

N°s 444865-448763

Association des archivistes français et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 16 juin 2021

Lecture du 2 juillet 2021

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Le secret de la défense nationale est un concept aussi intuitif que délicat à définir juridiquement. Longtemps, le législateur s'est abstenu de toute définition ou s'en est tenu à des formulations pléonastiques comme celle de l'ordonnance du 4 juin 1960 relative aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, qui visait tout renseignement, objet, document ou procédé qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale. Cette incertitude ne semble pas avoir empêché la correcte application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, qui excluait les documents correspondants du droit d'accès aux documents administratifs, ou de l'article 7 de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives qui prévoyaient leur libre consultation à l'expiration d'un délai de 60 ans à compter de la date du document¹. Elle plaçait en revanche les dépositaires de ce secret dans une regrettable insécurité juridique en raison du délit dit de compromission. Le législateur a donc opté pour une définition dite « formelle » du secret de la défense nationale lors de l'adoption du code pénal de 1992, entré en vigueur en 1994. Il résulte de l'article 413-9 du code pénal que seuls les renseignements, procédés, objets documents et données intéressant la défense nationale et **ayant fait spécialement l'objet d'une classification** par l'autorité compétente dans les conditions prévues par le décret du 17 juillet 1998 et, désormais, par le code de la défense, peuvent être réputés couverts par ce secret et donner lieu, en cas de violation, au prononcé des sanctions pénales (V. pour une explicitation : CE, 25 mai 2005, *Association Reporters sans frontières et a.*, n° 260926, aux T.).

Pour l'essentiel, la refonte du régime de communication des archives publiques en 2008 s'est bornée, sur ce point, à **modifier les délais de libre communicabilité**. L'article L. 213-2 du code du patrimoine fixe au 3^o de son I un délai de droit commun de 50 ans, décompté à partir de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier, pour les documents dont la communication porterait atteinte au secret de la défense nationale. Par exception, ce délai est fixé à 100 ans par le 4^o du même I, pour celles de ces pièces dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes nommément désignées ou facilement identifiables. Enfin, le II du même article frappe d'une

¹ Pour les seuls documents dont la liste était fixée par le décret du 3 décembre 1979.

incommunicabilité perpétuelle les archives qui permettraient ou faciliteraient la conception, la fabrication, l'utilisation et la localisation d'armes de destruction massive.

Peu après l'entrée en vigueur de cette réforme, mais sans lien logique apparent, l'Etat s'est subitement avisé que la définition formelle du secret de la défense nationale issue du code pénal de 1992 exigeait que toute communication soit précédée d'une déclassification formelle, même après l'expiration des délais de libre communicabilité fixés par le code du patrimoine. C'est ce que traduit l'article 63 de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale du 23 juillet 2010 très tôt remplacé par l'article 63 de l'instruction n° 1300 approuvée par arrêté du 30 novembre 2011, qui précise que le service procède à la déclassification dès l'instant que le délai est expiré. L'article 7.6.1. de l'instruction générale interministérielle du 13 novembre 2020, qui a vocation à se substituer à l'instruction précédente à compter du 1^{er} juillet 2021, reprend la même logique, à ceci près qu'aucune précision n'est fournie, cette fois, quant aux conditions de la déclassification après l'expiration du délai.

Ces règles du jeu ne sont évidemment pas du goût des archivistes et historiens qui se sont émus, y compris dans les médias, des délais occasionnés par une telle procédure de déclassification préalable et des entraves ainsi posées aux activités de recherche et d'étude historiques. Plusieurs associations œuvrant dans ce domaine et une quarantaine d'universitaires français et étrangers vous demandent d'annuler l'instruction de 2020, sous le n° 448763, ainsi que le refus d'abroger celle de 2011, sous le n° 444865.

Nous commencerons par l'instruction de 2020.

