

N° 382083

**Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques
c/ Mme C... et société éditrice de Médiapart**

Assemblée

Séance du 13 mars 2015

Lecture du 27 mars 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Le litige, initié par la société Médiapart et l'une de ses journalistes qui souhaite accéder à des documents relatifs aux comptes de campagne du candidat élu à l'élection présidentielle de 2007, pose deux questions aussi difficiles que distinctes. L'une est de procédure, l'autre de fond.

La question de procédure concerne la portée de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions avant dire droit. Il s'agit de savoir ce qui, en cassation du jugement rendu au principal, peut ou ne peut plus être débattu.

La question de fond concerne le régime juridique applicable à la communication de documents relatifs à l'élection présidentielle. La Constitution réserve au législateur organique la définition des règles relatives cette dernière. Il vous faut vous demander si ce pré carré organique s'étend jusqu'au régime d'accès des tiers aux documents qui en sont issus.

*

En 2012, Mme C..., journaliste, a sollicité de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) la communication, sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, de divers documents produits ou reçus par cette dernière dans le cadre du contrôle des comptes de l'élection présidentielle de 2007. Il s'agissait du questionnaire et de la lettre d'observations adressés par les rapporteurs de la CNCCFP à M. E... et à son représentant, M. B..., et des réponses des intéressés faites à la commission, avec les pièces justificatives annexées. Le refus de la CNCCFP de les communiquer, malgré un avis favorable¹ de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), a conduit Mme C... et la société d'édition Médiapart à saisir le tribunal administratif de Paris, qui a statué sur le litige en deux temps : par un jugement avant dire droit du 31 janvier 2014, il a ordonné à la CNCCFP de lui produire les documents sollicités ; par un jugement du 3 juin 2014, mettant fin à l'instance, il a accueilli l'essentiel de la demande et enjoint la

¹ Sous réserve de l'occultation des nom et prénom des personnes physiques autres que le candidat et que les rapporteurs, en particulier ceux des permanents mis à disposition des partis politiques et des donateurs, des raisons sociales des entreprises et établissements commerciaux mentionnés.

communication à Médiapart des documents moyennant l'occultation de certaines données nominatives. La CNCCFP s'est pourvue en cassation contre ce dernier jugement et en a sollicité le sursis à exécution. Vous le lui avez accordé par une décision du 23 juillet 2014 (CE, 23 juillet 2014, *CNCCFP c/ Mme C... et société d'édition de Médiapart*, n° 382085, inédite au Recueil), par laquelle vous avez entendu reconnaître à la Commission, même en dehors des cas où la loi prévoit qu'elle saisisse le juge, qualité pour se pourvoir alors même qu'elle ne possède pas la personnalité morale, compte tenu de l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif que suppose l'exercice de ses missions : il s'agissait de la transposition d'une décision concernant le recours de la Commission des opérations de bourse contre un jugement annulant un refus de communication de documents (CE, 5 novembre 1993, *COB*, n° 143973, T. pp. 624 et a.), que nous vous proposons de confirmer².

*

La question qui a justifié l'octroi du sursis à exécution est celle de l'applicabilité au litige de la loi du 17 juillet 1978. C'est elle qui a également justifié l'inscription directe de l'affaire au rôle de l'Assemblée du contentieux.

Encore faut-il, pour que vous répondiez à cette question, qu'elle se pose véritablement à vous. Or les défendeurs la tiennent pour définitivement réglée par le jugement avant-dire droit par lequel le tribunal administratif de Paris a ordonné qu'on lui produise les documents sollicités pour apprécier leur communicabilité³.

Plus précisément, le tribunal administratif a, dans les motifs de son jugement avant-dire droit, commencé par affirmer que les documents produits ou reçus par la CNCCFP n'étaient pas juridictionnels et entraient de ce fait dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978, refusé ensuite de qualifier la commission d'autorité responsable relevant du pouvoir exécutif au sens de cette loi, et requis enfin la production des documents. Dans le dispositif de son jugement, il a, d'une part, ordonné avant dire droit la production au tribunal des documents par la commission et, d'autre part, affirmé que « Tous droits et moyens des parties, sur lesquels il n'est pas expressément statué par le présent jugement, sont réservés jusqu'en fin d'instance ».

Votre jurisprudence relative aux possibilités de contestation du contenu des jugements avant dire droit ne se laisse pas aisément systématiser, en tous cas pas dans toutes ses branches.

Jusqu'au milieu du XXème siècle, c'était la loi qui, en la matière, dictait votre conduite : l'article 60 de la loi du 23 juillet 1889 renvoyait le régime de recours contre les jugements « préparatoires et interlocutoires » des conseils de préfecture aux règles du code de procédure civile. Aussi avez-vous jugé que l'appel contre un jugement purement préparatoire était irrecevable aussi longtemps que l'article 451 du code de procédure civile en a disposé ainsi⁴. Lorsque la loi du 23 mai 1942 a modifié cet article pour prévoir que tout jugement

² Voir sur les motifs de cette confirmation les conclusions de Xavier Domino sur l'affaire CE, 23 juillet 2014, *CNCCFP c/ Mme C... et société d'édition de Médiapart*, n° 382085, précitée.

³ L'obligation d'opposer la chose jugée dans la même instance par un jugement avant dire droit devenu définitif est de toute façon une question d'ordre public (CE, 23 janvier 1980, *X.*, n° 11128, T. p. 661).

⁴ V., pour l'irrecevabilité de l'appel contre un jugement préparatoire qui, sans trancher de question de droit, se bornait à ordonner une mesure d'instruction, CE, 23 janvier 1930, *Ville de Béziers*, p.97 ; CE, 30 janvier 1935,

avant dire droit pouvait faire l'objet d'un recours, vous en avez fait une application stricte et jugé que ce recours devait nécessairement être immédiat (CE, Section, 10 avril 1964, *Raboni*, p. 214⁵).

A partir du décret du 13 juillet 1973⁶, dont l'article 2 abroge la loi du 23 juillet 1889, le « cordon ombilical » qui liait la jurisprudence administrative au code de procédure civile a toutefois été coupé. La jurisprudence a alors repris ses droits, avec plusieurs éléments de certitude mais aussi quelques zones d'ombre.

Parmi les éléments de certitude, demeure la possibilité, à laquelle vous êtes restés attachés même en l'absence de texte, de contester sans attendre tout jugement avant dire droit, y compris lorsqu'il se borne à ordonner une mesure d'instruction⁷. Vous avez également appliqué avec la plus grande netteté aux jugements avant dire droit la règle selon laquelle l'intérêt pour agir s'apprécie au regard du seul dispositif de l'arrêt : c'est le sens de votre décision *D ...* (n° 196110, CE, 23 février 2000, T. p. 214) qui, dans le cas d'un jugement disciplinaire portant dans ses motifs une appréciation sur deux griefs et se bornant dans son dispositif à prescrire une mesure d'instruction relative à la réalité d'un troisième, a jugé qu'il était loisible à l'intéressé de faire appel de la mesure d'instruction s'il l'estimait frustratoire, mais pas de la pertinence des motifs étrangers à cette mesure ne recevant pas d'écho dans le dispositif.

