F. Flauss, L'apport de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative : RFD adm. 2011/1-2, n° 137-138, p. 328*). Mais cette jurisprudence ne semble s'appliquer qu'à des situations graves dans lesquelles la santé des personnes est en jeu. La protection de la sérénité de la justice fournit ainsi un motif suffisant de limitation du droit d'accès.

Au-delà, ce serait le droit au recours de la société Speed-Rabbit-Pizza qui serait entravé par cette absence de communication, notamment sa possibilité de se porter partie civile. La Cour européenne se montre bien plus exigeante sur la communication des pièces dans le cadre du procès équitable, encore faut-il, que celui-ci ait commencé et que le juge soit en possession des pièces et puisse en apprécier leur communicabilité (*CEDH, 7 févr. 2006, n° 19249/02, Donnadieu c/ France*).

2- La protection de l'instance et des droits des personnes faisant l'objet de l'enquête

La solution retenue a pour elle d'entendre la notion de juridiction aussi largement que la Cour européenne le fait, englobant, au-delà de l'aspect organique traditionnellement privilégié en droit interne, toutes les étapes d'une procédure répressive. Tout comme les autorités administratives indépendantes se trouvent intégrées à l'exigence de procès équitable, le travail des autorités administratives, préliminaire à une phase juridictionnelle, se voit absorbé par elle dans l'optique d'en protéger l'équilibre. C'est pourquoi, les dossiers relatifs à des contribuables, constitués par l'administration fiscale et communiqués à la Commission des infractions fiscales, relèvent de la procédure pénale suivie devant le juge judiciaire et ne constituent donc pas des documents administratifs (*CE, 26 mai 2010, n° 304621, Faria : JurisData n° 2010-007465 ; Rec. CE 2010, tables p. 776, concl. J. Boucher*).

Cette mise en exergue de l'instance était vivement souhaitée par les conclusions rendues par Mme Burguburu sur l'arrêt *Bertin* de 2010 : « *Nous croyons donc que la notion de documents juridictionnels est plus restreinte que celle qui résulterait d'un décalque de la notion de documents relatifs au fonctionnement du service public de la justice. Elle doit, à nos yeux, s'appliquer non pas à tous documents qui seraient en lien avec l'activité juridictionnelle mais seulement à ceux qui y participent directement et effectivement, c'est-à-dire à l'occasion d'une instance. (...) sont juridictionnels et de ce fait exclus du champ d'application de la loi les documents visant ou ayant conduit à la saisine d'une juridiction, ainsi que ceux qui, à l'occasion d'une instance, émanent de la juridiction ou sont produits par les parties devant elle* ». Elle a été entendue ici encore.

Il reste que certaines difficultés demeurent. Tout d'abord, le document ainsi refusé ne pourra être obtenu que du juge et sous des conditions plus strictes. Il demeure aussi que le critère finaliste est d'un maniement malaisé. On pourrait ainsi reprocher au Conseil d'État de trop protéger les documents liés au fonctionnement de la justice au détriment de la seule protection d'une instance certaine (quoiqu'éventuelle). La finalité peut en effet se déterminer autant par la lecture des textes (qui peuvent ou non déterminer plusieurs finalités à une enquête) que par l'intention réelle du commanditaire de l'enquête. Ensuite, cette solution crée une distorsion dans le temps. Les documents ne devraient être juridictionnels que le temps de l'usage que la justice en fait. C'est ainsi que l'exception prévue par l'article 6 de la loi n'interdit la communication que des documents qui pourraient perturber les instances ; à l'issue de celle-ci, ils peuvent être communiqués. À l'inverse, les documents qualifiés de juridictionnels restent quant à eux sous la seule maîtrise des juges même après. Mieux vaudrait-il peut-être s'en tenir à l'exception prévue par l'article 6 de la loi de 1978... ?