

416030 – M... et A...

416038 – S...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 16 septembre 2019

Lecture du 4 octobre 2019

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

1^{er} décembre 1944, Thiaroye, Sénégal. Plusieurs centaines de tirailleurs récemment rapatriés après avoir été prisonniers de guerre manifestent pour le paiement du solde de captivité qu'on leur avait promis. Cette initiative coûtera la vie à plusieurs dizaines d'entre eux et une condamnation aux rescapés, considérés comme des rebelles. Cet épisode, controversé mais en tout état de cause, peu glorieux de notre histoire, l'est d'autant moins que les sanctions disciplinaires qui ont été infligées à certains militaires impliqués dans cette tragédie, dont le lieutenant-colonel A, qui commandait le 6^{ème} régime d'artillerie de campagne, ont été considérées comme amnistiées par une loi du 16 août 1947. En conséquence, l'administration de l'époque a bâtonné à l'encre de chine toute mention de la sanction et de ses motifs dans son dossier personnel, versé depuis aux archives.

Mme M..., historienne spécialiste des prisonniers de guerre coloniaux pendant la seconde guerre mondiale, M. A..., dont le père a été condamné pour rébellion et M. S..., dont le père a, lui, été tué ce jour-là, ont saisi en vain le ministre de la défense de deux demandes tendant à obtenir communication des motifs de la sanction infligée au lieutenant-colonel A. Le tribunal administratif ne leur a pas davantage donné raison.

Contrairement à ce qui est soutenu par des moyens inopérants, la solution retenue par le tribunal administratif ne repose pas sur la loi d'amnistie de 1947. Il l'a certes citée, mais uniquement à des fins pédagogiques. Elle permet en effet de comprendre pourquoi l'administration avait, à l'époque, rendu illisibles la nature et les motifs de la sanction infligée au militaire. Mais le tribunal administratif ne s'est pas placé sur le terrain de la communicabilité juridique des mentions litigieuses au regard de la portée d'une loi d'amnistie, mais sur leur communicabilité matérielle, si l'on peut dire. Autrement dit, il n'a pas pris parti sur le bien-fondé du caviardage du document, ni sur le point de savoir si une disposition fait obstacle à la communication d'un document faisant état d'une sanction amnistiée. Reprenant l'avis défavorable que la CADA a rendu en dernier lieu, il s'est fondé :

- d'une part, sur ce que le document original n'existe plus. On ne peut pas lui reprocher ce faisant d'avoir dénaturé les pièces du dossier. Ce qu'il a voulu dire, c'est que le seul document original qui existe désormais est celui qui a été raturé ;

- d'autre part, sur ce qu'aucune disposition ne fait obligation à l'administration d'établir un nouveau document sur demande. Implicitement mais nécessairement, le tribunal a considéré que l'administration n'était pas tenue de recourir aux procédés techniques dont faisaient état les requérants et qui permettraient de dissocier l'encre originale utilisée pour apposer les mentions et l'encre de chine ayant servi à les occulter. C'est de cette façon qu'a récemment été décryptée l'intégralité de la correspondance amoureuse pudiquement caviardée entre Marie-Antoinette et le comte de Fersen (« projet REX II »).

Ce faisant, le tribunal ne s'est pas mépris sur la portée des articles L. 213-1 et L. 213-2 du code du patrimoine qui régissent la communication des archives publiques.

Il est jugé de longue date que le droit à communication ouvert par la loi du 17 juillet 1978 et, désormais, par le CRPA, ne porte que sur des documents existants et que ces dispositions n'obligent pas l'administration à fournir des renseignements ou à élaborer un nouveau document sur demande, le cas échéant moyennant un travail de recherche, d'analyse ou de synthèse d'informations disponibles dans divers documents (CE 9 mars 1983, Association SOS Défense, n° 43438, aux T.). Elle n'a pas davantage à reconstituer un document détruit (CE, 3 juin 1994, Le C..., n° 144046). En l'occurrence, la demande vise à créer un nouveau document dans lequel la mention de la condamnation prononcée apparaîtrait. Il est certes usuellement admis que l'administration est tenue de produire un document par extraction d'une base de données, lorsqu'il suffit de mettre en œuvre un traitement automatisé d'usage courant¹. Mais il doit s'agir d'une manipulation simple comme quelques clics de souris. Le droit de l'Union écarte également le droit d'accès lorsqu'un document ne peut être fourni que moyennant un « investissement substantiel », qui revient à produire un nouveau document (CJUE, 11 janvier 2017, T... c/ Commission, C-491/15). A l'évidence, le recours à l'imagerie multispectrale ou à la spectroscopie infrarouge pour percer la couche d'encre de chine excède ce que le public est en droit d'exiger de l'administration, *a fortiori* lorsqu'elle vous explique, comme ici, qu'elle ne dispose pas en propre des outils adéquats. Le droit d'accès s'exerce en effet dans la limite des possibilités techniques de l'administration². Il en va *a fortiori* ainsi en présence d'archives publiques définitives, versées dans un service d'archives³. Précisons, même si ce débat n'a pas été élevé, qu'il en irait de même si les requérants exigeaient de pouvoir procéder eux-mêmes à cette opération technique. Celle-ci excède de loin ce que

