

## Le Président

---

Avis n° 20240340 du 15 février 2024

---

Monsieur Martin CLAVEY, journaliste pour Next, a saisi la Commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 9 janvier 2024, à la suite du refus opposé par la ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse, des sports et des jeux olympiques et paralympiques à sa demande de communication, sous forme électronique, dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, des documents suivants :

- 1) les documents de préparation du projet « Modules interactifs adaptatifs » ou « MIA » mis en place par le ministère de l'éducation nationale en collaboration avec EvidenceB ;
- 2) les contrats signés entre le ministère et EvidenceB pour le projet « Modules interactifs adaptatifs » ;
- 3) le code source de « Modules interactifs adaptatifs » ;
- 4) les algorithmes d'intelligence artificielle gérant la progression de niveau au cours de l'utilisation de « Modules interactifs adaptatifs » ;
- 5) la bibliographie scientifique sur laquelle s'appuie « Modules interactifs adaptatifs ».

Pour ce qui concerne les documents visés aux points 3) et 4) de la demande :

Aux termes de l'article L300-2 du code des relations entre le public et l'administration : « Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions », les codes sources étant définis comme les programmes informatiques contenant les instructions devant être exécutées par un micro-processeur.

En premier lieu, la commission rappelle que la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a renforcé la transparence de l'action publique, d'une part, en créant au profit des personnes faisant l'objet d'une décision administrative individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, un droit d'accès aux règles définissant ce traitement et aux principales caractéristiques de sa mise en œuvre (article L311-3-1 du CRPA) et, d'autre part, en imposant aux administrations de publier en ligne les règles gouvernant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions, lorsqu'ils fondent des décisions individuelles (article L312-1-3 du CRPA). La commission relève, toutefois, que ces dispositions concernent uniquement les traitements algorithmiques fondant des décisions individuelles et ne consacrent pas un droit d'accès à l'algorithme lui-même, mais seulement à certaines informations le concernant, qui sont précisées à l'article R311-3-1-2 du code précité. En outre, ces obligations s'exercent dans la limite des secrets protégés au 2° de l'article L311-5 de ce code.

Comme elle l'a fait dans son avis de partie I n° 20213847 du 13 janvier 2022, la commission précise, en deuxième lieu, que les codes sources des administrations devraient en principe être librement et intégralement 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. Si la sécurité des systèmes d'information ne devrait en principe pas pouvoir être opposée aux fragments du code traduisant la mise en œuvre de l'algorithme, c'est-à-dire la manière dont sont prises les décisions administratives, en revanche, les vulnérabilités des fragments du code décrivant techniquement l'ensemble des éléments déployés pour la sécurité et la gestion fonctionnelle de l'infrastructure

sont vecteurs de risque pour la sécurité des systèmes d'information. Sont en particulier visés les secrets cryptographiques et les éléments de configuration des systèmes assurant la sécurité des systèmes informatiques utilisés, tels que ceux permettant de sécuriser la transmission des données avec les serveurs de l'administration. La divulgation de ces éléments est de nature à faciliter l'exploitation des failles de sécurité du système d'information développé et, par suite, à favoriser des intrusions informatiques ou des situations dangereuses, telles que des contournements ou des interférences dans le fonctionnement du système.

La commission constate donc qu'en pratique, la libre communication de l'intégralité des codes sources des administrations est, à un instant donné, intrinsèquement liée à la qualité des systèmes d'information développés et des codes sources correspondants.

La commission estime, dès lors, que doivent être occultés ou disjointes avant toute communication, en application du d) du 2° de l'article L311-5 du CRPA, les fragments du code décrivant techniquement l'ensemble des éléments déployés pour la sécurité et la gestion fonctionnelle de l'infrastructure dans la mesure où ils sont vecteurs de risque pour la sécurité des systèmes d'information. La commission précise qu'il en est de même de tout document révélant des informations sur ces fragments de code.

Elle rappelle, enfin, que cette réserve, par nature temporaire, les administrations devant se mettre en situation de respecter l'article L311-1 du code des relations entre le public et l'administration, le cas échéant progressivement et en tout état de cause dans les meilleurs délais, doit être appréciée strictement, à partir d'éléments circonstanciés fournis par les administrations.

En l'espèce, il ne ressort pas de la réponse de la ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse, des sports et des jeux olympiques et paralympiques que les documents sollicités comporteraient des mentions relevant de cette réserve.

La ministre a en revanche informé la commission de ce que la divulgation des documents visés aux points 3) et 4) porterait atteinte au secret des affaires.

