

Chronique de jurisprudence du Conseil d'État : contentieux administratif et convention européenne des droits de l'Homme ^{385q6}

Par
Cécile BARROIS DE
SARIGNY
Maître des requêtes
au Conseil d'État,
rapporteuse publique

L'essentiel

Le Conseil d'État précise le cadre légal des archives sous protocole « à la lumière » des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

PLAN

I. QUESTIONS GÉNÉRALES.....	(néant)
II. DROITS PROCÉDURAUX	p. 31
III. DROITS SUBSTANTIELS	p. 34

[...]

II. DROITS PROCÉDURAUX

Juge du référé liberté français et droit au recours garanti par l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Acte II ^{391c8}

L'essentiel Le Conseil d'État conforte la procédure du référé liberté après sa mise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme comme moyen adéquat permettant de garantir le droit au recours effectif de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le domaine carcéral.

CE, 19 oct. 2020, n°s 439372 et 439444, Garde des Sceaux, ministre de la Justice et Section française de l'observatoire international des prisons, M. Wadjinny-Green, rapp., M. Lallet, rapp. publ. ; SCP Spinosi, Sureau, SCP Foussard, Froger, av. : Lebon

Note

Confronté une nouvelle fois aux conditions de détention dégradées des détenus, ici dans le centre pénitentiaire particulièrement vétuste de Nouméa, le Conseil d'État a, par la décision commentée, apporté d'importantes précisions sur l'office du juge du référé liberté et ce qu'il convenait d'en déduire sur le terrain des exigences du droit au recours garanti par l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'intérêt de cette décision ne peut être pleinement appréhendé qu'après un rappel du cadre dans lequel elle s'inscrit et notamment la très récente décision de la convention européenne des droits de l'Homme, que le Conseil d'État cite précisément, *JMB et a. c/ France* (CEDH,

30 janv. 2020, n° 9671/15), rendue à propos du même centre pénitentiaire de Nouméa. La Cour a dans cette affaire condamné la France, sur le fondement de l'article 3 de la convention, en raison des conditions indignes de détention et des conséquences de la surpopulation carcérale ainsi que pour ne pas avoir assuré l'exercice du droit au recours garanti par l'article 13 de la convention, notamment parce que le référé liberté ne pouvait être regardé comme un recours préventif effectif, de nature à faire cesser la continuation des atteintes à l'article 3 ou l'amélioration des conditions matérielles de détention. Un tel recours est, avec le recours indemnitaire (ou compensatoire), de ceux exigés par la convention, lequel doit avoir une conséquence immédiate sur les conditions de détention lorsque celles-ci s'avèrent inadéquates (v. sur ce point, CEDH, 10 janv. 2012, n°s 42525/07 et 60800/08, *Ananyev c/ Russie* ; CEDH, 8 janv. 2013, n° 43517/09, *Torreggiani et a. c/ Italie* ; CEDH, 16 sept. 2014, n°s 49169/09 et 10 autres, *Stella et a. c/ Italie*).

Ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans la décision commentée, la Cour a notamment jugé dans la décision *JMB et a. c/ France* que le pouvoir d'injonction conféré au juge du référé liberté « avait une portée limitée, ne lui permettant pas d'exiger la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale, ni de prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice, que le juge faisait dépendre son office du niveau des moyens de l'administration et des actes qu'elle avait déjà engagés, et que le dispositif ne garantissait pas suffisamment l'effectivité

des décisions prises ». La Cour a d'ailleurs recommandé à la France d'envisager d'établir « un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire, de redresser la situation dont ils sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée ».

C'est fort de ce précédent que la Section française de l'observatoire international des prisons a saisi une nouvelle fois le juge des référés du tribunal administratif de Nouméa, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, afin que celui-ci ordonne aux autorités pénitentiaires et judiciaires de prendre différentes mesures permettant d'améliorer les conditions de prise en charge des personnes détenues au centre pénitentiaire de Nouméa, notamment en ce qui concerne leur hébergement et la satisfaction de leurs besoins les plus élémentaires. La réponse partiellement positive de ce dernier n'ayant satisfait ni la Section française de l'observatoire international des prisons ni le ministre de la Justice, le Conseil d'État a été saisi, par la voie de l'appel, d'une double contestation de l'ordonnance rendue.

Sur le fond, la décision commentée donne partiellement raison à l'association, en complétant les mesures ordonnées par le juge des référés néo-calédoniens. Là n'est toutefois pas son seul intérêt.

