

2236 Le Conseil d'État gardien du droit d'accès aux archives publiques

Solution.- L'accès aux archives publiques produites par les autorités politiques obéit à des règles dérogatoires au droit commun. Toutefois, la présente décision modère la portée de ces règles dérogatoires dans la mesure où le juge intensifie le contrôle exercé sur le refus de consultation anticipée des archives présidentielles. Par ailleurs, le juge uniformise le contrôle des demandes de dérogation quels que soient le producteur et le mode de versement des archives.

Impact.- Le Conseil d'État exerce désormais un contrôle entier sur les décisions de refus de consultation anticipée des archives publiques quel que soit le statut des archives : archives ordinaires ou archives présidentielles. Le droit d'accès aux archives publiques en sort renforcé car le juge administratif examine si son application est conforme à l'article 15 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'aux exigences attachées au respect de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

CE, ass., 12 juin 2020, n° 422327 : Lebon ; JCP A 2020, act. 366

Rapporteur public : Anne Iljic

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces des dossiers soumis aux juges du fond qu'à la suite des décisions portant déclassification de certaines des archives présidentielles relatives à la situation au Rwanda entre 1990 et 1995, M. A... a présenté, le 14 juillet 2015, auprès de la ministre de la culture une demande de consultation de certaines des archives du président François Mitterrand relatives à la politique de la France au Rwanda entre 1990 et 1995. Après avoir saisi pour avis la mandataire du président Mitterrand désignée en application du protocole de remise des archives de la République et de ses collaborateurs membres du secrétariat général et du cabinet en date du 15 février 1995, la ministre de la culture a, le 7 décembre 2015, conformément à l'avis de la mandataire, autorisé l'accès à certains des documents ayant fait l'objet de la demande de M. A... et rejeté, pour le surplus, la demande de consultation. M. A... a saisi, le 2 février 2016, la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui a émis un avis défavorable à la demande de communication. Il a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de refus née du silence gardé par l'administration à la suite de la saisine de la CADA et d'enjoindre à la ministre de la culture de lui communiquer les documents litigieux. Sous le n° 422327, M. A... se pourvoit en cassation contre le jugement du 17 mai 2018 du tribunal administratif de Paris en tant qu'il a rejeté ses conclusions à fin d'annulation et d'injonction. Le 14 juillet 2016, M. A... a présenté une nouvelle demande de consultation des archives du président François Mitterrand relatives à la politique de la France au Rwanda entre 1990 et 1995. Conformément à l'avis rendu par la mandataire du président François Mitterrand, la ministre de la culture a, par une décision du 22 décembre 2016, autorisé M. A... à consulter certaines archives et opposé un nouveau refus pour le surplus des documents. Celui-ci a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 29 août 2017 réaffirmant ce refus après l'avis favorable de la CADA et d'enjoindre à la ministre de la culture de lui communiquer les documents litigieux. Sous le n° 431026, M. A... se pourvoit en cassation contre le jugement du 21 mars 2019 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté sa requête.

2. Les pourvois n°s 422327 et 431026 présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

3. L'article L. 213-4 du code du patrimoine dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juillet 2008, que : "Le versement des documents d'archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des

autres membres du Gouvernement peut être assorti de la signature entre la partie versante et l'administration des archives d'un protocole relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de communication du fonds versé, pendant la durée des délais prévus à l'article L. 213-2. Les stipulations de ce protocole peuvent également s'appliquer aux documents d'archives publiques émanant des collaborateurs personnels de l'autorité signataire. / Pour l'application de l'article L. 213-3, l'accord de la partie versante requis pour autoriser la consultation ou l'ouverture anticipée du fonds est donné par le signataire du protocole. / Le protocole cesse de plein droit d'avoir effet en cas de décès du signataire et, en tout état de cause, à la date d'expiration des délais prévus à l'article L. 213-2. / Les documents d'archives publiques versés antérieurement à la publication de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives demeurent régis par les protocoles alors signés. Toutefois, les clauses de ces protocoles relatives au mandataire désigné par l'autorité signataire cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire. ". En adoptant ces dispositions qui régissent, d'une part, les protocoles de remise des archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement signés postérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008 et, d'autre part, les protocoles signés antérieurement à la publication de cette loi, le législateur a entendu, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, favoriser la conservation et le versement de ces documents en leur accordant une protection particulière. Ces dispositions doivent être, d'une part, interprétées conformément à l'article 15 de la Déclaration du 26 août 1789 qui garantit, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 septembre 2017 précitée, le droit d'accès aux documents d'archives publiques et, d'autre part, appliquées à la lumière des exigences attachées au respect de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à la liberté d'expression duquel peut résulter, à certaines conditions, un droit d'accès à des informations détenues par l'Etat.