Les zones d'ombre ont concerné l'existence et la consistance de l'autorité de la chose jugée reconnue aux jugements avant dire droit, et la possibilité corrélative d'en contester ou non le contenu à l'occasion d'un recours contre le jugement rendu au principal.

S'agissant de l'appel, ces questions ont été opportunément réglées par l'intervention du décret n° 84-819 du 29 août 1984. Son article 3 est désormais codifié à l'article R. 811-6 du code de justice administrative qui prévoit que « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article R. 811-2, le délai d'appel contre un jugement avant-dire-droit, qu'il tranche ou non une question au principal, court jusqu'à l'expiration du délai d'appel contre le jugement qui règle définitivement le fond du litige ». Vous avez fait de ce texte une lecture particulièrement extensive. Vous admettez ainsi que le jugement avant dire droit soit contesté par voie d'exception à l'occasion de l'appel dirigé contre le jugement au fond (CE, 9 décembre 1991, *U...*, n° 69544, T. p. 1138 ; v. aussi CE, 23 février 1990, *Société Stichting Water Transports*, n° 82245, T. p. 934 et CE, 5 juillet 1995, *O...*, n° 140348, p. 283), et même que l'annulation du jugement au principal vous saisisse, dans le cadre de l'effet dévolutif, des moyens écartés par le jugement avant dire droit quand bien même celui-ci n'a pas été contesté (CE, Section, 17 mars 1995, *Ministre de l'éducation nationale et de la culture c/ R... et J...*, n° 141756, p. 1138 ; v. aussi, pour la remise en cause de l'avant dire droit non contesté par le biais d'un recours incident dans le cadre de l'instance visant le jugement au principal, CE,

Compagnie parisienne d'électricité, p.129 ; CE, 24 juillet 1942, *Commune de Bobigny*, p. 236. Pour la recevabilité de l'appel contre un jugement dit interlocutoire, qui tranche une question de droit, CE, 23 juillet 1937, *A...* p. 769).

⁵ V. aussi la chronique de cette décision à l'AJDA (Fourré et Puybasset, AJDA 1964, p. 295), qui consacre une solution que le Conseil d'Etat appliquait déjà en matière fiscale (CE, 23 janvier 1957, *Steur X*, p. 5)

⁶ Décret n° 73-683 portant codification des textes réglementaires applicables aux tribunaux administratifs.

⁷ V. not., censurant l'erreur de droit à juger irrecevable une requête dirigée contre un jugement qui se borne à ordonner un complément d'information, CE, 10 mars 2004, *J...*, n° 250244, T. p.

⁸ Et ce qu'il soit purement préparatoire ou bien mixte.

12 février 1990, *Epoux W...*, n° 81089, p. 32)⁹. Cette porosité complète entre les appels du jugement avant dire droit et du jugement au principal est conforme à l'objet du décret du 29 août 1984, qui était d'éviter les appels de précaution et d'inciter les requérants à attendre le jugement mettant fin à l'instance pour vérifier qu'il est bien de leur intérêt, au vu de la solution d'ensemble qui a été donnée au litige par les deux jugements successifs, d'intenter un recours (v. l'article du président Labetoulle, « La procédure devant le Conseil d'Etat : à propos du décret du 29 août 1984 », *RFDA* janvier février 1985, p. 70).

Il en va différemment lorsque n'est ouverte contre le jugement avant dire droit que la voie du recours en cassation, à laquelle l'article R. 811-6 du code de justice administrative ne trouve pas à s'appliquer. Vous avez fait du silence du code sur ce point une lecture aussi stricte qu'a été souple votre lecture de l'article R. 811-6. Vous avez d'abord fort logiquement jugé qu'en l'absence de texte prorogeant le délai de cassation contre un arrêt avant dire droit, celui-ci était de deux mois à peine d'irrecevabilité (CE, 9 novembre 1994, *T...*, n° 125210, T. p. 1149 ; v. aussi, s'agissant de l'appel non régi par le code de justice administrative, CE, 19 juin 2002, *Vinci*, n° 228880, T. p. 898). Vous avez ensuite franchi un nouveau pas en déduisant de l'absence de texte que « les parties sont irrecevables à soulever, à l'occasion d'un pourvoi dirigé contre le jugement mettant fin à l'instance devant les premiers juges, un moyen auquel le jugement avant dire droit a définitivement répondu » (CE, 4 août 2006, *Caisse des dépôts et consignations c/ K...*, n° 268497, T. pp. 1004-1040 ; v. aussi CE, 17 décembre 2007, *Commune des Angles*, n° 271482, T. pp. 1017-1073).

L'examen des irrecevabilités opposées par votre jurisprudence dans le cadre de cette dernière règle révèle que vous avez été amené à accorder une autorité de la chose jugée aux avant dire droit dont le dispositif se borne à ordonner une mesure d'instruction. Et conformément à votre habitude en matière d'autorité de la chose jugée, vous avez étendu la portée de cette autorité, au-delà du dispositif, aux motifs qui en constituent le « soutien nécessaire », par exemple lorsqu'ils tranchent, même implicitement, la question de la compétence de la juridiction administrative (CE, 11 octobre 1972, *Ministre de l'équipement c/ Sieur J...*, n° 84122, p. 630).

Cette position est contraire à la pratique du juge judiciaire, pour lequel les jugements qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction sont dépourvus d'autorité de la chose jugée, et pour lequel un tel jugement n'est regardé comme « mixte », c'est-à-dire préjugé malgré tout du fond, que lorsqu'il tranche par ailleurs des éléments du litige dans son dispositif, l'autorité de la chose jugée ne s'attachant alors qu'à ce dernier, à l'exclusion de tout motif.

Votre jurisprudence emporte des conséquences assez inopportunes, en ce qu'elle oblige les destinataires d'un jugement dont le dispositif se borne à ordonner une mesure d'instruction à se livrer à une exégèse de son économie pour déterminer les motifs nécessaires qui doivent être contestés sans attendre. Rapprochée de la règle selon laquelle l'intérêt pour agir s'apprécie au regard du dispositif d'un jugement, elle revient en pratique à obliger une partie à prétendre s'offusquer du caractère frustratoire d'une mesure d'instruction dans le seul objectif d'en contester certains motifs, afin d'éviter qu'en se cristallisant, ils ne privent de

⁹ Symétriquement, l'appel contre le jugement avant dire droit conserve un objet même quand le jugement mettant fin à l'instance n'a pas été contesté (CE, Assemblée, 18 décembre 1998, *Gaz de France*, p.).

portée utile un éventuel recours ultérieur contre le jugement au principal dont le dispositif lui ferait véritablement grief.

Ces inconvénients, à quoi s'ajoute le fait qu'il s'agit-là d'une divergence avec la Cour de cassation, nous semblent plaider pour que votre jurisprudence¹⁰ fasse l'objet d'un usage aussi modéré que possible. Vous avez d'ailleurs commencé à en tempérer les effets en jugeant qu'un avant dire droit, en prescrivant une mesure d'instruction, ne statue pas implicitement sur la compétence à l'intérieur de la juridiction administrative (CE, 3 juin 2013, *M. R...*, n°s 328634 328639, T. pp. 515-606-782).