Prenant appui sur la jurisprudence de la Cour, *JMB et a. c/ France*, la Section française de l'observatoire international des prisons contestait (sous le timbre de l'article 3 de la convention) le fait pour le juge des référés initialement saisi de s'être fondé, pour refuser de prononcer certaines des injonctions qui lui étaient demandées, sur la circonstance qu'elles portaient sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre à très bref délai, ainsi que sur la prise en compte par ce même juge des moyens dont disposait l'administration pénitentiaire et des mesures déjà prises et sur la circonstance qu'il ne lui appartenait pas de s'assurer de l'exécution effective des mesures prononcées à l'encontre de l'administration. Une telle limitation par le juge de son office conduisait selon l'association à méconnaître les exigences de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Pour examiner le moyen, il revenait donc au Conseil de confronter à son tour le cadre du référé liberté et les exigences de la convention.

La décision commentée y procède pas à pas en commençant par rappeler le vademécum des pouvoirs du juge du référé liberté, dans le sillage du précédent *Section française de l'Observatoire international des prisons* du 28 juillet 2017 (CE, 28 juill. 2017, n° 410677, Lebon).

Elle rappelle ainsi qu'il « résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1, L. 521-2 et L. 521-4 du Code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés [liberté] lorsqu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte ». Ces mesures sont en principe provisoires, comme l'implique l'article L. 511-1, « sauf lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder

l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte ».

S'appuyant sur ce qui fait la spécificité de ce juge de l'extrême urgence rempart contre les illégalités les plus manifestes, le Conseil d'État précise qu'il ne peut qu'ordonner les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder, dans un délai de 48 heures, la liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale. C'est à cette condition que le juge du référé liberté peut « ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, une mesure d'organisation des services placés sous son autorité lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ». Comme le soulignait le rapporteur public, Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur cette décision, seules les mesures qui peuvent recevoir un début d'exécution à très brève échéance et déployer utilement leur plein effet aussi rapidement sont ainsi de celles que le juge peut ordonner « ce qui exclut en particulier les mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre à très bref délai [(certaines décisions s'en tiennent à un « bref délai », v. par ex. : CE, 31 juill. 2017, n°s 412125 et 412171, Commune de Calais et ministre d'État, ministre de l'Intérieur, Lebon, mais le sens est le même)] », notamment la réalisation de travaux lourds (y compris, par ex., l'alimentation en eau chaude des cellules : CE, juge des référés, 6 août 2019, n° 432589, Ministre de la Justice c/ SFOIP). Dans la même idée, le Conseil d'État rappelle que « compte tenu du cadre temporel dans lequel se prononce le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, les mesures qu'il peut ordonner doivent s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises. »

Enfin, ainsi que la section du contentieux l'avait jugé dans la décision de section du 16 novembre 2011 (CE, 16 nov. 2011, n° 353172, Ville de Paris, Lebon), le Conseil d'État rappelle qu'« eu égard à son office, [le juge du référé liberté] peut également, le cas échéant, décider de déterminer dans une décision ultérieure prise à brève échéance les mesures complémentaires qui s'imposent et qui peuvent également être très rapidement mises en œuvre ». Il y a là pour reprendre les mots d'Alexandre Lallet une forme de « droit de suite », qui se cumule avec la possibilité qu'ont les parties en vertu de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative de saisir à nouveau le juge de leur prétention une fois que celui-ci s'est déjà prononcé.

Les garanties qui permettent l'exécution des ordonnances de référés sont également relevées, dans un paragraphe spécifique qui fait pêle-mêle état de la possibilité pour le juge d'office, en vertu de l'article L. 911-3 du Code de justice administrative, d'assortir les injonctions qu'il prescrit d'une astreinte, de l'obligation qui pèse sur les différentes autorités administratives de prendre, dans les domaines de leurs compétences respectives, les mesures qu'implique le respect des décisions juridictionnelles ainsi que de la possibilité de rechercher l'exécution d'une ordonnance prise par le juge des référés dans les conditions définies par le livre IX du Code de justice administrative.

On ne saurait décrire plus précisément l'office du juge du référé liberté, tel que précisé par 20 ans de jurisprudence.

La réponse au moyen impliquait cependant d'aller un peu plus loin dès lors que précisément, la Cour ne s'est pas satisfaite de cette procédure pour assurer l'effectivité du droit au recours garanti par l'article 13 de la convention face aux problématiques d'ordre structurel que connaissent certains établissements pénitentiaires.

Sans remettre en cause l'équilibre actuel des textes et de leur interprétation jurisprudentielle, c'est-à-dire sans habiliter le juge des référés à prononcer les mesures d'ordre structurel qui étaient réclamées de lui par la Section française de l'observatoire international des prisons, le Conseil d'État conclut à l'absence de méconnaissance par le juge des référés du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, par le seul exercice de son office, des exigences découlant de l'article 3 de la convention.

La décision commentée fonde la solution sur différentes considérations, qu'elle détaille, ici encore, de manière pédagogique.