4. S'agissant des protocoles signés postérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008, les délais fixés par l'article L. 213-2 du code du patrimoine s'appliquent aux documents qu'ils régissent. Jusqu'à l'expiration de ces délais ou, s'il survient avant leur terme, jusqu'au décès du signataire, la consultation anticipée des archives publiques remises dans le cadre d'un tel protocole requiert l'autorisation préalable du signataire et s'effectue, pour le reste, dans les conditions fixées à l'article L. 213-3 du code du patrimoine aux termes duquel : "L'autorisation de consultation de documents d'archives publiques avant l'expiration des délais fixés au I de l'article L. 213-2 peut être

accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger [...]".

5. S'agissant des protocoles signés antérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008, il résulte des motifs cités au point 3 qu'en vertu du dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine, le signataire d'un tel protocole ou son mandataire disposent du pouvoir d'autoriser ou de refuser la consultation anticipée des archives publiques qui ont été versées aux archives nationales, le ministre de la culture, autorité compétente pour statuer sur une demande d'autorisation, étant tenu par l'avis qu'ils donnent. Si les clauses relatives au mandataire cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire du protocole, le ministre de la culture disposant alors du pouvoir d'autoriser ou de refuser la consultation anticipée, après avis conforme de l'autorité exerçant à cette date les compétences de l'autorité versante, les autres clauses, notamment celles fixant le ou les délais à l'expiration desquels les archives deviennent communicables de plein droit, demeurent en vigueur. Dans le cas où, à l'expiration du ou des délais fixés par le protocole, certains de ceux prévus à l'article L. 213-2 du code du patrimoine ne sont pas expirés, ils continuent de s'appliquer, jusqu'à leur terme, à ceux des documents auxquels ils se rapportent.

6. Dans tous les cas, l'autorisation de consultation anticipée des documents d'archives publiques est accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, en particulier le secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'Etat dans la conduite de la politique extérieure.

7. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une décision de refus de consultation anticipée du ministre de la culture, prise sur avis conforme du signataire du protocole ou de son mandataire. Il lui revient, en particulier, d'exercer un entier contrôle sur l'appréciation portée, dans le cadre de la mise en oeuvre des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine, sur la proportionnalité de la limitation qu'apporte à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques le refus opposé à une demande de consultation anticipée, par dérogation au délai fixé par le protocole. Pour ce faire, par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 213-4 du code du patrimoine ne peuvent être regardées comme méconnaissant l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou l'article 13 de la même convention relatif au droit au recours effectif. Par ailleurs, l'appréciation portée, dans les conditions décrites ci-dessus, par le juge de l'excès de pouvoir est soumise, devant le juge de cassation, au contrôle de qualification juridique des faits.

8. Dans le contrôle qu'il a exercé sur les refus contestés devant lui, le tribunal administratif de Paris s'est borné à rechercher si les décisions litigieuses n'étaient pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation. En statuant de la sorte, alors qu'il lui appartenait, ainsi qu'il vient d'être dit, d'exercer, pour assurer le respect de la liberté d'expression et du droit au recours effectif que requiert le contrôle du respect de cette liberté, un entier contrôle sur la proportionnalité du refus d'autoriser une consultation anticipée, le tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit.

9. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de ses pourvois, M. A... est fondé à demander l'annulation de l'article 2 du jugement du 17 mai 2018 et du jugement du 21 mars 2019.

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

11. Il ressort des pièces du dossier que le protocole conclu le 15 février 1995 a fixé à 60 ans à compter de sa signature la durée pendant laquelle il s'applique

aux documents qu'il régit. Il résulte des motifs énoncés au point 5 que, pendant 25 ans après le décès du président François Mitterrand, le pouvoir d'autoriser la consultation des archives présidentielles avant l'expiration de ce délai de 60 ans, au demeurant prévue par l'article 3 du protocole, revient à la mandataire désignée par le signataire. Afin de déterminer s'il y a lieu ou non de faire droit à une telle demande de consultation anticipée, il appartient à cette dernière de mettre en balance les différents intérêts en présence, d'une part, l'intérêt légitime du demandeur apprécié au regard du droit de demander compte à tout agent public de son administration posé par l'article 15 de la Déclaration du 26 août 1789 et de la liberté de recevoir et de communiquer des informations protégée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autre part, les intérêts que la loi a entendu protéger.

