

**N° 452218**

**Commune d'Arvillard**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 18 mai 2022**

**Décision du 3 juin 2022**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Laurent Domingo, Rapporteur public**

Les courriels, SMS et autres messages, électroniques ou non d'ailleurs, échangés par les élus sont-ils des documents administratifs communicables ? C'est la question à laquelle vous êtes invités à répondre.

A l'origine du litige se trouve une demande de **M. T... et M. C-Ch...**, habitants de la commune d'Arvillard (Savoie), adressée au maire de cette commune et tendant à ce qu'il leur communique, notamment, l'ensemble des mails échangés avec les élus du conseil municipal en vue des séances de ce conseil des 17 octobre, 7 novembre et 21 novembre 2016 au cours desquelles ont été discutées et ont été adoptées des délibérations relatives au projet de centrales hydroélectriques sur les ruisseaux du Bens et du Joudron. Le maire n'a pas fait droit à cette demande, même après l'avis favorable de la CADA (avis n° 20175851 du 8 mars 2018).

Le tribunal administratif de Grenoble, par un jugement du 5 mars 2021, a jugé que les courriels échangés entre le maire et les élus municipaux au sujet d'affaires communales soumises à délibération du conseil municipal constituent des correspondances produites dans le cadre d'une mission de service public et sont, par suite, au nombre des documents communicables au sens des dispositions de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration.

Il a annulé le refus du maire et a fait injonction de délivrer les courriels demandés. Par une décision du 5 juillet 2021 (n° 454006), votre 10<sup>ème</sup> chambre jugeant seule a prononcé le sursis à exécution de ce jugement.

Le moyen le plus intéressant du pourvoi est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commis le tribunal pour avoir qualifié les courriels en litige de documents administratifs sans tenir compte de leur caractère politique et du principe du libre exercice du mandat des élus. La question soulevée par le moyen est inédite dans votre jurisprudence.

La réponse à y apporter n'est pas évidente, car il ne nous semble pas possible d'affirmer que tous les mails des élus échangés en vue d'un conseil municipal sont des documents administratifs ni que tous ces mails ne sont jamais des documents administratifs.

Partons des textes.

L'article L. 300-2 du CRPA énonce que sont considérés comme documents administratifs, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Il précise immédiatement que constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions. Cette liste est ouverte et, comprenant les « correspondances », elle inclut aussi, nécessairement, les correspondances électroniques (mails, SMS, etc. ; pour un courriel v. 14 mai 2009, Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi c/ M. X..., n° 307292, Rec. T. p. 752).

Le législateur n'a pas omis de prendre en considération les impératifs tirés du fonctionnement des pouvoirs publics.

Il a tout d'abord exclu du champ du CRPA les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires, qui sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Pour préserver leur indépendance, ce sont en effet les Assemblées parlementaires qui décident du régime de publication et de communication de leurs actes, ainsi que de celui de leurs archives (article 7 bis de l'ordonnance).

Le législateur a aussi et surtout réservé, à l'article L. 311-5, les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte a) au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; b) au secret de la défense nationale ; ou encore c) à la conduite de la politique extérieure de la France. Eu égard aux intérêts en jeu, ces documents ne sont pas communicables.

On pourrait penser que le législateur a ainsi borné le champ de ce qui, dans la sphère de la gouvernance publique, devait être protégé et pouvait donc, légitimement, être soustrait du principe de transparence que met en œuvre la communication des documents administratifs. Réciproquement, tout ce qui n'y serait pas énoncé, comme le mail d'un maire, serait communicable.

Cependant, le législateur a édicté ces dispositions dans le périmètre des documents administratifs<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A cet égard, l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives a clarifié la loi : auparavant, la loi de 1978 distinguait entre les

Or, la question que pose le pourvoi se situe, à notre sens, en amont du régime de communicabilité. Elle touche en effet à la question de la frontière entre les documents administratifs et les documents qui ne le sont pas.

C'est ainsi que vous procédez à propos des documents des juridictions, en distinguant ceux qui sont administratifs de ceux qui sont juridictionnels car se rattachant à la fonction de juger (Section, 6 mai 2010, **M. Albert B...**, n° 303168, Rec. p. 154).

C'est en opérant une distinction similaire qu'il convient de procéder s'agissant de l'activité des élus.

Les élus produisent ou reçoivent, c'est évident, des documents qui ont le caractère de documents administratifs, certainement les plus nombreux, car, tout en étant élus, ils sont aussi et surtout, responsables d'une organisation administrative : urbanisme, marchés, finances, personnels, etc. donnent régulièrement lieu à des contestations où la qualification de document administratif n'est pas en jeu, seulement d'éventuels secrets ou intérêts protégés par la loi.

