

Maître Spinosi : « On ne négocie pas avec la règle de droit pour rasséréner les consciences de dirigeants qui ont simplement peur que l'on puisse venir fouiller dans leurs petits papiers une fois qu'ils ne seront plus au pouvoir, le cas échéant, pour remettre en cause leurs choix publics »

Transcription des plaidoiries dans l'affaire n° 2017-655 QPC relative à l'accès aux archives publiques du président de la République et des membres du Gouvernement (audience du Conseil constitutionnel du jeudi 7 septembre 2017)

Lien de la vidéo de l'audience :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2017/septembre/affaire-n-2017-655-qpc.149686.html>

*

NB. – Les (rares) bégaiements ont été supprimés.

Le président du Conseil constitutionnel, Monsieur Laurent Fabius :

Alors nous passons à la deuxième QPC, qui est une QPC 2017-655, qui porte sur l'article L. 213-4 du Code du patrimoine. Madame la greffière.

[00' 16"]

La greffière du Conseil constitutionnel :

Merci Monsieur le président. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 juin 2017 par une décision du Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée par François Graner, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine dans sa rédaction résultant de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives. Cette question, portant sur l'accès aux archives publiques émanant du président de la République et des membres du gouvernement, a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2017-655 QPC. La SCP Spinosi et Sureau a produit des observations, dans l'intérêt de la partie requérante, les 21 juillet et 7 août 2017. Le Premier ministre a produit des observations le 21 juillet 2017. Seront entendus aujourd'hui, l'avocat de la partie requérante et le représentant du Premier ministre.

[01' 20'']

Le président du Conseil constitutionnel, Monsieur Laurent Fabius :

Merci Madame. Alors, c'est Maître Spinosi, qui représente Monsieur François Graner. Nous vous écoutons Maître.

[01' 34'']

Maître Spinosi, représentant de Monsieur François Graner :

Monsieur le président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, les dispositions dont vous avez à connaître – on vous l'a dit – sont celles de l'article 213-4 du Code du patrimoine et ce sont des dispositions qui règlementent l'accès aux archives publiques du président de la République, du Premier ministre ou des membres du gouvernement. Ce texte instaure un régime pour le moins exorbitant du droit commun qu'il convient de vous présenter.

[02' 03'']

Il faut distinguer d'abord selon que ces archives ont été constituées avant ou après 2008, et plus précisément la loi du 15 juillet 2008 qui a donné ses assises légales à ce système, et dont est issu d'ailleurs l'article dont vous avez à connaître. Le principe de ces archives est fondé sur l'existence de protocoles, qui sont des protocoles de remise, qui sont passés entre les hommes politiques qui versent ces archives et l'administration. Et ces protocoles autorisent les signataires à conserver la mainmise totale sur l'accès aux archives qui sont versées : avant 2008, pendant une durée de 30 ans pour les ministres et pendant une durée de 60 ans pour le président de la République et le Premier ministre, sachant qu'un mandataire est susceptible d'être désigné par l'autorité versante pour exercer ce droit, le cas échéant, après le décès de l'homme politique en question. Après 2008, le système a été quelque peu modifié. Il est maintenu dans son principe – toujours le même système des protocoles – mais il y a une limite temporelle : 25 ans à compter du décès du signataire et il n'y a plus la possibilité de pouvoir désigner un mandataire.

[03' 18'']

Et donc, c'est cette organisation très particulière de ces archives très particulières qui est en cause devant vous. Et, si vous le voulez bien, j'aimerais vous la présenter du point de vue du justiciable, du citoyen, qui est celui qui est titulaire des droits et des libertés que vous avez pour mission de garantir. Je suis donc un citoyen ordinaire et je cherche légitimement à obtenir la communication de certains documents qui relèvent des archives – par exemple du président de la République – parce que, par exemple, je considère qu'il s'agit d'archives qui ont une valeur historique, qui justifient nécessairement d'être portées à la connaissance du public dans le cadre d'un débat d'intérêt général. Comme, par exemple, s'agissant de l'engagement de la France au Rwanda entre 1990 et 1994 pour s'en tenir à l'espèce dont est issue cette QPC.

