

**CONSEIL D'ETAT**

NA

statuant

au contentieux

**Nos 444865,448763**

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

ASSOCIATION DES ARCHIVISTES FRANÇAIS ET  
AUTRES

M. H... AE...

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 10ème et 9ème chambres réunies)

M. Alexandre Lallet

Rapporteur public

Sur le rapport de la 10ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 16 juin 2021

Lecture du 2 juillet 2021

1° Sous le numéro 444865, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire enregistrés le 23 septembre 2020 et le 10 juin 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil

d'Etat, l'Association des archivistes français, l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche, l'Association Josette et Maurice Audin, M. BV... AW... S..., M. CI...-BV... BF..., M. BJ... BQ..., Mme K... E. Bories-Sawala, M. BK... C..., Mme BW... AL..., Mme AX... BZ..., M. AT... T..., Mme O... G..., M. AW... D..., Mme J... AO..., M. AW... AQ..., Mme BU... W..., Mme BC... X..., M. AF... Y..., Mme AK... CC..., M. M... L..., M. AA... AR..., M. E... BM..., M. CF... AS..., M. BX... AT..., Mme N... AB..., M. Z... BN..., Mme AM... AV..., Mme U... F..., M. Z... P..., Mme BL... CD..., M. AF... O. Paxton, M. I... CA..., Mme BH... AY..., M. AJ... Q..., M. BK... R..., Mme B... AZ..., Mme BR... CE..., M. AC... AG..., M. AU... AH..., M. AG... BB..., M. AP... BD..., M. A... BE..., M. BG... BP..., Mme AI... BY... et M. AW... BY... demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté leur demande du 22 juin 2020 tendant à l'abrogation de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale en tant qu'il approuve l'article 63 de cette instruction, ainsi qu'à l'abrogation dudit article ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre d'abroger l'article 63 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale dans un délai de 15 jours ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 14,87 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- en exigeant la déclassification préalable des documents couverts par le secret de la défense nationale pour permettre leur communication au-delà du délai de 50 ans, l'article 63 de l'instruction du 30 novembre 2011 est contraire au 3° de l'article L. 213-2 du code du patrimoine qui prévoit la communication de plein droit de tels documents au-delà de ce délai ;

- le pouvoir réglementaire n'avait pas compétence pour imposer cette procédure, car l'accès aux archives publiques relève exclusivement de la compétence du législateur ;

- l'article 63 de l'instruction du 30 novembre 2011 porte une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives publiques garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au regard du faible intérêt de l'objectif poursuivi, et en l'absence, d'une part, de délimitation temporelle précise des documents de plus de 50 ans concernés par l'obligation de déclassification et, d'autre part, de tout délai imparti à l'administration pour procéder à la déclassification ;

- pour les mêmes raisons il méconnaît l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- il y a toujours lieu de statuer sur le recours dirigé contre l'arrêté du 30 novembre 2011 malgré l'intervention de l'arrêté du 13 novembre 2020.

Par un mémoire en défense enregistré le 9 juin 2021, le Premier ministre conclut au rejet de la requête. Il soutient qu'aucun des moyens n'est fondé.

En application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées de ce que le Conseil d'Etat était susceptible de se fonder sur un moyen d'ordre public relevé d'office, tiré du non-lieu à statuer sur le recours tendant à l'abrogation de l'arrêté du 30 novembre 2011 dès lors que l'article 24 de l'arrêté du 13 novembre 2020 procède à l'abrogation de cet arrêté.

2° Sous le numéro 448763, par une requête et un mémoire en réplique enregistrés le 15 janvier 2021 et le 10 juin 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Association des archivistes français, l'Association des historiens contemporanéistes de l'enseignement supérieur et de la recherche, l'Association Josette et Maurice Audin, M. BV... AW... S..., M. CI...-BV... BF..., M. BJ... BQ..., Mme K... E. Bories-Sawala, M. BK... C..., Mme BW... AL..., Mme AX... BZ..., M. AT... T..., Mme O... G..., M. AW... D..., Mme J... AO..., M. AW... AQ..., Mme BU... W..., Mme BC... X..., M. AF... Y..., Mme AK... CC..., M. M... L..., M. AA... AR..., M. E... BM..., M. CF... AS..., M. BX... AT..., Mme N... AB..., M. Z... BN..., Mme AM... AV..., Mme U... F..., M. Z... P..., Mme BL... CD..., M. AF... O. Paxton, M. I... CA..., Mme BH... AY..., M. AJ... Q..., M. BK... R..., Mme B... AZ..., Mme BR... CE..., M. AC... AG..., M. AU... AH..., M. AG... BB..., M. AP... BD..., M. A... BE..., M. BG... BP..., Mme Al... BY... et M. AW... BY... demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, ensemble ladite instruction.