¹ S'agissant de documents issus de bases de données, l'article 1^{er} de la loi de 1978 limitait le droit d'accès à ceux dont la réalisation procédait d'un « traitement automatisé d'usage courant », c'est-à-dire quelques clics dans une application dotée de fonctionnalités d'extraction adaptées. La disparition de cette mention dans la loi, par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, n'a pas empêché la CADA de maintenir cette doctrine (Avis CADA n° 20140860 du 5 juin 2014, à propos de la base SNIIRAM ; avis CADA n° 20181269 du 13 septembre 2018 à propos de l'élaboration de statistiques n'existant pas en l'état concernant les notes obtenues par les élèves de l'Ecole nationale d'administration aux épreuves de classement de sortie), que vous n'avez jamais désavouée et qu'une décision de la 5^{ème} chambre jugeant seule a implicitement confirmée (CE, 5^{ème} JS, 23 décembre 2016, Samson, n° 386534).

² V. la combinaison de l'article L. 213-1 du code du patrimoine et de l'article L. 311-9 du CRPA.

³ La vocation d'un tel service n'est pas de modifier ou de retraiter des documents mais d'abord et avant tout de les conserver, dans l'état dans lequel ils ont été versés (art. L. 212-4 du code du patrimoine et les lourdes sanctions pénales prévues en cas de manquement individuel à l'obligation de conservation). La mission de valorisation des archives ne comporte quant à elle aucune obligation de la nature de celle que les requérants souhaiteraient mettre à la charge de l'administration.

l'administration est tenue d'admettre de la part des personnes qui fréquentent les salles de consultation des services d'archives⁴.

Vous devrez donc rejeter le pourvoi de Mme M... et de M. A... ou contre un jugement suffisamment motivé. Vous devrez en revanche annuler le jugement dans l'affaire Senghor pour un motif de régularité : il ne mentionne pas que l'audience au cours de laquelle l'affaire a été évoquée était publique, en méconnaissance des prescriptions de l'article R. 741-2 du code de justice administrative, et le dossier ne fait pas la preuve que tel aurait été le cas⁵.

Après cassation, vous rejetterez la demande de 1^{ère} instance et les conclusions présentées au titre des frais irrépétibles. Le RGPD qu'il invoque n'est en tout état de cause pas applicable dans le temps, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 de la Convention EDH n'est assorti d'aucune précision et la communication du document réclamé se heurte au même obstacle que dans l'autre dossier. Vous pourriez saisir l'occasion de ce règlement au fond pour vous prononcer en outre sur la communicabilité juridique d'un document se rapportant à une sanction amnistiée.

L'article 133-11 du code pénal interdit à toute personne ayant connaissance dans l'exercice de ses fonctions de sanctions disciplinaires effacées par l'amnistie d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Cette obligation d'oubli, que vous aviez dégagée sans texte⁶, est souvent reprise, et parfois étendue, par la loi d'amnistie. Tel est le cas de l'article 38 de la loi de 1947 qui précise qu'il est interdit de laisser subsister, sous quelque forme que ce soit, dans tout dossier administratif ou autre document quelconque, concernant les agents publics, les peines disciplinaires effacées par l'amnistie.

Ces dispositions, toujours en vigueur, instituent un secret protégé par la loi dont nous pensons qu'il déroge à la législation sur les archives. S'agissant d'un fichier, vous avez jugé que l'amnistie créait une obligation d'effacement⁷ (CE, 5 mars 2003, T..., n° 241325, au Rec.)⁸. Autrement dit, il faut considérer que la sanction légalement⁹ amnistiée a disparu des tablettes.

⁴ L'article L. 213-1 du code du patrimoine permet à une personne d'exercer son droit d'accès aux archives publiques communicables selon les modalités prévues pour les documents administratifs à l'article L. 311-9 du CRPA, notamment par consultation de l'original sur place. Sans doute cette « consultation » peut-elle excéder la simple lecture et prise de note. La CADA a d'ailleurs récemment assoupli sa doctrine en invitant les administrations à accueillir avec bienveillance les demandes tendant à photographier les documents par smartphone ou tablette, sans toutefois en faire un droit (conseil CADA n° 20174965 du 25 janvier 2018). Nous pensons que seules des considérations liées aux nécessités de la conservation du document ou au bon fonctionnement du service peut justifier le refus d'utiliser de tels outils.