[04' 13'']

Précisons d'abord – évidemment, je dirais – que les documents litigieux ne sont absolument pas classifiés et ne sont absolument pas couverts par un quelconque secret-défense. Bien mieux, ils ont été expressément examinés par le Secrétariat général de la Défense et de la Sécurité nationale qui les a précisément déclassifiés en 2015. Et je cite le rapport du [SGDSN] qui relève : « *Le président de la République souhaitant en effet qu'il fasse l'objet de l'accès le plus large dès 2016* ». Cette opinion du président en exercice au jour de la demande – et donc le président de 2015, et non pas celui de 1990 qui a constitué les archives – est d'ailleurs relayée par son ministre, le ministre de la Culture et de la

Communication, qui, s'agissant de la demande qui avait été présentée par Monsieur Graner, que je représente aujourd'hui, écrivait : « *La communication de ces 16 dossiers ne paraît pas porter une atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi* ». Pour autant – et c'est là la magie du système –, quel que soit le bien-fondé de la demande de communication, quel que soit l'intérêt à ce que le public puisse accéder à ces informations, quelle que soit en réalité l'opinion de l'administration en place, tout doit plier devant la volonté du signataire du protocole où ici, en l'espèce, de son mandataire, le président Mitterrand était décédé, comme c'est le cas.

[05' 47'']

Comment ne pas être, immédiatement en réalité, choqué par une telle situation ? Une simple personne privée, donc un mandataire ou le signataire, sans avoir à en justifier, sans avoir à motiver sa décision, guidée uniquement par son bon vouloir, va seule décider s'il convient ou non de faire droit à une demande d'accès à des archives publiques. Certes, il ne s'agit que d'un avis, mais le système est ainsi fait que cet avis s'impose sans dérogation possible au ministre de la Culture – qui est l'autorité administrative officielle qui est saisie de la demande – qui n'a pas d'autres choix que de la refuser, indifféremment de sa propre appréciation. La [CADA] dans ses différents avis le rappelle d'ailleurs clairement et elle n'a pas d'autres choix que d'affirmer qu'il résulte de ces dispositions de l'article 213-4 du Code du patrimoine, qu'en cas de refus du président de la République ou de son mandataire, je les cite, « *L'administration se trouve en situation de compétence liée* » pour refuser à la communication de ces archives. Le recours au juge administratif est dès lors tout aussi vain, l'avis de l'autorité signataire du protocole ou de son mandataire n'étant pas susceptible lui-même de recours. Et la décision du refus du ministre prise par cet avis n'est nullement critiquable au regard du critère légal qui a été posé précisément par l'article 213-4 du Code du patrimoine.

[07' 29'']

Un tel système est intrinsèquement, intuitivement, viscéralement contraire aux libertés fondamentales. Certes, lesquelles ? Nous en avons retenues trois. L'article 15, d'abord, de la DDHC, qui autorise la société à demander des comptes à tout agent public de son administration. Il en découle, pour nous, nécessairement le droit pour les citoyens d'accéder librement aux archives publiques. En effet, comment en réalité peut-on demander des comptes sans pouvoir au préalable avoir eu connaissance des documents qui ont été produits par l'agent public durant ses fonctions et qui ont été versés aux archives publiques ?

[08' 13'']

Mais l'on peut penser aussi à un autre fondement : l'article 11, toujours de la DDHC, qui garantit pour sa part la liberté d'expression et de communication à laquelle nous pensons que l'on peut rattacher le droit du public à recevoir des informations, en particulier quand sont en cause des sujets d'intérêt général. Sur ce point, votre jurisprudence pourrait utilement se référer à celle qui est plus abondante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'hésite pas à affirmer dans ses décisions – que j'ai citées à l'instruction écrite –, que, je la cite, « *La recherche de la vérité historique fait partie du droit à la liberté d'expression* », ou encore à juger que : « *De cette liberté, peut découler, dans certains cas, un droit d'accès aux documents administratifs* ».