C'est dans cet état d'esprit que nous vous proposons d'aborder la question de l'application des règles de contestation des avant dire droit au contentieux particulier de l'accès aux documents administratifs.

Ce contentieux est totalement soustrait à la règle souple prévue pour l'appel, puisque les jugements y sont rendus en premier et dernier ressort¹¹. Or les jugements avant dire droit prescrivant une mesure d'instruction y sont plus courants qu'ailleurs. C'est le fruit de votre décision *Banque de France c/ H...* (CE, Section, 23 décembre 1988, n° 95310, p. 688) qui, en la matière, permet au juge de déroger au principe du caractère contradictoire de la procédure pour se faire produire les documents dont la communication constitue l'objet du litige, sans avoir à les communiquer dans le cadre de l'instruction. Vous avez précisé que cette faculté ouverte au juge était une obligation chaque fois que l'instruction contradictoire ne lui permet pas de déterminer, au regard des contestations des parties, le caractère légalement communicable ou non des documents sollicités (CE, 6 février 2008, *SA d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point*, n° 304752, p 268 ; précisé par CE, 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ de La Gravière*, n° 321138, T. pp. 777-905). C'est dans ce cadre que s'est placé, dans notre espèce, le tribunal administratif de Paris.

La même raison qui vous a conduit à organiser une dérogation au caractère contradictoire du procès nous semble devoir vous conduire à retenir une acception la plus restrictive possible de la notion de motif constituant le soutien nécessaire d'une mesure d'instruction fondée sur votre jurisprudence *Banque de France c/ H...* Dans notre esprit, ne devraient être regardés comme nécessaires à la mesure d'instruction que les éléments sans lesquels le prononcé d'une telle mesure s'avérerait, *in abstracto*, légalement impossible – peu important le raisonnement qu'a pu tenir, *in concreto*, le juge qui l'a ordonnée.

Car en matière d'accès aux documents administratifs, les mesures d'instruction n'ont pas seulement une place, mais également une portée particulière. Elles visent certes, dans bien des cas, à déterminer si, au sein des documents litigieux, certaines mentions sont couvertes par un secret qui ferait obstacle, en vertu de la loi du 17 juillet 1978, à leur communication. Dans d'autres cas toutefois, la production des documents servira à déterminer en amont s'ils entrent ou non dans le champ d'application la loi du 17 juillet 1978, en permettant par exemple d'apprécier s'ils se rattachent à l'organisation ou au fonctionnement du service public de la justice¹², ou encore s'ils se rattachent ou non à la mission de service public dont la

¹⁰ Qui doit sans doute être maintenue tant qu'aucun texte ne vient transposer l'article R. 811-6 à la cassation.

¹¹ En vertu de l'article R. 811-1 du code de justice administrative.

¹² CE, 23 novembre 1990, *M. E...*, n° 74415, T. p. Depuis votre autre décision *E...* n° 74415, qui abandonne la jurisprudence issue de vos décisions de section du 27 juillet 1984, *Association SOS Défense c/ Cour de cassation*

personne les ayant produits ou reçus est chargée¹³. En pratique, il n'est pas rare que la consultation des documents initialement sollicités dans l'idée qu'ils revêtaient un caractère administratif révèle qu'ils en sont en réalité dépourvus.

Nous pensons donc que l'applicabilité de la loi du 17 juillet 1978 n'est pas, juridiquement, une condition nécessaire au prononcé d'une mesure d'instruction de type *Banque de France c/ H...*¹⁴. Compte tenu de ce que nous vous avons dit, nous plaçons donc pour qu'un dispositif se bornant à ordonner une mesure d'instruction *Banque de France c/ H...* ne puisse jamais être considéré comme préjugant la question de l'applicabilité de la loi CADA, quel que soit le raisonnement suivi dans les motifs pour justifier la demande de production.

Comme, par ailleurs, aucune autorité de la chose jugée ne s'attache à la formule du dispositif selon laquelle les droits et moyens des parties sur lesquels il n'est pas expressément statué sont réservés jusqu'à la fin de l'instance, nous vous invitons à décider que le jugement avant dire droit du 31 janvier 2014 ne saurait avoir définitivement préjugé la question de savoir si la loi du 17 juillet 1978 était ou non applicable au litige. Nous vous invitons à l'affirmer, dans un souci d'explicitation de votre jurisprudence sur les avant dire droit, quoi qu'il en soit de la position que vous adopterez ensuite sur la question, en l'espèce, de l'applicabilité de la loi CADA.

*

Venons-en à cette question. Si nous la posons, c'est parce que les documents dont la communication est demandée concernent l'élection présidentielle. Or en vertu de l'article 6 de la Constitution, régir ce qui a trait à l'élection présidentielle relève de la compétence du seul législateur organique. Si vous estimiez que le régime d'accès aux documents litigieux entre dans le champ du monopole organique consacré par l'article 6, et constatiez le silence du législateur organique sur ce point, vous ne pourriez qu'en déduire que la loi ordinaire du 17 juillet 1978 ne trouve pas à s'appliquer. C'est le même raisonnement que vous aviez tenu dans votre décision de Section *Mme T...* (CE, 1^{er} octobre 2010, n° 311938, p. 350), pour juger que dans le silence du statut organique de la magistrature sur ce point, les règles de droit commun régissant le retrait des actes créateurs de droits ne sauraient s'appliquer aux nominations de magistrats. Ce serait la seule raison d'inverser le dispositif du jugement dont

et *c/ Garde des sceaux*, p. 284 et 285, pour tirer les conséquences de la jurisprudence du tribunal des conflits T.C, 2 juillet 1984, *V... et L... c/ Caisse de mutualité sociale agricole du Finistère*, n°s 02324 02325, p. 449, un dispositif de rejet « simple », et non plus de rejet pour incompétence, s'attache aux cas dans lesquels un document se rattache au fonctionnement du service public de la justice.

¹³ Question qu'il convient de distinguer de celle de savoir si l'organisme en question est ou non chargé d'une mission de service public – question dont l'issue peut déboucher, *in fine*, sur un dispositif d'incompétence de la juridiction administrative (CE, 26 février 2003, *Société protectrice des animaux*, n° 212943, T. p. 786 ; CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, p. 92) – et dont on voit mal comment elle pourrait être résolue par des éléments figurant dans les documents produits en réponse à la mesure d'instruction.

¹⁴ La configuration est bien différente de celle d'un jugement avant dire droit sursoyant à statuer pour poser à l'autorité judiciaire ou à la CJUE une question préjudicielle, dans lequel une partie au moins du raisonnement mené dans les motifs est bien nécessaire au dispositif, puisqu'il est obligatoire que la question préjudicielle soit déterminante pour la solution du litige pour qu'elle puisse valablement être posée (CE, 10 décembre 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Société Rhodia*, n° 317074, T. pp. 632 et a.).

nous partageons le reste du raisonnement, ne décelant en particulier pas d'erreur de qualification juridique à avoir estimé que la communication des échanges techniques entre les rapporteurs et le candidat ne pouvaient porter préjudice à ses derniers, et pas de dénaturation à avoir estimé que la liste anonymisée des donateurs conserve un intérêt de nature à justifier sa communication¹⁵.