12. L'intérêt légitime du demandeur doit être apprécié au vu de la démarche qu'il entreprend et du but qu'il poursuit en sollicitant la consultation anticipée d'archives publiques, de la nature des documents en cause et des informations qu'ils comportent. Les risques qui doivent être mis en balance sont ceux d'une atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi, en particulier au secret des délibérations du pouvoir exécutif, à la protection qu'appellent la conduite des relations extérieures et la défense des intérêts fondamentaux de l'Etat ou encore à la sécurité des personnes. La pesée de l'un et des autres s'effectue en tenant compte notamment de l'effet, eu égard à la nature des documents en cause, de l'écoulement du temps et, le cas échéant, de la circonstance que ces documents ont déjà fait l'objet d'une autorisation de consultation anticipée ou ont été rendus publics.

13. Il ressort des pièces du dossier que la demande de M. A... portait initialement sur des documents non classifiés répertoriés dans dix-huit dossiers cotés. Il a été autorisé, par deux décisions du 7 décembre 2015 et du 22 décembre 2016, à consulter, de manière anticipée, certains de ces dossiers. Les refus litigieux portent sur les dossiers ainsi cotés AG/5(4)/FC/100 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/58 ; AG/5(4)/BD/59 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/60 - dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/61, dossiers 1 et 2 ; AG/5(4)/BD/62 - dossier 1, sous-dossiers 1 et 2.

14. En premier lieu, il ressort des pièces des dossiers que M. A... est l'auteur de deux ouvrages consacrés au rôle de la France au Rwanda relatant les événements liés au génocide perpétré en 1994. Les demandes de consultation anticipée des archives présidentielles qu'il a présentées sont liées à de nouveaux travaux de recherches engagés pour la préparation d'un ouvrage consacré à la "politique africaine du président François Mitterrand en Afrique centrale (1981-1995)".

15. En second lieu, les archives publiques ayant fait l'objet d'un refus de consultation, mentionnées au point 13, dont la 10^{ème} chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat a ordonné, par une mesure d'instruction, la communication, hors débat contradictoire, comprennent des documents relatifs à une période qui s'étend de 1991 à 1995, rassemblés par deux conseillers du Président de la République. Pour l'essentiel, ces documents de plusieurs milliers de pages, qui ne sont pas ou plus classifiés, sont des notes adressées au chef de l'Etat par ses conseillers, des comptes rendus de conseils des ministres restreints et de réunions informelles tenues à l'Elysée, des télégrammes diplomatiques, des lettres envoyées ou reçues par le Président de la République, des coupures de presse, des discours officiels tenus par le Président ou d'autres chefs d'Etat et des synthèses sur la situation au Rwanda ou dans d'autres pays. Ils décrivent la politique étrangère et militaire de la France au Rwanda, ainsi que celle de la communauté internationale. Ils révèlent les prises de position personnelles du Président François Mitterrand, de ministres en exercice, de hauts-fonctionnaires français et de certaines personnalités françaises et étrangères. Ils rendent compte également des conditions dans lesquelles la politique de l'Etat a été conduite, à cet égard, pendant la période de cohabitation entre 1993 et 1995.

16. Eu égard, d'une part, à la nature et à l'objet des documents litigieux et aux informations qu'ils comportent et, d'autre part, au but poursuivi par M. A... dont les travaux s'inscrivent, à la suite des ouvrages qu'il a déjà rédigés, dans la recherche de ce qu'aurait été le rôle exact de la France au Rwanda, entre 1990 et 1995, ses demandes présentent, au regard de la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées pour nourrir les recherches

historiques et le débat sur une question d'intérêt public, un intérêt légitime sans qu'y fasse obstacle sa qualité de physicien, directeur de recherche au CNRS. Il est vrai que la communication des archives litigieuses aurait pour effet de révéler des informations relevant du secret des délibérations du pouvoir exécutif et touchant à la conduite des relations extérieures. Mais d'une part, les documents litigieux, dont aucun élément au dossier ne conduit à penser qu'ils comporteraient des éléments de nature à compromettre, à la date de la présente décision, les intérêts fondamentaux de l'Etat ou la sécurité des personnes, portent sur des événements qui sont survenus il y a plus d'une génération et dont les acteurs ne sont plus, pour la plupart, en activité. D'autre part, il ressort des pièces du dossier que la consultation anticipée des documents litigieux a fait l'objet de plusieurs autorisations ayant donné lieu à leur utilisation dans le cadre de divers articles, ouvrages et rapports. En outre, certaines des informations qu'ils comportent ont déjà été rendues publiques, en particulier par le rapport d'information n°1271 de l'Assemblée nationale du 15 décembre 1998 sur les opérations militaires menées par la France, d'autres pays et l'ONU au Rwanda entre 1990 et 1994.