[09' 07'']

En réalité, au visa de ces deux fondements, qu'il s'agisse de l'article 15 ou de l'article 11, c'est bien le principe fondamental de transparence, sans lequel il ne peut pas y avoir de réelle démocratie, qui a vocation à être ici garanti. Aujourd'hui – et j'ai envie de dire encore, bien plus qu'hier –, le secret des agissements de l'administration ne peut plus être légalement protégé, pour prémunir les responsables

publics de demandes d'informations qui sont légitimes et qui portent sur des sujets d'intérêt général, par un système qui est empreint d'arbitraire et qui a été mis volontairement hors de portée du juge.
[09' 49"]

Mais si vous aviez besoin d'un fondement plus procédural, moins prospectif, est évidemment aussi invoqué l'article 16 et l'absence de tout recours effectif pour le justiciable, qui se voit opposer un refus par le signataire du protocole ou de son mandataire et, comme on l'a évoqué, qui ne dispose d'aucune voie de recours efficiente.

[10' 16"]

Face à une disposition légale si manifestement contraire aux principes fondamentaux, quelle peut être aujourd'hui la défense du Secrétariat général du gouvernement ? Elle est simple en réalité mais elle est redoutablement efficace et il faut savoir la lire un peu entre les lignes. Il vous rappelle non pas tant au droit – ce qui serait quand même un peu difficile – mais plutôt à l'opportunité et aux raisons qui ont présidé à l'instauration de ce système et à son maintien. Si l'on veut convaincre les responsables politiques de verser des archives à la fin de leur mandat – et là, il faut entendre plutôt que de les détruire avant qu'ils ne quittent leur poste et pour éviter toute communication [sic] –, il faut donner à ces responsables des garanties légales, certaines, que personne ne puisse y accéder sans qu'ils aient au préalable donné leur accord. Evidemment, l'argument du Secrétariat général du gouvernement y est exprimé d'une façon plus subtile. Il parle d'un droit de propriété des responsables politiques sur leurs archives qui justifierait qu'ils restent seuls décisionnaires de leur communication.

[11' 39"]

Cet argument, à mon sens, ne peut pas vous retenir. Ce type de raisonnement, c'était avant : c'était avant la QPC, avant la mise en conformité de l'ensemble de notre droit, avant le travail que vous avez accompli, depuis près maintenant de sept années, et avant l'éradication de notre système juridique de tous les archaïsmes issus de compromis politiques. On ne négocie pas avec la règle de droit pour rasséréner les consciences de dirigeants qui ont simplement peur que l'on puisse venir fouiller dans leurs petits papiers une fois qu'ils ne seront plus au pouvoir, le cas échéant, pour remettre en cause leurs choix publics. Cela ne marche pas ainsi, et en tout cas, cela ne marche plus ainsi. On ne peut pas conserver dans notre législation une disposition qui organise un véritable coffre-fort, un droit au secret pour les agents publics qui sont les plus importants de notre Etat. Et il n'est évidemment pas ici question de tout divulguer. Cela n'a jamais été la question. Il s'agit simplement de laisser à une autorité, indépendante et impartiale, le soin de décider de l'éventuelle divulgation, sur le fondement de critères objectifs et juridiques, sous le contrôle du juge, comme – j'ai envie de vous dire – pour n'importe quel acte de l'administration qui fait grief à un justiciable dans notre pays de droit. Il s'agit en pratique simplement d'abroger une disposition législative qui institutionnalise l'arbitraire. Cela et rien de plus.

[13' 31"]

Le président du Conseil constitutionnel, Monsieur Laurent Fabius :

Merci Maître. Maintenant nous allons entendre Monsieur Blanc.

[13' 40"]

Philippe Blanc, représentant du Secrétariat général du gouvernement :

L'article L. 213-4 du Code du patrimoine régit les modalités de versement à l'administration des archives des documents d'archives publiques émanant du président de la République, du Premier

ministre et des autres membres du gouvernement. Cet article fixe également les modalités d'accès à ces archives. Il y a tout d'abord lieu d'observer que ces documents d'archives des membres de l'exécutif sont, par nature, couverts par le secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif. Même celles versées après 2008. On peut rappeler à cet égard que le Conseil d'Etat a notamment jugé dans une décision du 10 mai 1996, « Mouvement de légalisation contrôlée », n° 163 607, que les notes des ministres et les notes relatives aux réunions organisées au niveau de leur cabinet font corps avec les délibérations du gouvernement, que ces notes préparent. Et que l'accès à ces notes, dès lors, peut être refusé en application de la loi relative à l'accès aux documents administratifs.