Vous avez communiqué ce moyen d'ordre public aux parties¹⁶, qui ne se le sont pas approprié, Mme C... parce qu'elle n'y aurait pas intérêt, la CNCCFP parce qu'elle préférerait que vous affirmiez plus largement que les documents qu'elle détient au titre du contrôle des comptes de campagne, quelle que soit l'élection, ne sont jamais communicables aux tiers.

L'article 6 de la Constitution du 4 octobre 1958 est relatif à l'élection du Président de la République. Il a été modifié à trois reprises depuis son entrée en vigueur¹⁷. Depuis l'origine, il dispose, après l'énoncé du mode de scrutin, que « Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique. »

A première vue, un tel renvoi aurait pu s'interpréter strictement. Le Conseil constitutionnel en a fait une lecture plutôt extensive. En particulier, il a estimé à plusieurs reprises que les dispositions relatives au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République « ont trait à l'élection du Président de la République [et] ressortissent au domaine de la loi organique en vertu du deuxième alinéa de l'article 6 de la Constitution (décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, cons. 5 ; décision n° 89-263 DC, 11 janvier 1990, cons. 1, Journal officiel du 13 janvier 1990, page 572, Rec. p. 18)¹⁸. Dans le même ordre d'idées, il a jugé qu'« en vertu de l'article 6, alinéa 2, de la Constitution, des dispositions relatives à l'élection du Président de la République faisant peser sur les candidats à cette élection l'obligation, d'une part, de remettre une déclaration de leur situation patrimoniale et, d'autre part, l'engagement en cas d'élection, de déposer, avant l'expiration du mandat ou après démission, une nouvelle déclaration » sont également le monopole du législateur organique (décision n° 88-242 DC précitée).

Cette position du Conseil constitutionnel s'explique par le caractère exorbitant de l'institution présidentielle telle que régie par la Constitution. Il n'est guère besoin de longs développements pour vous rappeler que le Président de la République, garant en vertu de l'article 5 de la Constitution du respect de cette dernière, du fonctionnement régulier des pouvoirs publics et de l'indépendance nationale, occupe une place singulière dans l'architecture institutionnelle de la Vème République. C'est ce qui justifie que la Constitution soumette le Président de la République, pour l'exercice de son mandat, à un régime de

¹⁵ Nous n'abordons ces points que parce que les trancher serait l'occasion de fixer définitivement votre degré de contrôle en cassation.

¹⁶ En application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

¹⁷ Par la loi référendaire n° 62-1292 du 6 novembre 1962, introduisant l'élection du Président de la République au suffrage universel ; par la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 mettant en place le quinquennat ; par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, limitant à deux le nombre de mandats présidentiels consécutifs.

¹⁸ Il a confirmé cette position dans sa décision relative à la loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, en affirmant que les dispositions relatives aux comptes de campagne de l'élection présidentielle « sont relatives à l'élection du Président de la République (...) [et] relèvent par suite du domaine d'intervention d'une loi organique en vertu des articles 6, alinéa 2, 58 et 63 de la Constitution » (décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990, cons. 8).

responsabilité particulier et qu'elle détermine dans le texte même de ses articles 6 et 7 les caractéristiques essentielles de ce mandat et de l'élection permettant d'y accéder.

A cet égard, l'article 6 ne peut se comprendre indépendamment du reste du titre II de la Constitution, qui régit l'institution du Président de la République, mais également de l'article 58 de ce texte, d'interprétation tout aussi extensive, qui confie au Conseil constitutionnel le soin de veiller à la régularité de l'élection du Président de la République, d'examiner les réclamations et de proclamer les résultats du scrutin.

Le renvoi à la loi organique opéré par l'article 6 a toutefois sa force d'attraction propre qui, par rapport à l'article 58, excède la seule question de la régularité de l'élection présidentielle. C'est bien l'article 6 et lui seul qui justifie que relèvent du seul législateur organique certaines dispositions qui, relatives à l'élection présidentielle, ne touchent pour autant pas directement à sa régularité. Figurent au nombre de ces dispositions celles relatives au contrôle des comptes de campagne par la CNCCFP, dont les décisions ont nécessairement une incidence sur le remboursement des dépenses de campagne, mais pas sur la régularité de l'élection.

C'est l'attractivité du renvoi opéré par l'article 6 de la Constitution qui a justifié que la loi organique n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel hisse au niveau organique non pas seulement les règles spécifiques à l'élection présidentielle et dérogoires au droit commun, mais l'ensemble des règles, même lorsqu'elles sont identiques aux règles de droit commun, applicables à cette dernière élection. C'est ainsi qu'alors même que l'élection présidentielle obéit, pour l'essentiel de ce qui concerne la composition du corps électoral, les conditions d'éligibilité et d'inéligibilité, les opérations de propagande électorale et le déroulement du scrutin, aux mêmes règles que les autres élections, le législateur organique ne s'est pas borné à renvoyer aux dispositions applicables du code électoral, mais leur a conféré, en tant qu'il les rend applicables à l'élection présidentielle, valeur organique, en les cristallisant à la date à laquelle il opère le renvoi. La raison de cette technique légistique se trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui estime qu'une loi organique ne saurait renvoyer pour son application à des dispositions d'une loi ordinaire à venir¹⁹, et que s'il lui est loisible de rendre applicables à des matières relevant du domaine d'intervention d'une loi organique des dispositions ayant valeur de loi ordinaire, ce n'est qu'à la condition que celles-ci ont été adoptées antérieurement au vote de la loi organique²⁰. La conséquence en est qu'avant chaque élection présidentielle, le législateur organique intervient pour décider s'il rend ou non applicables les modifications ayant affecté, le cas échéant, les dispositions législatives du code électoral auxquelles la loi organique renvoie, dans leur version cristallisée, pour l'élection présidentielle.

Ce monopole couvre largement le champ de l'élection. La loi organique traite ainsi, en amont des opérations électorales, des règles applicables à l'élaboration et à la révision des listes électorales utilisées pour l'élection présidentielle, alors que ces mêmes listes servent dans les mêmes conditions aux autres élections relevant de la loi ordinaire. C'est également le

¹⁹ Décision n° 90-273 DC, 4 mai 1990, cons. 19, Journal officiel du 7 mai 1990, page 5532, Rec. p. 55 ; 92-305 DC, 21 février 1992, cons. 17, Journal officiel du 29 février 1992, page 3122, Rec. p. 27.

²⁰ Décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, cons. 18, Journal officiel du 26 mai 1998, page 8003, Rec. p. 251.

législateur organique, qui fixe²¹ la liste des délits susceptibles d'être commis à l'occasion de l'élection présidentielle et des peines qui leur sont associées, même si elle ne diffère en rien de ce qui est prévu pour les autres scrutins. C'est enfin au législateur organique qu'il appartient de déterminer les conditions dans lesquelles les candidats à l'élection présidentielle doivent souscrire une déclaration de leur situation patrimoniale et le candidat élu déposer, avant la fin de son mandat – donc en aval de l'élection, mais en s'y engageant il est vrai au stade de sa candidature – déposer une nouvelle déclaration (décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013).