Précisons à titre liminaire que, bien qu'il reprenne en substance le contenu de l'instruction antérieure, le point 7.6.1 de l'instruction de 2020, seul en cause, ne peut être regardé comme purement confirmatif dès l'instant qu'il intervient dans et pour l'application d'un cadre juridique renouvelé, sur lequel nous allons revenir dans un instant (V. pour ce raisonnement : CE, 7 décembre 2018, *Sté TBF Génie Tissulaire*, n° 410887, aux T.).

Il est reproché à l'arrêté du Premier ministre qui approuve l'instruction d'être cosigné par neuf ministres.

A la date de signature de l'arrêté, les articles R. 2311-5 et R. 2311-6 du code de la défense prévoyaient que le Premier ministre détermine les critères et modalités d'organisation de la protection des informations et supports classifiés au niveau *Très Secret-Défense*, et qu'il fixe les conditions dans lesquelles chaque ministre, chacun pour ce qui le concerne, détermine les informations et supports classifiés aux niveaux *Secret-Défense* et *Confidentiel-Défense* et les modalités de leur protection. Nous comprenons que la compétence des ministres se réduisait aux modalités de protection qui sont propres à ces deux niveaux inférieurs de classification.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Un décret du 2 décembre 2019 a modifié les dispositions réglementaires précitées, à effet au 1^{er} juillet 2021, pour prévoir aux articles R. 2311-5 et R. 2311-6 un dispositif très similaire, tout en confiant plus clairement au Premier ministre la compétence de principe pour définir par arrêté les mesures nécessaires à la protection du secret de la défense nationale.

Sauf à éluder le débat dans la rédaction de votre décision, il vous faut, en toute rigueur, déterminer la version applicable en l'espèce.

Votre jurisprudence est subtile et mériterait à notre avis une expression plus nette.

Vous admettez qu'un acte réglementaire B soit pris **pour l'application** d'un acte réglementaire A non encore publié ou, s'il a été publié, non encore opposable, à deux conditions :

- d'une part, B ne doit pas entrer en vigueur avant A (CE, Section, 30 juillet 2003, *GEMTROT*, n° 237201, au Rec.) ;
- d'autre part, B doit respecter les règles fixées par A (CE, 29 mars 2010, *SF-OIP et K...*, n° 319043-319580, au Rec.²).

Ce régime est circonscrit au cas où **B assure l'entrée en vigueur de A** : il vise à garantir la fluidité de la mise en musique réglementaire d'une réforme par l'édiction des textes « en temps masqué ». La solution inverse contraindrait l'administration à un laborieux séquençement des textes qui retarderait d'autant la mise en application d'une législation ou d'une réglementation, puisqu'il lui faudrait attendre que A entre en vigueur pour prendre B, que B entre en vigueur pour prendre C si besoin etc..., avec de surcroît la nécessité éventuelle, à chaque fois, de prévoir un différé d'entrée en vigueur pour satisfaire le principe de sécurité juridique. Vous noterez que cet aménagement ne déroge pas au principe selon lequel la légalité d'une décision s'apprécie à la date de son édicton ; il consiste simplement à conférer certains effets de droit à l'acte réglementaire A dès lors qu'il existe dans l'ordonnement juridique, même s'il n'est pas encore opposable et ne permet donc pas que l'acte B le soit avant lui.

En revanche, cette mécanique d'anticipation ne joue pas lorsque l'acte B prétend simplement **faire application** de l'acte A non encore entré en vigueur, ou est pris sur son fondement (CE, 9 mars 2016, *Sté Astrazeneca*, n° 385130-385629, aux T. ; CE, 4 mai 2007, *Association « Les amis du comité des travaux historiques et scientifiques et des sociétés savantes » et autres*, n° 291481), ni, *a fortiori*, lorsqu'un acte a été adopté à la suite d'une procédure prévue par ce même acte (V. la décision *GEMTROT* pour le cas où le pouvoir réglementaire avait cru pouvoir prendre un acte supprimant une formalité procédurale existante sans respecter lui-même cette formalité, c'est-à-dire en faisant application par avance de ses propres règles)³.