[14' 40"]

Pour les mêmes raisons, les documents des archives publiques des plus hautes autorités de l'exécutif relèvent de la catégorie prévue au A du 1° du I de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine : ces documents ne deviennent communicables qu'à l'expiration d'un délai de 25 ans. Ces documents peuvent par ailleurs, en fonction de leur contenu, être couverts par d'autres secrets protégés par l'article L. 213-2. Tel est le sens de la portée du renvoi opéré par le premier alinéa de l'article L. 213-4, au délai prévu par l'article L. 213-2. Telle est également la raison du délai de 25 ans, prévu au dernier alinéa de l'article L. 213-4.

[15' 20"]

Il en résulte, conformément au droit commun défini par l'article L. 213-2, que les documents en cause ne sont en principe pas communicables avant l'expiration du délai de 25 ans, au moins, et que nul ne saurait prétendre à l'existence d'un droit d'accès à ces documents. Dans le droit commun, donc, c'est seulement à titre dérogatoire, dans les conditions prévues par l'article L. 213-3 du Code du patrimoine, que les particuliers peuvent demander à avoir accès aux documents couverts par le secret des délibérations du gouvernement avant l'expiration du délai de 25 ans prévu par l'article L. 213-2. Ce rappel du droit commun permet de mieux circonscrire la portée des dispositions particulières de l'article L. 213-4 qui vous est renvoyé.

[16' 05"]

Cet article – l'article L. 213-4 – déroge au droit commun en permettant aux personnalités auxquelles il s'applique d'assortir le versement de leurs archives de la signature avec l'administration des archives d'un protocole qui est relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation et de communication du fonds versé pendant la durée du délai prévu à l'article L. 213-2. La principale dérogation au droit commun résulte du deuxième alinéa de l'article L. 213-4. Il prévoit que, 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. Dans le droit commun tel qu'il est défini par l'article L. 213-3, la dérogation est accordée par l'administration des archives, après accord de l'autorité dont émane les documents. Cette rédaction renvoie à l'autorité en fonction à la date de la demande. Pour les documents régis par l'article L. 213-4, l'accès est soumis à l'accord du signataire du protocole, c'est-à-dire à l'accord de l'ancien président de la République, de l'ancien Premier ministre ou de l'ancien ministre. La loi a ainsi subordonné la possibilité d'obtenir une autorisation dérogatoire à l'accord de la personnalité qui a procédé au versement et qui se prononce à titre personnel et en sa qualité de personne privée.

[17' 29"]

Le gouvernement en déduit – comme les auteurs de la saisine – que la loi a entendu laisser à la personnalité qui a signé le protocole un pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou de refuser l'accès aux documents d'archives qu'elle a remis à l'administration des archives. Ainsi qu'il l'a été dit dans les

observations écrites, et comme cela ressort du travail préparatoire du 15 juillet 2008, le mécanisme institué par l'article L. 213-4 traduit d'abord la volonté du législateur de tenir compte de la nature particulière des archives en cause, qui sont à la fois des archives publiques et des archives personnelles des hautes personnalités concernées. Ces archives sont en effet liées à des fonctions dans l'exercice [duquel] s'efface largement la frontière entre la personne privée de celui qui les exerce et la fonction publique qui lui est confiée.

[18' 18"]

Le dispositif de l'article L. 213-4 traduit, par ailleurs, la volonté du législateur d'inciter les hauts responsables de l'exécutif à procéder aux versements les plus complets possibles en leur garantissant un contrôle des conditions d'accès à ces archives pendant toute la période pendant laquelle elles sont en principe couvertes par les secrets protégés par la loi. La loi a donc à la fois tenu compte d'une situation particulière et répondu à un objectif d'intérêt général. Et le dispositif prévu par l'article L. 213-4 ne peut ainsi être regardé comme portant une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté garantie par la Constitution.