Ils soutiennent que :

- l'arrêté attaqué est entaché d'incompétence car il a été signé conjointement par le Premier ministre et plusieurs ministres en méconnaissance de l'article R. 2311-5 du code de la défense ;

- en imposant une déclassification des documents couverts par le secret de la défense nationale lorsqu'ils sont devenus communicables de plein droit en application de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, l'instruction méconnaît ces dispositions ;

- le pouvoir réglementaire n'a pas compétence pour ajouter une condition aux règles de communication des archives publiques, car ce domaine relève exclusivement de la compétence du législateur ;

- l'instruction laisse une marge d'appréciation discrétionnaire illégale à l'administration et est entachée d'incompétence négative en n'encadrant pas le délai de déclassification ni les motifs pour lesquels un refus de déclassification peut être opposé ;

- à supposer que la procédure de déclassification imposée par l'instruction attaquée ne soit pas contraire aux dispositions du code du patrimoine, elle porte une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives publiques garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en l'absence, d'une part, de délimitation temporelle précise des documents de plus de 50 ans effectivement concernés par l'obligation de déclassification et, d'autre part, de tout délai imparti à l'administration pour procéder à la déclassification ;

- elle porte une atteinte excessive à la liberté d'expression et à l'indépendance des chercheurs et des enseignants-chercheurs ;

- elle méconnaît l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en entravant l'accès à des documents déterminants pour le débat public ;

- si l'instruction doit être interprétée comme imposant à l'administration de déclassifier le document au seul vu de l'expiration du délai prévu par le 3° de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, elle porte une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives publiques garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au regard du caractère limité de l'intérêt poursuivi.

Par un mémoire en défense enregistré le 9 juin 2021, le Premier ministre conclut au rejet de la requête. Il soutient qu'aucun des moyens n'est fondé et qu'une annulation rétroactive et immédiate de l'arrêté attaqué en tant qu'il approuve l'article 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.

Par un mémoire, enregistré le 14 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Association des archivistes français et autres demandent au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58 1067 du 7 novembre 1958, et à l'appui de leur requête tendant à l'annulation, d'une part, de l'arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale et, d'autre part, de ladite instruction, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des articles 413-9 à 413-12 du code pénal.

Ils soutiennent que :

- les articles 413-9 à 413-12 du code pénal portent une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives publiques garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'ils n'apportent aucune limite de temps à la classification au titre du secret défense et en ce qu'ils n'impartissent aucun délai à l'administration pour donner suite à une demande de déclassification ;

- ces dispositions sont bien applicables au litige puisqu'elles constituent le fondement de l'obligation de déclassification prévue par l'article 7.6.1 de l'IGI n° 1300 préalablement à la communication de documents classifiés après l'expiration des délais prévus à l'article L. 213-2 du code du patrimoine ;

- si ces dispositions ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par la décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, la décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017 ayant consacré le principe de liberté d'accès aux archives publiques sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen constitue une circonstance nouvelle qui justifie leur réexamen.

Par un mémoire enregistré le 6 mai 2021, le Premier ministre conclut à la non transmission au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'Association des archivistes français et autres. Il soutient que les articles 413-10 à 413-12 du code pénal ne sont pas applicables au litige, que l'article 413-9 du code pénal a déjà été déclaré conforme à la Constitution sans qu'une circonstance nouvelle justifie son réexamen, que la question n'est pas nouvelle et qu'aucun des griefs soulevés n'est sérieux.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- le code de la défense ;
- le code du patrimoine ;
- le code pénal ;
- la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 ;
- la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. H... AE..., maître des requêtes,
- les conclusions de M. Alexandre Lallet, rapporteur public ;

Considérant ce qui suit :

1. Sous le n° 444865, l'Association des archivistes français et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté leur demande du 22 juin 2020 tendant à l'abrogation de l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale en tant qu'il approuve l'article 63 de cette instruction. Sous le n° 448763, les mêmes requérants demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 13 novembre 2020 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, lequel abroge, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021, l'arrêté du 30 novembre 2011. Eu égard aux moyens soulevés, ils doivent être regardés comme ne demandant l'annulation de cet arrêté et de cette instruction qu'en tant qu'est en cause l'article 7.6.1 de l'instruction.

2. Ces deux requêtes présentent à juger des questions communes. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

Sur la requête tendant à l'annulation de l'arrêté du 13 novembre 2020 approuvant l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale :

En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité :

3. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)* ». Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

4. Pour demander au Conseil d'Etat de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles 413-9 à 413-12 du code pénal, les requérants soutiennent qu'ils portent une atteinte disproportionnée au droit d'accès aux archives publiques garanti par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'ils n'apportent aucune limite de temps à la classification au titre du secret défense et en ce qu'ils n'impartissent aucun délai à l'administration pour donner suite à une demande de déclassification.