² Selon le fichage très explicite, lorsqu'un décret est pris en avance, mais pour l'application d'une loi qui sera applicable à la date de l'entrée en vigueur du décret, la légalité du décret est appréciée en fonction du droit applicable à sa date d'entrée en vigueur.

En l'espèce, il nous semble que l'instruction générale interministérielle de 2020 n'est pas seulement prise sur le fondement de l'article R. 2311-5 dans sa rédaction issue du décret du 2 décembre 2019, mais pour son application, dès lors que ce décret procède à une refonte d'ensemble du dispositif de classification et qu'il appartient au Premier ministre de prendre les mesures nécessaires à sa protection, à défaut desquelles le nouveau dispositif ne peut entrer en vigueur. Nous pensons par conséquent que c'est le nouveau cadre juridique qu'il faut appliquer, y compris pour ce qui concerne la compétence.

Dans ce cadre, comme du reste dans le précédent, le moyen n'est pas fondé. Le Premier ministre pouvait et devait adopter seul le point 7.6.1., qui se conçoit comme une condition générale de la communication des archives couvertes par le secret de la défense nationale, indépendamment du niveau de classification. Toutefois, l'article 22 de la Constitution exigeait le contreseing des ministres chargés de l'exécution de cet arrêté. Vous jugez en effet que ce contreseing s'impose quelle que soit la forme de l'acte réglementaire du Premier ministre, c'est-à-dire y compris s'il ne s'agit pas d'un décret (V. à propos d'une circulaire réglementaire : CE, Section, 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord*, n° 93044, au Rec.). Or nous comprenons que les neuf ministres cosignataires sont à la tête de départements ministériels détenant des archives classifiées et amenés, à ce titre, à prendre des mesures réglementaires d'application de la réglementation générale édictée par le Premier ministre. Précisons qu'en tout état de cause, des signatures surnuméraires n'entacheraient pas l'arrêté d'irrégularité, comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises⁴.

Cette savoureuse mise en bouche est, paradoxalement, d'une digestion plus difficile que le plat de résistance de l'affaire, qui consiste à déterminer si la communication des archives publiques couvertes par le secret de la défense nationale à l'expiration du délai de libre communicabilité qui leur est applicable en vertu de l'article L. 213-2 du code du patrimoine doit être systématiquement précédée d'une déclassification par l'autorité compétente. Car la réponse à cette question nous paraît tout à fait certaine : non.

L'article L. 213-2 n'est, de ce point de vue, pas ambigu. A l'expiration des délais, ces archives publiques sont « *communicables de plein droit* ». Ce régime déroge au secret posé

³ Par exception, vous avez confirmé, postérieurement à la jurisprudence *GEMTROT*, qu'il était possible de se prévaloir d'une délégation de signature publiée mais non encore entrée en vigueur pour signer des actes réglementaires, à condition qu'ils n'entrent pas en vigueur avant la délégation – ce alors même que les actes ainsi pris ne le sont pas pour l'application de la délégation, mais simplement en vertu de celle-ci (V. pour cette solution réaliste : CE, 3 octobre 2003, *Groupement des agriculteurs biologistes et biodynamistes du Maine-et-Loire*, n° 253696, aux T.).

⁴ V. dans cette configuration : CE, 18 octobre 2002, *Association pour l'égalité républicaine à l'école polytechnique*, n° 232119 ; CE, 12 décembre 2014, *Syndicat national des praticiens attachés hospitaliers*, n° 367562 ; CE, 4 décembre 2019, *Association des sages-femmes échographistes*, n° 421750. Cette jurisprudence est particulièrement opportune en raison des problèmes récurrents de frontières entre les attributions des ministres, dont l'administration peut se prémunir en recueillant des signatures éventuellement confortatives.

par l'article 413-9 du code pénal dont les dépositaires se trouvent déliés par l'écoulement du temps, sans qu'y fasse obstacle une soi-disant « primauté du code pénal » qui n'existe que dans l'esprit du SGDSN. Il y aurait d'ailleurs une forme d'aporie à exiger une déclassification préalable : en effet, le document déclassifié ne serait plus couvert par le secret de la défense nationale, de sorte que le 3° de l'article L. 213-2 ne servirait en réalité plus à rien sur ce point⁵⁵.