[19' 00"]

Il faut préciser, à cet égard, que l'accord personnel du signataire du protocole n'est requis que jusqu'à l'expiration des délais prévus par l'article L. 213-2, c'est-à-dire pendant la période au cours de laquelle les documents en cause sont protégés par un secret prévu par la loi, et notamment par le secret de délibération du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif. Le pouvoir discrétionnaire qui est donné au signataire du protocole ne prive les demandeurs d'aucun droit. Il limite simplement la possibilité d'obtenir un accès dérogatoire à des documents protégés par un secret. L'article L. 213-3 du Code du patrimoine a prévu une procédure d'accès dérogatoire à des documents qui sont en principe protégés par un secret. Mais il ne résulte d'aucune règle, ni d'aucun principe, que l'existence d'une telle possibilité d'accès dérogatoire serait, dans tous les cas, une exigence constitutionnelle. L'existence d'une période pendant laquelle les archives publiques sont couvertes par un secret protégé par la loi ne peut être regardée, donc, comme contraire à l'article 15 de la déclaration de 1789.

[20' 03"]

La circonstance que les particuliers n'aient aucun droit d'accès à ces documents ne les soustrait pas pour autant à toute possibilité de contrôle. Les dispositions de l'article L. 213-4 ne sauraient en particulier être opposées aux demandes de communication qui seraient formées par le juge pénal, sous réserve du régime particulier des documents classifiés au titre du secret de la Défense nationale. Le Conseil d'Etat a certes jugé dans une décision du 29 juin 2011 que le juge administratif était compétent, dans le régime de droit commun, pour opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la pondération des intérêts qui ont conduit l'administration des archives à refuser un accès dérogatoire. Mais il n'est pas possible d'en déduire que la Constitution interdirait au législateur de laisser, dans les cas particuliers prévus par l'article L. 213-4, au signataire du protocole un pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser la demande de dérogation. Dès lors que nul ne saurait se prévaloir d'un droit à obtenir un accès dérogatoire à des documents qui sont en principe couverts par le secret, l'absence de contrôle juridictionnel du refus opposé par la personnalité qui a versé des documents, ne peut être regardée comme portant atteinte au droit au recours effectif.

[21' 17"]

En revanche, si l'administration des archives refusait une demande de dérogation sans avoir demandé l'accord du signataire du protocole, ou en dépit de l'existence d'un accord du signataire, le juge pourrait contrôler l'éventuelle erreur de droit ou l'erreur manifeste d'appréciation de cette

administration. De même, le juge peut être saisi du point de savoir si les documents demandés sont toujours couverts par les délais prévus par l'article L. 213-2, ou non. L'absence de contrôle juridictionnel d'un refus du signataire du protocole n'exclut donc pas toute possibilité de recours juridictionnel. Le régime défini par les trois premiers alinéas de l'article L. 213-4 n'est donc contraire ni à l'article 15 ni à l'article 16 de la déclaration de 1789.

[22' 00"]

Quant au régime particulier, prévu par les dispositions transitoires du dernier alinéa de l'article L. 213-4, il découle de la volonté du législateur de tenir compte des protocoles d'accord existant à la date de la publication de la loi du 15 juillet 2008. Le choix du législateur de respecter les stipulations des protocoles, qui avaient été signés par l'administration des archives avec les autorités responsables du versement, ne saurait être regardé comme portant une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté constitutionnellement garantie. Il s'agit seulement d'une disposition transitoire qui vise à respecter un accord conclu entre l'administration et la personnalité concernée et dont la loi fixe le terme en précisant que les closes qui subordonnent l'accès à l'accord du mandataire cesse d'être applicables 25 ans après le décès du signataire. Ces dispositions tiennent compte des situations et des pratiques préexistantes. Elles définissent les conditions dans lesquelles ces situations et pratiques se rapprocheront, à l'avenir, du nouveau régime défini par l'article L. 213-4. A cet égard, ces dispositions, qui n'ont qu'un caractère transitoire, ne peuvent être regardées comme excédant la marge d'appréciation dont dispose le législateur pour définir les modalités d'entrée en vigueur d'un nouveau régime juridique. En définitive, et pour l'ensemble de ces raisons, j'ai l'honneur d'inviter le Conseil constitutionnel à déclarer l'article L. 213-4 du Code du patrimoine conforme à la Constitution.

[23' 30"]

Le président du Conseil constitutionnel, Monsieur Laurent Fabius :

Merci. Alors, est-ce que l'un de mes collègues souhaite interroger l'une ou l'autre des personnes qui sont intervenues. Non ? Très bien. Eh bien, nous allons réfléchir et rendre notre décision, publique, le 15 septembre prochain à partir de 10 heures. Bonne journée, l'audience est levée.

[Fin de la vidéo à 23' 55"]