En matière de contrôle des comptes de campagne, le législateur organique a également endossé l'ensemble des dispositions de la loi ordinaire qu'il entendait rendre applicables. Il a donc pris soin de renvoyer, en les cristallisant à la date de son intervention, aux dispositions du code électoral régissant les modalités de déclaration des associations de financement électorales et des mandataires financiers, les dons consentis, ainsi que le plafonnement et le remboursement des dépenses. Il a également endossé les dispositions instituant la CNCCFP, définissant sa composition et ses missions et régissant son fonctionnement – y compris celles qui pourraient sembler s'imposer d'elles-mêmes, relatives au caractère contradictoire de la procédure de contrôle des comptes, ou n'entretenant qu'un lien distant avec le temps de l'élection, comme celle qui prévoit que dans l'année suivant l'élection, la commission dépose au Parlement un rapport retraçant le bilan de son action les observations qu'elle entend formuler.

Le législateur organique a également entendu fixer, pour le contrôle des comptes de l'élection présidentielle, des règles différentes de celles applicables aux autres élections. En particulier, il a supprimé la possibilité d'approbation implicite des comptes par la Commission, impose à cette dernière de publier au *Journal officiel* les comptes de campagne des candidats intégralement et non en forme simplifiée comme pour les autres élections, raccourci le délai de dissolution de l'association de financement²² et prévu que le solde positif des comptes est dévolu à la Fondation de France.

Les modalités d'application de la loi organique du 6 novembre 1962 sont, pour leur part, fixées par le décret n° 2001-213 du 8 mars 2001, pris après consultation du Conseil constitutionnel.

Comme le fait la loi organique pour les dispositions législatives, ce décret endosse les dispositions réglementaires de droit commun qu'il entend rendre applicables à l'élection présidentielle. Il fixe aussi directement un certain nombre de règles propres à cette élection, relative au rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale. Il n'est guère que la Commission des sondages qui intervienne sans accroche organique, ce que nous imputons d'ailleurs à une anomalie. En matière de comptes de campagne, le décret fait un sort particulier aux documents permettant de retracer les dons faits aux candidats à la présidentielle adressés pour leur contrôle à la CNCCFP. Il entre en particulier dans le détail des mentions devant figurer sur les reçus délivrés par le mandataire.

*

²¹ Par renvoi aux articles cristallisés L. 86 à L. 117 du code électoral.

²² Et de cessation des fonctions du mandataire.

Vous l'aurez compris, les documents dont Mme C... et la société d'édition Médiapart demandent la communication sont relatifs à l'élection présidentielle au sens où l'entend le Conseil constitutionnel pour la délimitation du domaine réservé par l'article 6 de la Constitution au législateur organique. Vous devez aujourd'hui décider si, du fait de ce lien, leur régime juridique ressortit exclusivement de la compétence du législateur organique, ou si le régime d'accès de tiers à ces documents peut-être régi par la loi ordinaire compte tenu de son caractère postérieur à l'exercice par la CNCCFP de sa mission.

Comme nous allons tenter de vous le montrer, l'hésitation est permise et nous pensons que pour résoudre cette alternative, trois voies de raisonnement principales s'offrent à vous.

Avant de vous les exposer, nous voudrions insister sur la nécessité, pour les départager, de s'abstraire de deux éléments de contexte. Le premier est bien sûr l'identité des parties : les règles que vous dégagerez s'imposeront quel que soit l'auteur de la demande d'accès, et vaudront quel que soit le candidat dont les comptes sont concernés. Le second est la chronologie du présent litige : en l'espèce, la demande de communication est intervenue cinq ans après l'élection présidentielle, mais ce que vous déciderez vaudra tout aussi bien pour une demande intervenue dans une séquence de temps bien plus proche du scrutin.

La première voie consiste à estimer que les documents présentent un lien indissociable avec l'élection présidentielle, qui ne saurait s'éteindre avec le temps, de sorte que leur régime juridique demeure, à tous les stades, attrait dans le champ de l'article 6 de la Constitution, saturé par le législateur organique.

Force est de constater que les documents sollicités n'existent qu'en raison des exigences de la loi organique en matière de financement de la campagne présidentielle. Ils ont été produits ou reçus par la CNCCFP dans le cadre de la mission de contrôle des comptes de l'élection présidentielle que le législateur organique lui confie. Ils correspondent, pour ce qui est des échanges entre la CNCCFP, le candidat contrôlé et son mandataire, à l'exercice de la procédure contradictoire que la loi organique prévoit et, pour ce qui est des pièces justificatives, à l'accomplissement des formalités de tenue des comptes et annexes posées par son décret d'application. En somme, l'objet des documents, la finalité exclusive de leur appréhension par l'administration, leur contenu, ainsi que les modalités de leur établissement et de leur recueil sont déterminés par les règles dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'elles relevaient, sur le fondement de l'article 6 de la Constitution, du monopole réservé au législateur organique. Et ils le sont parce qu'on touche là au cœur du processus de contrôle des comptes de l'élection présidentielle dont les documents sollicités constituent le produit.

De ce constat, nous retenons deux idées simples : d'une part, les documents en cause sont par nature indissociables de la mission de contrôle des comptes de l'élection présidentielle confiée à la Commission des comptes de campagne par le législateur organique ; d'autre part, au moment où ces documents relatifs à l'élection présidentielle sont produits, leur régime juridique est, de ce fait, intégralement placé entre les mains du législateur organique.

Or nous éprouvons des difficultés à admettre que la nature d'un document, surtout lorsqu'en dépendent les règles de compétence pour déterminer son régime juridique, puisse varier avec le temps.

La nature d'un document, d'abord, nous semble intangible. Nous entendons bien qu'au cours de sa vie administrative, un même document peut recevoir plusieurs usages : dans notre espèce, les documents qui ont servi au contrôle des comptes de campagne par la CNCCFP pourront servir au contrôle par le Conseil constitutionnel de sa décision. Nous n'ignorons pas que le caractère communicable ou non d'un document administratif fluctue en fonction de ces usages successifs : sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, un document ne devient communicable que dès lors qu'il n'est plus préparatoire, et cesse provisoirement de l'être s'il est utilisé dans le cadre d'une procédure juridictionnelle²³. Jamais toutefois les circonstances de la vie du document ne rétroagissent sur sa nature. Votre jurisprudence est par exemple en ce sens qu'un document administratif ne devient pas juridictionnel parce qu'une juridiction s'en approprie l'usage le temps d'une procédure : s'il est administratif, la procédure juridictionnelle ne fait que temporairement écran à sa communication ; si bien qu'élaboré par un service administratif dans le cadre de leur mission, il est tout entier tourné vers un usage juridictionnel, vous le qualifiez de juridictionnel dès l'origine, et jugez que sa nature fait obstacle à ce que la loi du 17 juillet 1978 lui soit jamais applicable (CE, 19 février 2014, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Speed Rabbit Pizza*, n°s 366707 366708 371215 371216, T. p., aux conclusions d'Edouard Crépey). Dans l'espèce qui nous occupe, c'est parce qu'ils sont relatifs à l'élection présidentielle et indissociables de la mission de contrôle des comptes que les documents sont initialement attirés dans le champ de l'article 6 de la Constitution : or ils ne cessent pas d'être relatifs à l'élection présidentielle et à la mission de contrôle des comptes du seul fait de l'écoulement du temps.

