

Le Président

Avis n° 20221773 du 12 mai 2022

Monsieur Sebastian NOWENSTEIN a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 23 mars 2022, à la suite du refus opposé par le ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports à sa demande de communication des documents suivants ;

- 1) le rapport remis par le cabinet MCKINSEY au ministère de l'éducation nationale ;
- 2) tout document portant sur la réorientation des travaux du cabinet MCKINSEY mentionnée dans son audition par la ministre de la transformation et de la fonction publique, Amélie de MONCHALIN, en particulier les avenants au contrat qui ont permis de modifier ce dernier ;
- 3) tout document portant sur la transmission des travaux commandés au cabinet MCKINSEY aux auteurs du rapport « Quels professeurs au XXI^e siècle ? » ;
- 4) tout document portant sur la conférence scientifique qui s'est tenue au Collège de France mentionnée par Madame la ministre.

En l'absence de réponse du ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports à la date de sa séance, la commission estime que les documents sollicités au point 1), s'ils existent, sont communicables à toute personne qui en fait la demande, en application de l'article L311-1 du code des relations entre le public et l'administration, sous réserve qu'il ne revête plus de caractère préparatoire, et sous réserve de l'occultation des éventuelles mentions qui révéleraient un secret protégé par la loi en application des dispositions des articles L311-5 et L 311-6 du code des relations entre le public et l'administration. Elle émet donc, sous cette réserve, un avis favorable sur ce point.

La commission estime que les documents mentionnés aux points 3) et 4) de la demande, sont également communicables sous les mêmes réserves, à condition par ailleurs que les éléments fournis par le demandeur permettent à l'administration, compte tenu des moyens dont elle dispose, d'identifier ces documents.

Enfin, s'agissant du point 2), la commission rappelle qu'une fois signés, les marchés publics et les documents qui s'y rapportent sont des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par le livre III du code des relations entre le public et l'administration. Ce droit de communication, dont bénéficient tant les entreprises non retenues que toute autre personne qui en fait la demande, doit toutefois s'exercer dans le respect du secret des affaires, protégé par les dispositions de l'article L311-6 de ce code.

Il résulte, en effet, de la décision du Conseil d'État du 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan (n° 375529), que, lorsqu'elles sont saisies d'une demande de communication de documents relatifs à un marché public, les autorités mentionnées à l'article L300-2 du même code doivent examiner si les renseignements contenus dans ces documents peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret des affaires et faire ainsi obstacle à cette communication. Le Conseil d'État a, en outre, précisé qu'au regard des règles de la commande publique, doivent être regardées comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces d'un marché public et que, dans cette mesure, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire, notamment, sont en principe communicables. En revanche, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret commercial ne sont, en principe, pas communicables. Il en va ainsi du bordereau des prix unitaires. L'examen de l'offre d'une entreprise attributaire au regard du respect du secret en matière commerciale et industrielle conduit ainsi la commission à considérer que l'offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires, la décomposition du prix global et forfaitaire ou le détail quantitatif estimatif, ne sont pas

communicables aux tiers, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur le mode de passation, notamment répétitif, du marché ou du contrat, sa nature, sa durée ou son mode d'exécution.

En outre, pour l'entreprise attributaire comme pour l'entreprise non retenue, les dispositions de l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration doivent entraîner l'occultation des éléments suivants :

- les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée, ainsi que toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics ;
- dans les documents préparatoires à la passation du marché (procès-verbaux, rapports d'analyse des offres), les mentions relatives aux détails techniques et financiers des offres de toutes les entreprises.

Compte-tenu de ces éléments, la commission estime que les avenants au contrat permettant la réorientation des travaux du cabinet MCKINSEY sont communicables au demandeur, sous la réserve tenant à l'occultation des mentions protégées par le secret des affaires. En conséquence, elle émet un avis favorable à la communication de ces documents mentionnés au point 2).

Pour le Président
et par délégation



Caroline GABEZ
Rapporteuse générale