17. Au terme de la mise en balance des intérêts en présence, il apparaît, à la date de la présente décision, que l'intérêt légitime du demandeur est de nature à justifier, sans que soit portée une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, l'accès aux archives litigieuses. Il s'ensuit que les refus opposés aux demandes de M. A... sont entachés d'illégalité.

18. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens des requêtes, que M. A... est fondé à demander l'annulation des décisions lui refusant la consultation anticipée des archives du président François Mitterrand dont il avait demandé la communication.

19. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative : "Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution". Il résulte des motifs énoncés aux points 15 à 17 que l'annulation pour excès de pouvoir des décisions du 2 avril 2016 et du 29 août 2017 implique nécessairement que M. A... soit autorisé à consulter les archives publiques dont il a sollicité la communication. Il y a lieu d'ordonner que la communication de ces documents intervienne dans le délai de trois mois à compter de la présente décision.

20. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

NOTE

En marge de la loi de 1979 relative aux archives, les hommes politiques ont développé une pratique contractuelle en déposant leurs archives dans le cadre de protocoles de remise. Ce dispositif leur permettait de contrôler l'accès aux archives publiques produites par eux (A. Dezallai, *Les archives du pouvoir exécutif français : illustrations d'exceptions à de grands principes du droit public français* : RDP 2011, p. 155. – Inaugurée par le président Giscard d'Estaing, cette formule a été mise au point sous la présidence de François Mitterrand et étendue aux membres du Gouvernement). Or, aucune disposition législative n'autorisait l'octroi aux hommes politiques d'un tel privilège. Depuis la réforme du régime juridique des archives datant de 2008, la loi a encadré cette pratique et fait des archives des autorités politiques des archives publiques soumises à un statut particulier. Conscient de la nécessité de légaliser la formule, le législateur de 2008 a opté pour un compromis : tout en consacrant la dérogation, il s'est efforcé d'en limiter les effets (B. Quiriny, *Les archives du pouvoir exécutif, de la loi de 1979 à la loi de 2008*, in *Le droit des archives publiques, entre permanence et mutations*, S. Monnier et K. Fiorentino (ss dir.) : Paris, L'Harmattan, 2014, p. 115).

La loi de 2008 relative aux archives a réservé un sort particulier aux archives émanant du président de la République, du Premier ministre

et des autres membres du Gouvernement en leur reconnaissant la possibilité de verser leurs archives publiques dans le cadre de protocoles qui précisent les conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de communication du fonds versé (C. patr., art. L. 213-4). Ainsi, les plus hauts responsables politiques sont tenus de verser leurs archives publiques dans un dépôt public d'archives tout en conservant la faculté d'en contrôler la communication. La consultation anticipée des documents requiert l'accord du signataire du protocole. Ce dispositif garantit aux hommes politiques, pendant un certain délai, une maîtrise totale de l'accès aux archives qu'ils ont versées. En cas de décès du signataire, le protocole cesse de plein droit. Pour les documents versés avant la publication de la loi de 2008, la loi reconnaît la validité des protocoles antérieurement signés mais limite la possibilité qui était alors reconnue de recourir à un mandataire. Les clauses de ces protocoles relatives au mandataire désigné par l'autorité signataire cessent d'être applicables 25 ans après le décès du signataire.

En l'espèce, le litige concerne la dérogation demandée par le chercheur François Graner qui a sollicité une consultation anticipée des archives du président Mitterrand pour réaliser un travail d'enquête sur le rôle joué par la France au Rwanda. Les archives présidentielles en question ont été versées aux Archives nationales dans le cadre d'un protocole signé en 1995. Le requérant s'est vu opposer deux refus de consultation anticipée des archives du président François Mitterrand portant sur la politique menée au Rwanda entre 1990 et 1995 à la suite de l'avis défavorable émis par le mandataire du président. Ces décisions de refus de consultation anticipée sont à l'origine d'une épopée contentieuse. Grâce à la pugnacité du requérant, le droit d'accès aux archives publiques voit son effectivité renforcée.