La commission rappelle ainsi, en deuxième lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration, que le secret des affaires comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles. Il s'apprécie en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public est soumise à la concurrence, et eu égard à la définition donnée à l'article L151-1 du code de commerce. Aux termes de cet article est protégée par le secret des affaires 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. » Elle estime ainsi qu'un code source acquis auprès d'un tiers ou élaboré par un prestataire peut, dans certains cas, relever de la protection du secret des affaires au titre du secret des procédés et des savoir-faire (avis n° 20220816 du 31 mars 2022).

La commission rappelle toutefois qu'il appartient à l'autorité administrative qui refuse la communication d'un document administratif ou qui effectue des occultations sur le fondement du 1° de l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration d'être en mesure de justifier que les mentions concernées révèlent, par leur nature et leur degré de précision, des informations économiques et financières relatives à une entreprise, la stratégie commerciale de celle-ci ou le secret de ses procédés et de ses savoir-faire.

En l'espèce, la commission relève que de telles justifications n'ont pas été portées à sa connaissance. Elle note également qu'il n'a pas été précisé si l'occultation de certains fragments ne suffirait pas à garantir la protection du secret des affaires invoqué sans priver la communication de tout intérêt, conformément aux dispositions de l'article L311-7 du code des relations entre le public et l'administration.

Dans ces conditions, la commission ne peut qu'émettre, sous les réserves qui précèdent, un avis favorable aux points 3) et 4) de la demande.

En deuxième lieu, en réponse à la demande qui lui a été adressée, la ministre de l'éducation nationale, de la

jeunesse, des sports et des jeux olympiques et paralympiques a indiqué à la commission qu'à l'exception du cahier des clauses techniques particulières, les documents visés au point 1) de la demande présentaient un caractère inachevé dès lors que le projet MIA n'était, à ce jour, pas mis en œuvre.

La commission rappelle toutefois qu'aux termes des 1er et 2e alinéas de l'article L311-2 du code des relations entre le public et l'administration : « Le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration ». En application de ces dispositions, la commission distingue ainsi deux types de documents :

- les documents inachevés en la forme, tels que les ébauches, brouillons et versions successives d'un document, qui précèdent l'élaboration d'un document complet et cohérent, et qui ne peuvent être communiqués en l'état. Seul le document achevé sera communicable, le cas échéant.
- les documents préparatoires, lesquels ont acquis leur forme définitive, mais dont la communication est subordonnée à l'intervention de la décision administrative qu'ils préparent.

La commission estime, par suite, que l'ensemble des documents élaborés pour la préparation du projet MIA, dès lors qu'ils sont achevés en la forme, sont communicables en application de l'article L311-1 du code des relations entre le public et l'administration, après occultation des éventuelles mentions relevant des intérêts et secrets protégés par les articles L311-5 et L311-6 de ce code, en particulier la sécurité des systèmes d'information et le secret des affaires.

Elle précise que le caractère préparatoire de ces documents ne saurait faire obstacle à leur communication que si ceux-ci s'inscrivent dans un processus de décision à intervenir, ce qui ne saurait être le cas de la seule mise en œuvre d'un projet. Elle émet donc, sous ces réserves, un avis favorable sur ce point de la demande et prend note de l'intention de la ministre de communiquer le cahier des clauses techniques particulières.

En troisième lieu, la commission estime que les documents visés au point 5) de la demande 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. Elle émet donc un avis favorable sur ce point de la demande et prend acte de l'intention exprimée par le ministre de l'éducation nationale de répondre favorablement à la demande sur ce point.

En dernier lieu, 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.

A cet égard, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité concurrentiel et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ne sont, en principe, pas communicables. Il en va ainsi de l'offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires, la décomposition du prix global et forfaitaire ou le détail quantitatif estimatif, ainsi que du mémoire technique, qui ne sont, de fait, pas communicables aux tiers. Revenant sur sa doctrine antérieure, la commission a également précisé dans son conseil n° 20221455 du 21 avril 2022, qu'il en va aussi désormais ainsi des factures, bons de commande, états d'acompte, décomptes et autres pièces établies dans le cadre de l'exécution d'un marché public, qui ne sont communicables qu'après occultation des prix unitaires ou de la décomposition du prix forfaitaire, susceptibles, en soi, de refléter la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité déterminé.

En outre, 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 ;  
- les mentions relatives aux détails techniques et financiers de l'offre.

En application de ces principes, la commission considère que les contrats visés au point 2) de la demande, dont elle n'a pas pu prendre connaissance, 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, après occultation, en vertu de l'article L311-6 du même code, des mentions qui seraient couvertes par le secret des affaires. Elle émet donc, sous cette réserve, un avis favorable sur ce point de la demande.

---

Pour le Président  
et par délégation

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'GABEZ', with a long horizontal stroke extending to the right.

Caroline GABEZ  
Rapporteuse générale