Les questions de partage de compétence, ensuite, nous semblent mal s'accommoder, à textes constants, de variation dans le temps. Or c'est bien en termes d'articulation des compétences entre loi organique d'une part et loi ordinaire de l'autre, et non d'articulation de différents régimes légaux de communication entre eux, que vous êtes amenés à raisonner aujourd'hui. Nous ne voyons pas que vous ayez déjà admis, en matière de partage des compétences, de raisonnement à éclipses. Si le régime d'accès aux documents indissociables de l'élection présidentielle relève de la compétence exclusive du législateur organique parce qu'il n'est pas détachable du régime juridique de ces documents, alors il doit en principe le demeurer dans le temps.

Nous relevons que cette double intangibilité dans le temps – de la nature du document lui-même et des règles de compétence pour en fixer le régime – trouve un écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a nettement affirmé, sur le fondement cette fois de l'article 63 de la Constitution, que le régime de ses archives, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil exerce ses missions, relève du domaine de la loi organique, alors même que l'écoulement du temps est par construction plus long pour les archives que pour les documents administratifs d'accès immédiat (décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008, cons. 3). Compte tenu de ce que nous avons dit du lien entre les documents en cause et les conditions dans lesquelles la CNCCFP exerce ses missions, nous ne pouvons nous retenir de trouver ce précédent, lui-même inspiré du raisonnement sous-jacent à votre décision *R...* (CE, Assemblée, 25 octobre 2002, *R...*, n° 235600, p. 345), éminemment transposable. Or en amarrant le régime de communication d'un document à la mission dont il

²³ Ou même d'une procédure disciplinaire, le régime d'accès applicable étant alors celui de la loi de la loi du 22 avril 1905.

procède, il s'oppose à ce que l'on rende le régime d'accès sévère du reste du régime juridique de ce document.

Or cette logique de l'insécabilité nous semble reposer sur une justification difficilement contestable : la question de savoir qui va pouvoir voir des documents et savoir comment les choses se sont faites c'est une question qui rétroagit bien évidemment sur la façon dont en amont, et donc dans notre cas pendant l'élection, les choses se passent. L'objet de la transparence du lendemain, c'est bien d'éviter que le jour dit, certains ne profitent de l'ombre.

Pour finir, le test de la validité de l'ensemble de ces considérations nous semble résider dans la réponse à apporter à la question suivante : si le législateur organique entendait régir, en se réclamant du fondement de l'article 6 de la Constitution, le régime d'accès aux documents produits ou reçus par la CNCCFP dans le cadre de ses missions, doit-il être regardé comme empiétant ce faisant sur le champ de compétence du législateur ordinaire, de sorte que le Conseil constitutionnel devrait, en tout rigueur, déclasser la disposition ? Car en raison de l'étanchéité des sphères de compétence, c'est bien à cette conséquence qu'aboutirait l'idée que l'ancrage organique des documents puisse s'affaiblir avec le temps : la verticalisation des rapports entre loi organique et loi ordinaire interdit que les raisonnements de type loi générale/loi spéciale puissent s'y appliquer. Compte tenu de ce que nous vous avons dit du lien entre les documents en cause et la mission organique dont ils procèdent, nous éprouvons de sérieuses difficultés à franchir le pas et à interdire au législateur organique toute intervention en la matière, que ce soit pour prévoir que les enjeux en cause justifient une transparence moindre, différemment organisée, ou accrue – à l'instar de ce qu'il a prévu dans le domaine très voisin de la publication des comptes eux-mêmes (v. aussi, sur ce point, les initiatives du législateur organique en matière de publication des déclarations de patrimoine et la décision du Conseil constitutionnel examinant au regard du motif d'intérêt général poursuivi la proportionnalité des atteintes ainsi portées au secret de la vie privée (décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013)).

A l'aune de ces réflexions, nous estimons que la thèse de l'attractivité de l'article 6 de la Constitution a pour elle le mérite d'une robustesse qui sied aux règles de partage de compétence et qu'elle s'insère harmonieusement dans la jurisprudence constitutionnelle propre à l'accès aux documents si l'on inclut sous ce pavillon le régime des archives. Surtout, elle présente l'insigne avantage de ne pas dessaisir le législateur organique d'une question pour le règlement de laquelle nous avons peine à concevoir, compte tenu de l'économie de l'article 6 comme de la place qu'occupe l'institution présidentielle dans la Constitution, qu'il puisse ne pas être compétent.

Disant cela, nous ne prétendons pas méconnaître les inconvénients de cette solution.

Le premier tient à ce que, faute pour le législateur organique d'avoir prévu un régime d'accès aux documents relatifs au contrôle des comptes de l'élection présidentielle²⁴, ces documents ne seraient en l'état pas communicables. Cette circonstance, que l'on peut trouver regrettable en soi, prend un relief plus important du fait du hiatus ainsi consacré avec les documents que produit ou reçoit la CNCCFP au titre du contrôle des comptes des autres élections qui ne tombent pas sous le coup de la réserve organique. Il y a à tout le moins

²⁴ Et faute qu'il existe un droit d'accès aux documents administratifs ouvert même sans texte.

quelque chose de singulier dans la circonstance que les candidats à l'élection présidentielle soient les seuls à bénéficier d'une inaccessibilité totale des pièces autres que les comptes (pour lesquels la transparence est accrue) relatifs au financement de leur campagne.

Cet argument d'opportunité doit selon nous être relativisé à deux titres. D'une part, le hiatus entre élection présidentielle et autres élections a en tout état de cause existé entre 1990, date à laquelle la CNCCFP a été créée et chargée du contrôle des comptes pour les élections autres que présidentielles, et 2006, date jusqu'à laquelle le contrôle des comptes de l'élection présidentielle relevait exclusivement du Conseil constitutionnel, auquel la loi du CADA ne trouve pas à s'appliquer. Lorsqu'en 2006, le législateur organique a fait le choix de doter la CNCCFP de prérogatives en matière d'élection présidentielle, il l'a fait pour des motifs purement organisationnels. Admettre qu'il a, ce faisant, laissé inchangé le régime d'inaccessibilité aux justificatifs des comptes ne nous paraît guère plus choquant que le constat, qu'il faut bien faire, de ce qu'un tel régime d'inaccessibilité prévalait jusqu'alors. D'autre part, nous ne vous proposons pas de juger que l'accès des tiers aux justificatifs des comptes de l'élection présidentielle est inopportun, mais de laisser la main au législateur organique pour décider si cet accès doit être permis et dans quelles conditions.

L'autre inconvénient tient aux effets de contagion que la solution proposée porte en germe.