On conviendra aisément qu'il n'est pas opportun, en 2021, de mobiliser de précieuses ressources administratives et d'infliger de longs délais d'attente aux demandeurs pour satisfaire le parallélisme des formes. De même, si, comme l'indique l'instruction de 2011, l'objectif est simplement de contrôler que le délai de libre communicabilité est bien expiré, on peut raisonnablement faire confiance aux archivistes publics, dont c'est le métier, pour effectuer ces opérations d'algèbre élémentaires qui nous semblent à la portée d'un littéraire. Enfin, si, comme le suggère l'Etat dans sa défense à une QPC soulevée à titre subsidiaire par les requérants, il s'agit de permettre au service versant d'apprécier au cas par cas, de manière systématique, si les informations méritent toujours d'être protégées, il en résulterait une sérieuse brèche dans la logique de transparence que le législateur a entendu adopter. Au fond, il n'y aurait plus guère de différence entre le régime de communicabilité de plein droit prévu à l'article L. 213-2, et le régime de consultation par anticipation organisé par l'article L. 213-3.

A la vérité, cette doctrine nous semble avoir été inventée pour les besoins de la cause en 2010, lorsque le Gouvernement s'est rendu compte que les archives de la guerre d'Algérie allaient progressivement tomber dans le « domaine public » en raison de l'expiration du délai de 50 ans posé par la nouvelle loi sur les archives. On peine en tous les cas à croire qu'il lui a fallu près de 20 ans pour tirer les conséquences juridiques du nouveau code pénal et de la définition formelle du secret de la défense nationale derrière laquelle il s'abrite. Et la tentative de l'Etat de conférer à toute force une portée indérogeable au délit de compromission, sans faire valoir la moindre décision du juge pénal en ce sens, laisse en bouche l'arrière-goût désagréable du subterfuge.

Le point 7.6.1. est donc illégal en tant qu'il pose de manière générale cette exigence de déclassification.

Nous croyons toutefois utile de vous dire un mot de l'hypothèse dans laquelle, en dépit de l'écoulement du temps, le document ou l'information présenterait encore une telle sensibilité qu'il serait excessivement préjudiciable à l'intérêt public de le divulguer à toute personne qui le demande, et même de le mettre en ligne, puisque cette publication peut désormais être

⁵⁵ Vous noterez aussi que le 5° du I de l'article L. 213-2, qui porte le délai à 100 ans pour les documents dont la communication est de nature à porter atteinte à la sécurité de personnes identifiables, vise les documents « couverts ou ayant été couverts par le secret de la défense nationale », ce second vocable désignant les documents déclassifiés ; le 3° s'interprète logiquement comme se référant à ceux qui le sont restés à la date à laquelle l'administration se prononce sur la demande de communication.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exigée, sous réserve de respecter la législation protégeant les données à caractère personnel⁶. En règle générale, la communication des archives de plus de 50 ans ne présente pas ce risque, d'autant que le délai n'est décompté qu'à partir de la dernière pièce versée dans le dossier. Il est exclu qu'il soit déclenché à l'égard de documents figurant dans un dossier opérationnel, qui est encore utilisé par les services. Ce régime ne porte que sur les archives versés dans un service d'archives et ayant fait l'objet, à l'issue de leur période d'utilisation courante, de la sélection prévue aux articles L. 212-2 et L. 212-3, afin d'éliminer les documents dépourvus d'utilité administrative ou d'intérêt historique ou scientifique. On peut toutefois concevoir qu'elles peuvent, exceptionnellement, renfermer des informations d'une grande sensibilité. On peut songer, par exemple, à des plans d'un matériel ou d'une infrastructure de défense qui n'est plus en service mais ayant servi de modèle à d'autres exemplaires qui, eux, sont encore utilisés.