Le requérant a saisi par deux fois le tribunal administratif de Paris à la suite des refus de dérogation consécutifs qu'il a essuyés. Il a soulevé à l'occasion du premier recours une question prioritaire de constitutionnalité qui a été transmise au Conseil constitutionnel. Il a formé un pourvoi en cassation contre les deux jugements rendus par le tribunal administratif de Paris (TA Paris, 17 mai 2018, n° 1608472/5-1. – TA Paris, 21 mars 2019, n° 1715455/5-1). Parallèlement, il a saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Sans surprise, la Cour a rejeté sa requête pour non-épuisement des voies de recours interne puisque l'affaire était pendante devant le Conseil d'État. La Cour a estimé que l'on ne peut pas déduire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017 concluant à la conformité de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine aux droits garantis par la Constitution, que le recours en excès de pouvoir initié par le requérant sur le fondement de ces mêmes droits, tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention, est voué de toute évidence à l'échec (CEDH, 28 mai 2020, n° 84536/17, François Graner c/ France).

La décision rendue par le Conseil d'État en témoigne puisqu'elle fait droit aux prétentions du requérant. Elle mérite une attention particulière dans la mesure où le Conseil d'État opère un revirement en exerçant un contrôle entier sur la décision de refus de consultation anticipée des archives (1). Ce revirement traduit l'importance accordée par le juge au droit d'accès aux archives publiques dont l'effectivité sort renforcée (2).

1. Un contrôle approfondi des demandes de dérogation d'accès aux archives publiques

En vertu des règles de droit commun, la consultation des archives avant l'expiration des délais de communication peut être accordée à titre individuel par l'administration des archives après accord de l'autorité dont émanent les documents (C. patr., art. L. 213-3, I). L'autorisation de consulter fait donc l'objet d'une codécision, qui présente

un caractère assez discrétionnaire dans la mesure où la loi a formulé en termes très généraux les conditions d'octroi d'une dérogation (P. Gonod, *La réforme des archives : une occasion manquée* : AJDA 2008, p. 1597). L'autorisation peut être accordée « dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger ». La marge d'appréciation ainsi laissée à l'administration des archives et à l'autorité dont émane le document est pour le moins importante. Toutefois, le refus de communication doit être motivé puisqu'il s'agit d'une décision individuelle défavorable.

Lorsqu'il s'agit d'archives présidentielles déposées dans le cadre de protocoles, c'est le signataire du protocole, le cas échéant son mandataire, qui donne son accord ou non à la communication des documents. Jusqu'à présent, le refus de consultation émanant du signataire du protocole, ou de son mandataire, ne pouvait être tempéré ni par le ministre de la Culture, ni, à titre consultatif, par la CADA. L'Administration se trouve en situation de compétence liée pour refuser la communication par dérogation de ces archives. C'est pourquoi, la CADA, qui doit être obligatoirement saisie pour avis préalablement à un recours contentieux estime que lorsque le mandataire n'a pas souhaité autoriser la consultation de ces archives par dérogation, elle ne peut qu'émettre un avis défavorable à la demande (CADA, avis n° 20160529, 3 mars 2016). Alors que pour les refus de dérogation concernant les archives ordinaires, la CADA se livre à une appréciation *in concreto*, au cas par cas, en mettant en balance les intérêts du demandeur avec les secrets protégés par la loi pour rendre un avis sur le caractère communicable ou non du document.

« Le Conseil d'État innove en apportant deux nouvelles exceptions aux règles du contentieux de l'excès de pouvoir »

Toutefois, la CADA a fait évoluer sa position à l'occasion de l'affaire commentée. Lors du premier refus de dérogation, la CADA s'est rangée à l'avis de la mandataire sans apprécier ni mettre en balance les intérêts en présence. À l'occasion du deuxième refus de communication, la commission s'est reconnue compétente pour évaluer l'opportunité d'une communication anticipée en appliquant les mêmes critères que ceux qu'elle applique lorsqu'il s'agit d'archives publiques ordinaires. La CADA a mis en balance les avantages et les inconvénients d'une communication anticipée, en tenant compte d'une part de l'objet de la demande et, d'autre part, de l'ampleur de l'atteinte aux intérêts protégés par la loi. En l'espèce, et compte tenu de la volonté d'ouverture de ces archives aux chercheurs, aux associations de victimes et à la société civile affirmée par la présidence de la République en avril 2015, de la campagne de déclassification qui a précédé cette ouverture et de l'évaluation des documents sollicités menée dans ce cadre par la commission d'examen des archives de la présidence de la République portant sur le Rwanda, la commission a estimé que la communication de ces documents, à l'exclusion des documents encore classifiés et des documents non classifiés pour lesquels la commission d'examen a émis des réserves, ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux secrets protégés par la loi. Elle a émis, sous ces réserves, un avis favorable (CADA, avis n° 20170968, 21 juill. 2017).