Mais les élus sont donc des élus (sic) et ils poursuivent, avec plus ou moins d'intensité, une activité politique, une activité purement politique, qui ne se rattachent pas aux fonctions administratives qui leur sont dévolues. Par exemple, un élu local peut écrire aux responsables d'un parti politique pour plaider son investiture aux prochaines élections à venir. Nous n'avons pas beaucoup d'hésitation pour affirmer que ce n'est pas un document administratif, c'est une correspondance privée.

La difficulté surgit lorsqu'est en cause la zone intermédiaire entre le politique et l'administratif, par exemple, comme en l'espèce, l'organisation et le déroulement d'un conseil municipal. Un conseil municipal est une instance administrative qui produit ou implique la production de documents administratifs. Par ex., les convocations aux séances du conseil municipal, v. 29 mai 2007, Commune de Casteil c/ Association de défense des citoyens contre les abus des administrations, n° 287682 ; le procès-verbal des délibérations, v. 7 mars 1995, **VDT...**, n°125185, B ; les justificatifs de la publication d'une délibération, v. 10 juillet 2016, Commune de La Crau c\ **L...**, n°381016, B - Rec. T. pp. 767-910, etc.

Mais le conseil municipal est aussi le lieu d'une délibération politique : s'y nouent des rapports de force, s'y déploient des stratégies, parfois des alliances inattendues, parfois des défections douloureuses, etc. Un maire qui, par ex., envoie un mail aux élus de sa majorité, pour les mobiliser, pour leur expliquer les conséquences de leur vote, sur les sujets inscrits à l'ordre du jour mais aussi au-delà des délibérations en cause, est-ce toujours un document

---

documents considérés comme administratifs, communicables ou non, et ceux qui n'étaient pas considérés comme étant administratifs (les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes, etc.) ; dorénavant, et c'est plus rigoureux, elle reconnaît que ces derniers documents sont administratifs aussi, mais elle distingue ensuite entre les documents administratifs communicables et les documents administratifs qui, pour divers motifs, ne sont pas communicables.

administratif, au motif qu'il se rattache au déroulement du conseil municipal ? Nous ne le croyons pas.

Reprenons le texte. L'article L. 300-2 du CRPA qualifie d'administratifs les documents qui sont produits ou reçus par l'Etat, les collectivités territoriales, les autres personnes de droit public ou des personnes de droit privé, dans le cadre de leur mission de service public. Ce sont bien des personnes morales qui produisent ou reçoivent des documents administratifs, pour peu que le lien avec la mission de service public soit suffisant.

Si le maire, ses adjoints ou des membres du conseil municipal disposant d'une délégation agissent au nom et pour le compte de la commune, s'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions de représentant d'une collectivité publique, d'une administration, ils ont vocation à produire ou recevoir des documents administratifs, en principe communicables. Par ex. pour des courriers du préfet reçus par le maire, 8 décembre 2009, Commune de Sausheim, n° 280969, Rec. p. 494

Si en revanche, ils s'expriment en leur nom propre, dans le cadre de relations entre élus, si donc ils n'interviennent pas au titre de la conduite des affaires de la commune, ils se bornent alors à agir à titre personnel et ils ne produisent ni ne reçoivent de documents qui pourraient être qualifiés de documents administratifs.

Les messages qu'ils envoient ou qu'ils reçoivent à ce titre leur sont donc personnels. Ils ne sont pas administratifs. Qu'ils échappent à cette qualification et qu'ils ne puissent donc être soumis à un régime d'accès du public<sup>2</sup> est, dans cette mesure, une nécessité pour garantir le principe du libre exercice de leur mandat par les élus locaux.

Vous avez déjà consacré le principe du libre exercice du mandat des élus, notamment des élus locaux<sup>3</sup>. Et en particulier, en chambre réunies, vous avez jugé, dans le cadre d'un référé liberté, que le secret des correspondances et la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux ont le caractère de liberté fondamentale. Dans cette espèce, vous avez jugé que la note du maire de Drancy qui avait pour conséquence que tous les plis adressés aux adjoints et à certains conseillers municipaux étaient systématiquement ouverts sans leur accord préalable et

---

<sup>2</sup> Il est également jugé que les dispositions de l'article 15 de la DDHC selon lesquelles « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », et qui fondent le droit d'accès aux documents administratifs (v. CC, 3 avril 2020, n° 2020-834 QPC, Union nationale des étudiants de France) ne s'appliquent pas aux « modalités du processus de vote au sein des conseils municipaux », v. CC, 29 mai 2015, n° 2015-471 QPC, Mme Nathalie K.-M., à propos du vote à scrutin secret du conseil municipal.