C'est précisément pour remédier à cette difficulté que le projet de loi relatif à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, actuellement en discussion au Parlement, contient un article 19 qui refond le régime de communication des archives publiques couvertes par le secret de la défense nationale. Il y est expressément affirmé qu'aucune déclassification n'est nécessaire à l'expiration des délais de libre communicabilité, mais que ces derniers sont prorogés de plein droit pour certaines catégories de documents, en particulier ceux qui traitent des caractéristiques techniques d'installations militaires ou sensibles, jusqu'à la fin de leur affectation ou de celle d'infrastructures similaires, de la conception technique et des procédures d'emploi des matériels de guerre et assimilés, des procédures opérationnelles et capacités techniques des services de renseignement ou encore de l'organisation, de la mise en œuvre et de la protection des moyens de la dissuasion nucléaire, jusqu'à la perte de leur valeur opérationnelle.

Si l'Etat était saisi d'une demande d'accès à des archives publiques de cette nature à l'expiration des délais actuellement prévus, avant l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif, le plus sage, à notre avis, serait qu'il présente lui-même une question prioritaire de constitutionnalité pour obtenir l'abrogation de l'article L. 213-2 dans sa rédaction actuelle, en tant qu'il ne prévoit pas une soupape comparable. Mais nous pensons que le juge administratif, loin de sortir de son rôle, s'en acquitterait pleinement en posant lui-même cette réserve d'interprétation. Il faut prêter au législateur des intentions logiques : il n'a pas pu vouloir sacrifier les intérêts fondamentaux de la Nation sur l'autel de la transparence administrative et de la promotion de la recherche historique. Il a seulement posé un principe

⁶ V. l'article L. 213-1 renvoyant à l'article L. 311-9 du code des relations entre le public et l'administration pour ce qui concerne les modalités d'accès. Il nous semble même que les administrations sont tenues de mettre l'archive publique en ligne spontanément, dès l'instant qu'elles les communiquent à une personne, en application du 1° de l'article L. 312-1-1 du CRPA. Ce dernier vise « les documents qu'elles communiquent en application des procédures prévues au présent titre », ce qui nous paraît recouvrir les archives publiques librement communicables, et non seulement les documents administratifs, dès lors que les modalités d'accès sont les mêmes, y compris l'intervention de la CADA.

selon lequel une archive publique classifiée ne présente plus, en général, une sensibilité suffisante à l'expiration des délais prévus pour que la divulgation en soit refusée. Mais cette présomption lourde doit céder dans le cas exceptionnel où la Constitution l'exige. Nous pensons donc que l'article L. 213-2 pourrait et devrait être lu à la lumière de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, qu'invoque d'ailleurs l'administration en défense, comme n'excluant pas, à titre exceptionnel, que l'administration s'oppose à la divulgation d'informations si et aussi longtemps que celle-ci exposerait la France à une menace grave pour la sécurité nationale.

Cela étant, il ne nous paraît pas indispensable que votre décision prenne parti sur cette question, qui devrait être réglée pour l'essentiel à une échéance d'autant plus proche que le Gouvernement entend faire adopter la nouvelle loi « renseignement » avant le 31 juillet 2021, date à laquelle l'expérimentation de certains dispositifs de lutte anti-terroriste arrivera à expiration - son objectif étant de les pérenniser. Il sera aisé pour l'administration de jouer la montre en refusant la communication d'informations demeurées exceptionnellement sensibles en dépit de leur ancienneté⁷.