Par conséquent, la CADA ne réserve plus un sort particulier aux archives présidentielles régies par un protocole. Elle accepte désormais de porter sa propre appréciation sur l'opportunité de communiquer ou non le document sans s'en remettre entièrement à la position du mandataire. Elle s'autorise dorénavant à rendre un avis allant éventuellement à l'encontre de celui du mandataire. Étant donné que le ministre de la Culture est lié par l'avis conforme du mandataire, que l'avis rendu par la CADA est purement consultatif, le

revirement opéré par la CADA s'est trouvé de fait dépourvu de portée pratique.

De son côté, le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2017-655 QPC a estimé que l'impossibilité de surmonter le refus de consultation émanant du signataire du protocole ou de son mandataire ne porte pas atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif dans la mesure où la personne qui s'est vue opposer un refus de consultation anticipée peut saisir le juge : « La circonstance que l'autorité administrative ne puisse surmonter l'absence d'accord du signataire du protocole ou, le cas échéant, de son mandataire n'entraîne par elle-même pas d'atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction. » (Cons. const., 29 juin 2017, n° 2017-655 QPC : AJDA 2017, p. 2310, note B. Quiriny ; DA 2017, n° 11, p. 34, note S. Monnier ; JCP A 2017, 2265, note M. Verpeaux). Certes, mais l'étendue du contrôle jusqu'alors exercé par le juge administratif était limitée. Le juge administratif se contentait d'apprécier si l'autorité administrative a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la pondération des intérêts en cause lors d'un refus de dérogation (CE, 29 juin 2011, n° 335072, Solange A. : JCP A 2011, act. 493 ; JCP G 2011, 833. – « Considérant qu'en jugeant que cette autorité n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que, malgré la légitimité de la demande, la communication de ces documents présentait des risques excessifs d'atteinte aux secrets protégés par la loi, en particulier au secret de la vie privée, la cour administrative d'appel a porté sur les faits, qu'elle n'a pas dénaturés, une appréciation souveraine insusceptible d'être discutée devant le juge de cassation »).

La présente décision opère un revirement puisque le juge modifie l'intensité de son contrôle. Comme le souligne le Pr Melleray, le choix entre les différents niveaux de contrôle, même s'il est lié à la rédaction des normes de référence et à leur degré de précision, est aussi un choix jurisprudentiel. Le juge administratif décide, suivant le type de questions, leur technicité ou encore leur caractère plus ou moins sensible, s'il souhaite laisser une marge de manœuvre importante à l'Administration ou au contraire encadrer plus strictement son activité normative (F. Melleray, *Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation : Rép. cont. Adm. Dalloz*, n° 43 et s.). En l'espèce, le juge a substitué au contrôle restreint un contrôle entier en raison de l'importance des droits en cause : la liberté d'expression et le droit au recours effectif.

Le Conseil d'État précise que pour toutes les archives versées dans le cadre d'un protocole, qu'il soit antérieur ou postérieur à la loi de 2008, l'autorisation de consultation anticipée est accordée dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, en particulier le secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure. La mise en balance des intérêts doit être opérée lors de l'examen de toute demande de dérogation quelles que soient les archives en cause : archives ordinaires ou archives des responsables politiques que le protocole ait été signé avant ou après l'adoption de la loi de 2008. Il appartient dès lors au mandataire de mettre en balance les intérêts en cause sachant que le juge contrôlera la pesée de ces intérêts.

Il revient au juge de l'excès de pouvoir de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une décision de refus de consultation anticipée du ministre de la Culture, prise sur avis conforme du signataire du protocole ou de son mandataire. Le Conseil d'État intensifie la nature du contrôle exercé puisque le juge de l'excès de pouvoir doit exercer un contrôle entier sur l'appréciation portée sur la proportionnalité de la limitation apportée à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques par le refus opposé à une demande de consultation anticipée.

Par ailleurs, le Conseil d'État innove en apportant deux nouvelles exceptions aux règles du contentieux de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'État crée une nouvelle exception au principe selon lequel pour apprécier la légalité d'un acte administratif le juge de l'excès de pouvoir doit se placer à la date de son édicton. En l'espèce, le Conseil d'État invoque l'effet utile de l'intervention du juge pour justifier une nouvelle entorse à ce principe : « Il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait [...], de se placer à la date à laquelle il statue ». Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une évolution jurisprudentielle récente qui tend à rapprocher l'office du juge de l'excès de pouvoir de celui du plein contentieux. Cette nouvelle décision témoigne de « la capacité du juge à appréhender la légalité de manière dynamique. La légalité d'un acte n'est pas une donnée figée une fois pour toutes. » (*M. Guyomar et P. Collin, Le début d'une révolution pour la juridiction administrative : AJDA 2014, p. 99*).