<sup>3</sup> Pour les parlementaires : v. Conseil constitutionnel, décision n° 2018-767 DC du 5 juillet 2018, Règlement du Sénat et décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. V. également la décision Association Regards Citoyens du 26 juin 2019 (10/9, n° 427725, A), qui juge que l'indemnité représentative de frais de mandat est indissociable de leur statut, dont les règles particulières résultent de la nature de leurs fonctions, lesquelles se rattachent à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement et qu'il s'ensuit que ni les relevés des comptes bancaires consacrés à l'indemnité représentative de frais de mandat, ni la déclaration sur l'honneur du bon usage de cette indemnité ne constituent des documents administratifs relevant du champ d'application de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration.

sans qu'il soit fait de distinction entre les différentes catégories de courriers que peuvent recevoir ces élus, porte une atteinte grave et manifestement illégale au secret des correspondances et à la liberté d'exercice de leur mandat par les élus municipaux (8 avril 2004, **V...**, n° 263759, Rec. p. 173)<sup>4</sup>.

Pour la même raison, nous vous proposons de juger que tous les courriers ou courriels des élus ne sont pas des documents administratifs.

Or, en l'espèce, le tribunal administratif, en affirmant que les courriels échangés entre le maire et les élus municipaux au sujet d'affaires communales soumises à délibération du conseil municipal constituent des correspondances produites dans le cadre d'une mission de service public, a affirmé une règle générale qui ne tient justement pas compte de la question de savoir si les courriels en question ont été échangés dans le cadre d'une fonction administrative de préparation du conseil municipal (envoi de l'ordre du jour, des projets, de la documentation préparatoire) ou au titre d'une discussion de nature politique, qui n'a pas eu lieu au nom de la commune, mais à titre personnel (la discipline de vote de la majorité par ex.). Pour avoir donc jugé que les documents en litige étaient administratifs sans rechercher s'ils ont été produits au nom de la commune, la TA a commis l'erreur de droit soulevée par le pourvoi.

Si vous nous suivez, y compris pour renvoyer l'affaire au TA, il lui appartiendra de qualifier les courriels en question. A ce titre, il lui faudra se livrer à un exercice de casuistique, car il nous paraît difficile de déterminer, à l'avance, de manière générale et abstraite, ce qui est « administratif » et ce qui est « politique » dans l'activité d'un élu. Il est probable qu'une définition qui s'y essaierait, même parfaitement élaborée en apparence, ne serait cependant pas à même de régler tous les cas susceptibles de se rencontrer. C'est essentiellement au cas par cas qu'il faut faire le partage.

A cet égard, le critère organique peut être un indice, mais il est en réalité d'une portée relative. Ce n'est pas parce qu'un mail est échangé entre des élus qu'il est probablement à caractère politique. Il ne saurait y avoir de présomption en la matière. Réciproquement, un mail d'un maire à son directeur de cabinet, voire à un service administratif (on pense à l'équipe de direction, DGS et DGA) pourra tout autant être de nature politique. Au demeurant, il est ici question des élus, mais le problème se poserait également pour les titulaires de fonctions exécutives qui ne sont pas élus, les ministres en particulier, voire pour les membres d'autres autorités administratives délibérantes qui ne sont pas élus non plus, on pense aux membres des collèges des autorités publiques ou administratives indépendantes.

Le critère formel ne nous semble pas non plus décisif : qu'un maire et des élus utilisent leur messagerie municipale et non une messagerie personnelle, qu'ils y indiquent que le message envoyé est personnel ou confidentiel, ne saurait suffire dans la qualification du message.

---

<sup>4</sup> Quelques mois plus tard, entre les mêmes protagonistes, v. 12 juillet 2004, Commune de Drancy c/ M. **V...**, n° 269592, où il question de rapports purement politiques entre élus.

En pratique, l'essentiel reposera sur un critère matériel, c'est-à-dire le contenu du message, à partir duquel il est possible de rattacher le courriel à la commune, telle qu'elle est visée par le CRPA, ou à l'élu pris individuellement. Le juge devra, après avoir pris connaissance des messages en cause hors contradictoire, faire reposer son analyse sur l'objet même du message, sa signification, sa portée. Ce n'est pas nécessairement confortable pour le juge du fond, mais il nous semble qu'en pratique, les cas délicats devraient être les moins nombreux.

Ajoutons pour terminer que le jugement du tribunal est par ailleurs entaché d'une irrégularité pour avoir statué au-delà des conclusions qui visaient les courriels échangés avant les délibérations d'octobre et novembre 2016, et non celle du 27 novembre 2017 sur laquelle le tribunal s'est également prononcé, y compris dans son dispositif. Mais l'annulation partielle à laquelle ce moyen conduit est absorbée par la cassation totale que nous vous proposons.

PCMNC Annulation du jugement, renvoi de l'affaire au TA et rejet des conclusions présentées par la commune au titre des frais d'instance.