Si vous ne partagiez pas ce point de vue, **il ne nous semble ni logique, ni nécessaire de moduler dans le temps les effets de l'annulation de l'article 7.6.1 de l'instruction**. Cette modulation reviendrait en réalité à admettre que la législation actuelle n'est pas conforme aux exigences supérieures mais que vous n'y pouvez rien, en prenant sur vous d'absoudre l'administration du péché de non-communication le temps qu'un projet de loi en discussion et remédiant au problème soit adopté. Or c'est au Gouvernement d'agir rapidement pour modifier la loi qui ne le satisfait pas. Et comme on l'a dit, une telle clémence nous paraîtrait concrètement inutile dès lors que l'administration peut parfaitement résister quelques semaines encore, comme il lui arrive de le faire avec un certain talent même en temps normal, et même pour de mauvaises raisons. Précisons enfin que le tribunal administratif doit apprécier la légalité des refus de communication des archives publiques à la date de son jugement, de sorte qu'il n'y a aucune difficulté pour le stock de décisions de refus en instance. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le cas échéant, constituera une circonstance de droit nouvelle qui tiendra en échec une éventuelle injonction de communiquer un document dont le délai de libre communicabilité aura été prorogé. Il faut aussi ajouter que l'instruction générale est sans incidence sur l'applicabilité de l'article L. 213-2 du code du patrimoine lui-même. A l'issue de la procédure de déclassification qui serait temporairement maintenue en vigueur par l'effet de votre modulation, l'administration serait de toute façon tenue, dans cette lecture littérale de la loi, d'accéder à la demande de communication.

Dans ces conditions, **nous vous proposons d'annuler sèchement l'arrêté du Premier ministre de 2020 en tant qu'il approuve le point 7.6.1. de l'instruction**, sans qu'il soit

⁷ Le seul angle mort que laisserait subsister ce texte, en l'état de sa rédaction adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, concernerait les documents pour lesquels le délai de 50 ans a déjà expiré à la date de son entrée en vigueur et qui ont fait l'objet d'une déclassification.

besoin de renvoyer la QPC posée à titre subsidiaire par les requérants à l'encontre des articles 413-9 et suivants du code pénal, qui ont, du reste, déjà été déclarés conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sans changement pertinent de circonstances (V. la décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011).

Cette annulation restera toutefois sans incidence sur l'article 24 de l'arrêté qui abroge l'instruction de 2011. Cela signifie qu'au 1^{er} juillet 2021, cette instruction aura disparu de l'ordonnancement juridique, laissant ainsi un terrain vierge favorable aux requérants pour ce qui concerne la communication des archives.

Si votre décision est lue à cette date ou postérieurement, ce qui est vraisemblable au regard de vos usages, la requête n° 444865, portant sur le refus de l'abroger, s'en trouvera mécaniquement privée d'objet. Dans la pureté des principes, aucun non-lieu ne devrait en revanche être prononcé avant cette date, puisque l'instruction de 2011 restera en vigueur jusqu'à celle-ci. Dans son principe, sa disparition programmée ne suffit pas car on pourrait tout à fait imaginer que l'injonction dont serait assortie l'annulation du refus d'abroger fixe une échéance plus proche que celle de l'entrée en vigueur organisée par les textes. Si votre décision était intervenue juste après l'arrêté du 13 novembre 2020, vous auriez dû, nous semble-t-il, considérer que la circonstance que ce dernier abroge l'instruction précédente à compter du 1^{er} juillet 2021 ne prive pas le litige d'objet, et auriez pu exiger une abrogation dans un délai de deux mois par exemple. Nous croyons toutefois possible, dans les circonstances particulières de l'espèce, de prononcer un non-lieu d'expédient dès lors, d'une part, que votre intervention sera, concrètement, privée d'effet utile compte tenu du délai résiduel qui séparera la date de lecture de votre décision de l'échéance du 1^{er} juillet 2021, à supposer qu'elle lui soit même antérieure, et, d'autre part et surtout, que ce délai sera inférieur à celui, de quinze jours, que les requérants eux-mêmes vous demandent d'impartir à l'Etat⁸.

PCMNC à l'annulation de l'arrêté du 13 novembre 2020 en tant qu'il approuve le point 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, au non-lieu à statuer sur la requête n° 444865, et au rejet des conclusions présentées au titre des frais irrépétibles.

⁸ Il est vrai que, dès lors que l'injonction peut désormais être prononcée d'office par le juge, on pourrait concevoir qu'il impartisse à l'administration un délai inférieur à celui qui est demandé par les requérants. Mais l'hypothèse apparaît suffisamment résiduelle pour être négligée ici.