Dans la lignée des affaires précédentes (*CE, ass., 19 juill. 2019, n° 424216, Assoc. des américains accidentels : Chron. de contentieux administratif, O. Le Bot ; JCP A 2020, 2036, note B. Defoort ; JCP G 2019, 1193. – CE, 6 déc. 2019, n° 391000, X : Chron. de contentieux administratif, O. Le Bot : JCP A 2020, 2070. – CE, 7 févr. 2020, n° 388649, Confédération paysanne et a. : Chron. de contentieux administratif, O. Le Bot : JCP A 2020, 2159*), hormis dans l'affaire *Stassen* (*CE, 28 févr. 2020, n° 433886, Stassen : O. Le Bot, Chron. de contentieux adm. : JCPA 2020, 2159 ; AJDA 2020, p. 489*), la faculté reconnue au juge de se prononcer à la date où il statue est liée à l'exercice de son pouvoir d'injonction (*H. Bouillon, Le REP Repose En Paix ou Retrouve En Performance ? : Dr. adm. 2020, comm. 28*). L'effet utile de l'annulation du refus réside dans le fait que le juge peut enjoindre à l'Administration de communiquer les documents. Car l'objectif premier poursuivi par le requérant consiste à obtenir la satisfaction de sa demande c'est-à-dire la consultation des documents. En l'espèce, le Conseil d'État ordonne la communication dans un délai de 3 mois dans la mesure où l'annulation pour excès de pouvoir des décisions de refus d'accès anticipé « implique nécessairement que M. A... soit autorisé à consulter les archives publiques dont il a sollicité la communication ».

De plus, le Conseil d'État fait une entorse à un autre principe : le principe de l'interdiction du contrôle des faits en cassation. Il ajoute une nouvelle exception en prévoyant que l'appréciation portée par le juge de l'excès de pouvoir est soumise, devant le juge de cassation, au contrôle de la qualification juridique des faits.

La présente décision a pour effet de rendre les conditions d'accès aux archives présidentielles le moins dérogatoire possible. Dorénavant, la CADA comme le juge exercent le même contrôle sur toutes les demandes d'accès anticipé quelles que soient les archives publiques en cause. La décision d'octroyer une dérogation fait l'objet non plus d'une compétence discrétionnaire mais d'une compétence liée.

2. Un droit d'accès aux archives publiques à l'effectivité renforcée

À l'occasion de la décision n° 2017-655 QPC, le Conseil constitutionnel a consacré le droit d'accès aux archives publiques en tant que droit fondamental. Il a déclaré : « Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Est garanti par cette disposition le droit d'accès aux documents d'archives publiques » (*Cons. const., 29 juin 2017, n° 2017-655 QPC, préc.*). En reconnaissant que le droit d'accès aux documents d'archives publiques découle de l'article 15 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel considère qu'il en est le corollaire nécessaire. Jusqu'alors, le Conseil constitutionnel avait rarement appliqué cette disposition de la Déclaration de 1789. Le Conseil a ainsi développé la portée de l'article 15 et

a rendu cette disposition effective en lui rattachant le droit d'accès aux archives publiques.

Une telle consécration se justifie au regard de la fonction des archives publiques. En effet, les archives servent non seulement à conserver les traces de l'activité administrative mais elles offrent aussi aux citoyens la possibilité de contrôler l'activité de l'Administration. C'est la Révolution française qui a fait des archives et de la politique des archives la pièce maîtresse de la construction d'un État moderne et de l'élaboration de la citoyenneté démocratique. Dans le prolongement de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi du 7 messidor an II a posé le principe de publicité des archives en disposant que « tout citoyen pourra demander dans tous les dépôts aux jours et heures qui seront fixés communication des pièces qu'ils renferment. Elle leur sera donnée sans frais et sans déplacement, et avec les précautions convenables de surveillance ». Le droit de consulter les archives publiques participe de l'exigence de transparence, condition nécessaire à la démocratie. Dans la recommandation n° R (2000) 13 du Comité des ministres sur une politique européenne en matière de communication des archives, le Conseil de l'Europe affirme qu'un pays n'accède pleinement à la démocratie que lorsque chacun de ses habitants dispose de la possibilité de connaître de manière objective les éléments de son histoire et lorsque l'accès aux archives publiques constitue un droit. Dans la convention sur l'accès aux documents publics, le Conseil de l'Europe souligne « l'importance que revêt, dans une société démocratique pluraliste, la transparence des autorités publiques ». Quant à la déclaration universelle sur les archives, adoptée par la Conférence générale de l'Unesco en 2011, elle plaide pour que les archives soient rendues accessibles à tous et que chaque État se dote de politiques et de lois concernant les archives.