Les mêmes causes provoquant les mêmes effets, le raisonnement mené pour la CNCCFP vaudra d'abord, à coup sûr, pour les autres autorités administratives qui interviennent dans l'organisation de l'élection présidentielle, pour les opérations qui touchent à cette élection : c'est le cas de la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale en vue de l'élection présidentielle, mais aussi du CSA, pour ses missions découlant du IV de l'article 3 de la loi organique et de l'article 13 de son décret d'application, ainsi que, malgré les faiblesses de son statut, de la Commission des sondages. Nous n'y trouvons pas à redire. Pourraient en revanche faire hésiter les effets de contagion potentiels sur d'autres institutions bénéficiant d'un statut organique, comme le Conseil économique, social et environnemental, le Conseil supérieur de la magistrature ou le Défenseur des droits. Pour ce dernier, nous relevons que la loi organique a de toute façon prévu un secret professionnel si large qu'il semble, loi CADA ou non, faire obstacle à toute communication. Mais surtout, pour cette institution constitutionnelle comme pour les autres, le ver se trouve déjà dans le fruit de la décision du Conseil constitutionnel sur ses propres archives, qui renvoie le régime d'accès à la loi organique chaque fois qu'elle est seule compétente pour régir les missions ou le fonctionnement de l'institution.

Ce dernier point nous amène à aborder un autre type de contagion potentielle, sur les législations voisines de la loi CADA. L'inapplicabilité que nous proposons de consacrer sur le terrain de l'article 6 vaudrait, à coup sûr, également pour la loi archives. La conséquence en serait de rendre, faute de disposition organique, les documents indéfiniment incommunicables – comme ils l'étaient du temps où le contrôle relevait du Conseil constitutionnel et que la loi organique sur ses archives n'existait pas encore.

De façon plus incertaine, mais peut-être plus troublante, l'on pourrait également craindre de faire obstacle, faute d'organisation, à l'application de la loi informatique et libertés. Or force est de constater que, depuis 1987, plusieurs fichiers relatifs à l'organisation de l'élection présidentielle dont le Conseil constitutionnel est responsable ont été déclarés par

lui auprès de la CNIL (v. not. décret n° 87-1028 du 22 décembre 1987 relatif au traitement automatisé des présentations de candidature de candidatures pour l'élection du Président de la République, Recueil page 78). Il en est allé de même, plus récemment, des traitements automatisés mis en œuvre par la CNCCFP et qui servent notamment au contrôle des comptes de l'élection présidentielle (décret n° 2015-48 du 22 janvier 2015).

Ce point est, nous le disons tout net, délicat à surmonter. Depuis l'entrée en vigueur de la directive du 24 octobre 1995²⁵, le sort particulier réservé à la loi CNIL peut se justifier par l'existence d'une obligation communautaire de déclarer les traitements de données personnelles et d'en régimenter l'accès. Mais cette obligation n'explique pas la déclaration des fichiers qui lui ont préexisté. On peut également soutenir que la gestion des fichiers, qui constituent un simple support de l'information maniée et non l'information elle-même, n'est pas sujette à l'attractivité de l'article 6 de la Constitution comme l'est la question de la communication à des tiers des informations en cause. On peut enfin assumer que la déclaration des fichiers de l'élection présidentielle à la CNIL, qui résulte d'une pratique même si le Conseil constitutionnel l'endosse, miroite de toute façon, s'agissant des dossiers détenus par ce dernier, avec l'inapplicabilité de la loi ordinaire relative aux archives. A cet égard donc, le hiatus précède notre raisonnement plutôt qu'il n'en procède, et ne nous conduit pas à le disqualifier.

*

Parce que surmonter un obstacle ne le fait pas totalement disparaître, nous nous devons d'évoquer une deuxième piste, consistant à estimer que la loi du 17 juillet 1978 s'applique, faute de percuter de plein fouet le champ du monopole organique consacré par l'article 6.

Cette lecture reposerait sur l'idée que le champ de l'article 6 est borné par le temps, pris au sens large, de l'élection. S'il impose au législateur organique de fixer l'ensemble des règles applicables à compter de la confection des listes électorales et jusqu'à la décision définitive prise sur les comptes par la CNCCFP ou, le cas échéant, le Conseil constitutionnel, il ne lui donnerait en revanche pas compétence pour traiter des sujets qui, bien que non dépourvus de lien avec l'élection présidentielle, n'en percutent pas le déroulement.

Nous vous avons dit ce que ce raisonnement avait à nos yeux d'aventureux au regard des règles déterminant habituellement le champ relevant du domaine organique et au regard de l'impact qu'une règle de transparence, fut-elle postérieure à la proclamation des résultats définitifs de l'élection, a sur la façon dont ces résultats s'acquièrent. Vous pourriez toutefois décider de l'adopter en estimant qu'il découle l'économie particulière de l'article 6, et bâtir ainsi une solution *ad hoc* qui ne vaudrait pas pour les autres renvois constitutionnels à la loi organique.

Ce raisonnement, vous auriez deux façons de le mener.

²⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Vous pourriez d'abord constater que l'économie de la loi du 17 juillet 1978 offre de sérieuses garanties que les documents ne puissent être communiqués aux tiers tant que la décision définitive sur les comptes n'est pas intervenue. Vous en déduiriez qu'elle s'applique *ab initio* aux documents de l'élection présidentielle, faute d'interférence possible avec le déroulement de cette dernière.

Ainsi, l'article 2 de la loi précise que « Le droit à communication ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration. », empêchant que les documents de la CNCCFP soient communiqués avant toute décision de cette dernière. En outre, le II de l'article 6 prévoit que ne sont pas communicables les documents (...) dont la consultation ou la communication porterait atteinte « f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions (...) », ce qui est de nature à éviter la communication des documents de la Commission le temps de l'instance juridictionnelle ouverte, le cas échéant, par un recours du candidat contre sa décision devant le Conseil constitutionnel.

Vous pourriez être troublés, pour tenir ce raisonnement, par le caractère juridiquement contingent de l'absence d'interférence entre la loi ordinaire et le monopole organique. Tout d'abord, l'économie de la loi CADA n'est pas, en toute rigueur, si étanche que cela aux procédures en cours. Son article 3, d'abord, dispose que : « toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées ». Votre jurisprudence est pratiquement muette sur cet article²⁶, qui n'explique en rien s'il permet de déroger le cas échéant aux secrets prévus par l'article 6 ou à l'interdiction de communication des documents préparatoires. Il ne nous trouble à vrai dire que peu, tant il semble s'apparenter, pour la question qui nous occupe, à un ensemble vide. De même, le f du II de l'article 6 n'empêche la communication des documents interférant avec une procédure juridictionnelle en cours que sous réserve que l'autorité juridictionnelle en question – en l'espèce il s'agirait du Conseil constitutionnel – en donne l'autorisation. Cette réserve sert toutefois à éviter que la loi CADA, dans sa généralité, n'impose à toute autorité juridictionnelle de communiquer ce qu'elle entend et ne nous semble donc pas décisive en l'espèce.

Plus perturbante est la perspective, incontournable dans le scénario envisagé, que la loi CADA s'applique *ab initio* à d'autres autorités intervenant au cours de la campagne et prennent au cours de celles-ci des décisions définitives, faisant faire perdre aux leur caractère préparatoire et autorisant donc leur communication avant même l'élection.