⁵ V. sur cette soupape : CE, 16 novembre 2009, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire et association collectif Respect, n° 328826-328974, aux T. Certaines décisions se contentent – à tort - de relever que le jugement n'apporte pas formellement la preuve de la tenue d'une audience publique (CE, 1^{er} mars 2012, E..., n° 338450, au Rec.).

⁶ CE, 18 décembre 1964, D...-G..., Rec. p. 648

⁷ Sauf disposition expresse contraire de la loi d'amnistie (V. par ex. art. 17 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 à propos des fichiers de police)

⁸ V. art. 17 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 à propos des fichiers de police.

⁹ S'il était démontré qu'une mention a été caviardée à tort (notamment parce que la sanction occultée n'entraîne pas en réalité dans le champ de l'amnistie), elle deviendrait communicable juridiquement. On peut se demander si, en pareil cas, l'administration ne devrait pas être tenue de désocculter (sur un fondement *ad hoc*, distinct du droit commun de l'accès aux archives).

La question de la communicabilité juridique d'une telle mention dans le dossier personnel d'un agent public où elle ne devrait plus figurer ne devrait donc pas se poser. Elle ne se pose ici que de façon opportuniste, en raison de la rusticité des méthodes d'occultation de l'époque et des possibilités offertes par les technologies modernes. Mais l'administration n'en reste pas moins tenue de ne pas la divulguer.

Il en résulte, il est vrai, une forme de « droit à l'oubli perpétuel », qui peut sembler excessif au regard de l'intérêt de la recherche historique. Mais, d'une part, nous pensons qu'il n'appartient qu'au législateur de décider d'une autre conciliation entre l'amnistie et le droit d'accès aux archives. D'autre part, le secret ne couvre que la sanction elle-même, c'est-à-dire, à nos yeux, la qualification pénale ou disciplinaire, ainsi que la nature et le quantum de la sanction. Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, après le Conseil d'Etat¹⁰ et la Cour de cassation¹¹, ce secret ne s'étend pas, en revanche, aux faits qui ont motivé ou qui constituent cette condamnation (n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013¹²). Vous avez d'ailleurs jugé que l'administration n'est pas tenue de détruire l'ensemble des pièces du dossier disciplinaire relatif à une sanction amnistiée, notamment pour préserver les droits de l'administration lorsque l'amnistie n'a pas effacé tous les effets d'une décision (CE, 13 juin 1952, C..., Rec. p. 307)¹³. Conformément aux dispositions de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, qui fixent les délais de libre communicabilité des archives publiques, ces documents, expurgés d'une éventuelle mention de la sanction, deviennent communicables à l'expiration d'un certain délai, qui est ici de 50 ans s'agissant de faits intéressant la protection de la vie privée et faisant apparaître le comportement d'une personne dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice, et figurant dans un dossier disciplinaire et non juridictionnel. Par conséquent, la description des faits reprochés au lieutenant-colonel A, si elle n'avait pas été occultée, aurait été à notre avis communicable et l'administration pourrait accepter que soit déployé un dispositif technique de révélation des mentions originales, sans qu'on puisse l'y contraindre juridiquement.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹⁰ CE, 22 juillet 1952, N..., au Rec. p. 408 ; CE, 4 février 1955, M..., au Rec. p. 71 ; CE, 6 novembre 1963, C..., n° 59006, au Rec. p. 524 ; CE, 10 juillet 1992, P..., n° 97304.

¹¹ Cass. Soc., 18 janvier 2005, n° 02-46627, au Bull.

¹² Les besoins de la recherche historique, du débat scientifique ou de la controverse politique justifient ainsi, au nom de la liberté d'expression, que la preuve de faits puisse être apportée dans le cadre d'une action en diffamation quand bien même ces faits se rapporteraient-ils à une infraction amnistiée. Selon le commentaire aux cahiers, « Cette censure de l'interdiction d'évoquer les faits ne remet pas en cause l'interdiction d'évoquer les condamnations effacées par l'amnistie, laquelle ne résulte pas du c) de l'article 35 de la loi de 1881 mais résulte, d'une part, de l'article 133-11 du code pénal, et, d'autre part, des différentes lois d'amnistie. De même il peut être interdit que les jugements de condamnations amnistiées soient produits en défense pour apporter la preuve de la vérité d'un fait diffamatoire ».

¹³ La lettre de la DGAFP FP/3 n°1248 du 18 février 1994, reprise dans la circulaire AD 94-6 du 18 juillet 1994 relative aux archives des services chargés de la gestion du personnel des établissements publics de santé, prescrit de conserver ces pièces dans un lieu distinct.