Comme les autres droits et libertés fondamentaux, le droit d'accès aux archives publiques ne présente pas un caractère absolu. Le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur la possibilité « d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». En l'occurrence, le pouvoir reconnu au signataire du protocole et le cas échéant à son mandataire s'explique par la volonté d'accorder « une protection particulière à ces archives » susceptible d'être couvertes par le secret des délibérations du Gouvernement et de favoriser la conservation et le versement des documents ce qui répond à un objectif d'intérêt général. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a estimé que ces limitations étaient proportionnées à l'objectif poursuivi car la restriction au droit d'accès est limitée dans le temps. Pour les protocoles postérieurs à la publication de la loi du 15 juillet 2008, le refus de consultation est réservé à l'autorité versante désormais sans mandataire. Et, le protocole prend fin en cas de décès du signataire. En outre, pour que le régime de communication des archives politiques ne déroge pas trop au droit commun, la loi prévoit que la maîtrise de l'accès se borne à la période durant laquelle les archives ne sont pas librement communicables. Autrement dit, la durée d'application des protocoles est calquée sur les délais de communication des archives publiques fixés à l'article L. 213-2 du Code du patrimoine. La validité des protocoles antérieurs à la nouvelle loi est reconnue mais leur portée est limitée dans la mesure où les clauses relatives aux mandataires cesseront de s'appliquer 25 ans après le décès du signataire. Le Conseil constitutionnel en déduit que ce régime spécifique ne méconnaît pas l'article 15 de la Déclaration de 1789.

En l'espèce, le Conseil d'État appréhende différemment le droit d'accès dans la mesure où il lui reconnaît deux fondements : un fondement constitutionnel le droit de demander compte à tout agent public de son administration posé par l'article 15 de la Déclaration

du 26 août 1789 et un fondement conventionnel la liberté de recevoir et de communiquer des informations protégées par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État examine si le droit d'accès aux documents d'archives publiques est appliqué conformément aux exigences attachées au respect de l'article 10 de la Convention européenne relatif à la liberté d'expression « duquel peut résulter, à certaines conditions, un droit d'accès à des informations détenues par l'État ». Le Conseil d'État fait sienne l'interprétation extensive de l'article 10 de la Convention retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour a consacré un droit d'accès à l'information, qu'elle qualifie de déterminant pour l'exercice du droit de recevoir ou de communiquer des informations (*CEDH, gr. ch., 8 nov. 2016, n° 18030/11, Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie : JurisData n° 2016-025549*). Toutefois, la Cour ne reconnaît pas un droit d'accès à l'information en tant que tel, de manière autonome, puisqu'elle considère que ce droit d'accès à l'information ne peut naître que dans l'hypothèse où le refus de communiquer des informations aurait pour effet d'empêcher l'exercice effectif de la liberté d'expression. Le Conseil d'État adopte ici une approche comparable.

L'intensification du contrôle exercé par le juge sur les demandes de dérogation s'explique par l'importance des droits en jeu. Régulant lui-même l'affaire au fond, le Conseil d'État apprécie *in concreto* la mise en balance de l'intérêt légitime du demandeur avec les risques d'une

atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi. Il prend en compte la motivation du demandeur, la nature des documents et les informations qui y sont contenues ; raison pour laquelle le juge s'est fait communiquer les documents en cause. En l'espèce, au regard du sérieux du but poursuivi à savoir la réalisation d'un travail de recherche, du lien existant entre le contenu des documents demandés et le travail de recherche poursuivi, de la moindre sensibilité des informations contenues dans les documents en raison de l'écoulement du temps, du fait que certains documents ont déjà fait l'objet d'une autorisation de consultation anticipée et que certaines informations ont déjà été rendues publiques, le Conseil d'État en conclut que l'intérêt légitime du demandeur justifie l'accès aux archives publiques sans qu'il soit porté une atteinte excessive au secret des délibérations du Gouvernement, à la défense des intérêts fondamentaux de l'État ni à la sécurité des personnes.

Par le truchement de la liberté d'expression, le juge administratif devient le garant du droit d'accès aux archives publiques. À l'issue de 5 années de contentieux, François Graner va enfin pouvoir accéder aux archives publiques nécessaires à l'accomplissement de son travail de recherche. Mais au-delà du cas d'espèce, le juge administratif vient de donner plein effet à un droit fondamental appelé à prospérer.

Sophie MONNIER,

MCF-HDR Droit public université de Bourgogne

MOTS-CLÉS : *Domaine / Patrimoine - Archives publiques*