5. Toutefois, dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré les articles 413-9 à 413-12 du code pénal conformes à la Constitution. Aucun changement de circonstances survenu depuis cette décision n'est de nature à justifier que la conformité de ces dispositions à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, et alors même que cette décision ne s'est pas expressément prononcée sur le moyen tiré de la méconnaissance par ces articles de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce moyen doit être écarté, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée.

En ce qui concerne les autres moyens de la requête :

6. En premier lieu, si les requérants soutiennent qu'en application de l'article R. 2311-5 du code de la défense, seul le Premier ministre avait compétence pour signer l'arrêté contesté, la circonstance que celui-ci a également été signé, et non seulement contresigné, par plusieurs ministres est sans incidence sur sa légalité. Le moyen tiré de l'incompétence des auteurs de l'acte doit, par suite, être écarté.

En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 213-2 du code du patrimoine : « I. – Les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de : (...) 3° Cinquante ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les

documents dont la communication porte atteinte au secret de la défense nationale, (...) à l'exception des documents mentionnés aux 4° et 5°. (...) II. – Ne peuvent être consultées les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue ». Aux termes du 5° du même article, ce délai est porté à cent ans à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier pour les « documents couverts ou ayant été couverts par le secret de la défense nationale dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes nommément désignées ou facilement identifiables ». Aux termes de l'article 413-9 du code pénal : « Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès. / Peuvent faire l'objet de telles mesures les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale. / Les niveaux de classification des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'Etat ». Aux termes de l'article 413-10 du même code : « Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée. / Est puni des mêmes peines le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé accéder à, détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent. / Lorsque la personne dépositaire a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Aux termes enfin de l'article L. 2313-1 du code de la défense, appartenant au chapitre III intitulé « Règles spéciales » du titre consacré au secret de la défense nationale : « Les règles relatives aux archives de la défense sont définies par les articles L. 211-1 à L. 211-6 du code du patrimoine ».

8. Il résulte de la lettre même de l'article L. 213-2 du code du patrimoine, qu'à l'exception des documents comportant des informations relatives aux armes de destruction massive, qui, en application du II de cet article, ne peuvent jamais être communiqués, les archives ayant fait l'objet d'une classification au titre de l'article 413-9 du code pénal sont communicables de plein droit à l'expiration des délais de 50 ou 100 ans prévus respectivement par le 3° et le 5° du même article L. 213-2, alors même qu'elles n'auraient pas été déclassifiées. Les requérants sont fondés à soutenir qu'en subordonnant la communication des archives classifiées à leur déclassification préalable, après l'expiration de ces délais, l'article 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 est contraire aux dispositions de l'article L. 213-2 du code du patrimoine.

9. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leur requête, que l'Association des archivistes français et autres sont fondés à demander l'annulation de l'arrêté du 13 novembre 2020 en tant qu'il approuve l'article 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

Sur la requête tendant à l'abrogation de l'arrêté du 30 novembre 2011 en tant qu'il approuve l'article 63 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale :

10. Aux termes de l'article 24 de l'arrêté du 13 novembre 2020 approuvant l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, qui n'est pas annulé par la présente décision : « L'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale est abrogé ». Aux termes de l'article 25 du même arrêté : « Le présent arrêté entre en vigueur le 1er juillet 2021 (...) ». Il résulte de ces dispositions qu'à la date de la présente décision, la requête tendant à l'abrogation partielle de l'arrêté du 30 novembre 2011 a perdu son objet. Il n'y a donc plus lieu d'y statuer.

11. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme que l'Association des archivistes français et autres demandent au titre de cette instance sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'Association des archivistes français et autres sous le numéro 448763.

Article 2 : L'arrêté du 13 novembre 2020 est annulé en tant qu'il approuve l'article 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur la requête n° 444865 dirigée contre l'arrêté du 30 novembre 2011.

Article 4 : Les conclusions présentées par l'Association des archivistes français et autres dans l'instance n° 444865 au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à M. A... BE..., représentant unique désigné, pour l'ensemble des requérants, et au Premier ministre.

Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel, au ministre de l'Europe et des affaires étrangères, à la ministre de la transition écologique, au ministre de l'économie, des finances et de la relance, à la ministre des armées, au ministre de l'intérieur, au garde des sceaux, ministre de la justice, à la ministre de la culture, à la ministre de la mer et à la ministre de la transformation et de la fonction publiques.