Une façon de parer à cet inconvénient serait d'estimer que dans le temps de l'élection présidentielle, le monopole de compétence du législateur organique fait obstacle à l'application de la loi ordinaire. Une fois la phase de l'élection close, celle-ci reprendrait ses droits. Dès lors que le Conseil constitutionnel fait relever le contrôle des comptes de campagne vous pourriez fixer le terme de l'éclipse organique à la date de la décision de la CNCCFP sur les comptes ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel.

²⁶ La seule décision fichée sur la portée de l'article 3 n'étant pas vraiment décisive, d'autant qu'elle se fonde sur l'articulation de cet article avec l'article 6 *bis* de la loi du 17 juillet 1978 qui a été supprimé depuis : CE, 20 janvier 1988, *Mme T...*, n° 68506, p. 25.

Ce raisonnement vous libère de certains inconvénients liés à la formule précédente. En rendant la loi CADA applicable, il supprime le hiatus entre élection présidentielle et autres élections. Il supprime les principaux risques de contagion institutionnelle, et permet de rendre la loi archives *a fortiori* applicable.

Il ne supprime pas pour autant tous les problèmes. Il ne permet pas, en particulier, de résoudre l'équation de la loi CNIL qui nous arrêta le plus. Dès lors que les fichiers fonctionnent pour l'élection elle-même, et que le droit d'accès et de rectification est ouvert pendant le temps de l'élection, les dispositions de cette loi continuent de percuter à plein le champ de l'article 6 de la Constitution.

Cette façon de faire crée, en outre, une complication propre. Nous pensons au cas dans lequel la décision de la CNCCFP a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel.

Nous vous l'avons dit, votre jurisprudence est en ce sens qu'un document administratif ne perd pas cette qualité du fait qu'il est transmis au juge pour l'exercice de ses fonctions juridictionnelles (CE, 5 mai 2008, n° 309518, *Société anonyme Baudin Châteauneuf*, p. 177 et *Speed rabbit pizza* précitée). Les documents produits ou reçus par la CNCCFP dans le cadre de sa mission de contrôle administratif des comptes demeurent donc des documents administratifs même en cas de recours devant le Conseil constitutionnel. En pratique, la commission transmet, dans cette hypothèse, l'ensemble des documents qu'elle détient au Conseil constitutionnel qui juge les comptes au vu de ces documents, complétés des investigations supplémentaires que ses rapporteurs peuvent mener. Une fois la décision rendue, il en va de deux choses l'une : ou bien le Conseil constitutionnel les conserve, et la loi CADA ne s'applique pas à lui ; ou bien il les rend à la CNCCFP, et les documents deviennent communicables. Concrètement, l'applicabilité de la loi CADA dépendra, en cas de recours, du lieu de stockage des documents des comptes de l'élection présidentielle. Pour les comptes des seuls candidats ayant effectué un recours, la fin de l'éclipse organique débouchera souvent en pratique sur une nouvelle boîte noire. On peut s'accommoder de ce nouveau hiatus, mais nous ne le trouvons pas beaucoup plus satisfaisant que ceux évoqués précédemment qui pouvaient nous faire hésiter.

Enfin et surtout, nous continuons de buter sur la question cruciale que nous avons mentionnée tout à l'heure. Prendre le parti de juger la loi CADA applicable, c'est nécessairement juger le législateur organique serait incompétent pour se prononcer sur le régime de communication des documents relatifs au contrôle des comptes de l'élection présidentielle. C'est la difficulté à franchir ce pas qui nous retient, à titre décisif, d'embrasser ce raisonnement.

*

Nous avons enfin pensé à une troisième voie intermédiaire, qui permettrait de préserver la compétence du législateur organique, tout en rendant la loi CADA applicable au litige. Elle emprunterait à la première solution sa philosophie institutionnelle, et à la deuxième, ses conséquences en termes de communication.

Cette solution consisterait à interpréter la loi organique comme ayant entendu, en confiant volontairement à une commission administrative le soin de contrôler les comptes de campagne, lui appliquer positivement les règles d'accès aux documents normalement applicables aux commissions administratives. Elle reposerait sur l'idée que le législateur

organique, qui ne pouvait ignorer, à la date où il a confié sa mission à la CNCCFP, que sa nature administrative la faisait entrer dans le champ de la loi CADA, n'a, en ne disant rien qui y ferait obstacle, entendu endosser aussi cette caractéristique de la Commission. La mission qu'il lui a confiée a en effet une conséquence très matérielle, qui est que la CNCCFP se trouve détenir, dans le cadre de l'exercice de ses missions, des documents administratifs, ce qui correspond en principe au champ d'application de la loi CADA.

En faisant cet effort, on ne s'écarterait pas tant de celui qu'a consenti le Conseil constitutionnel quand, saisi d'une disposition du statut organique de la magistrature qui prévoyait l'accès des magistrats à leurs dossiers dans les conditions prévues par la loi, il a considéré que le législateur organique avait « emporté référence » tant à la loi du 22 avril 1905²⁷ qu'à la loi CADA (décision n° 92-305 DC du 21 février 1992). Cette solution rendrait applicable la loi du 17 juillet 1978 dans sa version en vigueur à la date de l'intervention du législateur organique, comme c'est toujours le cas lorsque le législateur organique renvoie à une loi ordinaire.

En revanche, nous ne pouvons cacher que cette interprétation tire beaucoup d'un quasi-silence du législateur organique. Or il n'est pas dans vos habitudes, ni dans celle du Conseil constitutionnel, d'assimiler le silence du législateur, surtout organique, à des consentements de ce type, particulièrement en l'absence d'éléments de contexte indiquant que telle aurait été sa véritable intention.

*

Au total, c'est avec une grande modestie que nous vous faisons part de notre préférence pour la première des trois pistes que nous venons d'envisager. Entre l'éminence de la garantie voulue par le Constituant en réservant un domaine au législateur organique et la réalité plus hasardeuse dans laquelle les silences de ce dernier plonge le juge, l'administration et les citoyens, il existe une brèche qui a de quoi donner le vertige. Dans ce type d'adversité, il nous semble qu'il faut rester solidement accroché à ses appuis les plus sûrs. Cette sécurité, nous la trouvons ici dans la Constitution et dans l'idée que le régime de consultation des documents est indissociable des activités à raison desquelles ces documents sont produits ou reçus par l'administration.

Cela ne nous empêche pas, à titre personnel, de souhaiter que l'état du droit évolue sous la plume du législateur organique, car nous pensons que la démocratie, fondée sur la transparence, n'a rien à craindre de cette dernière.

Mais si vous empruntez la voie que nous vous suggérons, vous annulerez le jugement du tribunal administratif pour erreur de droit à avoir appliqué une loi ordinaire inapplicable. Réglant l'affaire au fond, vous rejetterez la demande de communication, le président de la CNCCFP étant, en l'absence de texte applicable, tenu de ne pas y faire droit.

Tel est le sens de nos conclusions.

²⁷ Qui détermine les cas dans lesquels tout agent public a accès à son dossier individuel.