La jurisprudence de la Cour n'imposait pas au Conseil d'État de révolutionner l'office du juge du référé liberté. Ainsi que le rappelle la décision commentée, si l'article 46 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales impose aux États membres, pour la complète exécution d'un arrêt de la Cour, que l'État concerné prenne toutes les mesures qu'appellent, « d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation », celui-ci demeure libre « de déterminer les moyens de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe ». Tel est en effet le sens de la jurisprudence de la Cour, qui rappelle à l'occasion que ses arrêts définitifs ont seulement un caractère déclaratoire (CEDH, 29 mai 2019, n° 15172/13, Ilgar Mammadov c/ Azerbaïdjan, § 182).

Pour le Conseil d'État, les limitations de l'office du juge du référé liberté découlent des dispositions législatives qui ont créé cette voie de recours et sont justifiées par les conditions particulières dans lesquelles ce juge doit statuer en urgence, ce dont il se déduit qu'il n'appartient pas au juge, de remédier aux lacunes pointées par la Cour.

L'effort a ainsi paru trop grand au Conseil d'État de faire évoluer sa jurisprudence pour tenter de satisfaire les exigences de la Cour. Ainsi que le démontrait de façon convaincante Alexandre Lallet, plusieurs séries de considérations pouvaient peser en ce sens. Tout d'abord, il apparaissait difficile de réitérer l'exercice consistant, par voie prétorienne, à dépasser le carcan posé par le législateur, comme le Conseil d'État se l'était déjà autorisé, notamment dans l'affaire *L.* (CE, ass., 24 juin 2014, n°s 375081, 375090 et 375091, M^{me} L., Lebon) ou plus modestement lorsqu'il s'est, pour la première fois, prononcé sur les mesures sanitaires prises pendant la crise du Covid-19 (CE, 22 mars 2020, n° 439674, Syndicat Jeunes Médecins, Lebon T.) Il s'agissait dans ces affaires de faire face à des situations exceptionnelles, et les solutions retenues, certes innovantes quant à l'office du juge des référés, n'ont pas été jusqu'à modifier la portée des mesures que le juge du référé liberté est susceptible d'ordonner. Une modification de l'office du juge sur ce point ne serait pas sans remettre en cause l'équilibre même de la procédure, qui prévoit l'intervention du juge en extrême urgence pour lui permettre le prononcé de mesures elles-mêmes

immédiatement exigées par les circonstances. Ensuite, si l'on considère que l'identité actuelle de la procédure de recours résulte des textes qui l'ont instituée, l'on ne peut qu'admettre que son évolution ne saurait être à l'initiative du juge sans risques pour ce dernier de méconnaître le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. De tels motifs ont déjà, par le passé, conduit le Conseil d'État à refuser de rouvrir une procédure juridictionnelle close en raison de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (CE, 11 févr. 2004, n° 257682, C., Lebon).

Malgré l'aveu d'une impossible mue du référé liberté par voie prétorienne, le Conseil d'État a écarté le moyen soulevé devant lui. Il s'est pour se faire appuyer sur deux décisions récentes du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation.

Celle du Conseil constitutionnel est la décision du 2 octobre 2020 (Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC), par laquelle les juges de la rue Montpensier ont déclaré le second alinéa de l'article 144-1 du Code de procédure pénale, relatif aux conditions et modalités de libération immédiate de la personne placée en détention provisoire, contraire à la Constitution, au motif qu'il ne prévoit aucun recours devant le juge judiciaire permettant au justiciable d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire. L'abrogation de ces dispositions a été reportée au 1^{er} mars 2021, le temps de l'intervention d'une réforme législative qui devrait prévoir – au moins en ce qui concerne la détention provisoire –, l'instauration d'un recours préventif du type de celui qu'implique le respect de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le Conseil constitutionnel renvoie donc lui aussi la balle dans le camp du législateur.

Quant à la Cour de cassation, celle-ci a jugé dans un arrêt en date du 8 juillet 2020 (Cass. crim., 8 juill. 2020, n° 20-81739), interprétant le même article 144-1 du Code de procédure pénale, que l'obligation qui pèse sur le juge judiciaire de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la convention pouvait autoriser la chambre de l'instruction, qui constate une atteinte au principe de dignité à laquelle il n'a pas été remédié, à ordonner la mise en liberté de la personne, en l'astreignant, le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire. Il en résulte que dans l'attente de la réforme législative à venir, une voie de droit existe devant le juge judiciaire qui, si elle n'est pas des plus satisfaisante du point de vue de l'ordre public, permet bien d'éviter la perpétuation d'une éventuelle violation de l'article 3 de la convention européenne.

La situation actuelle, telle qu'elle résulte de la décision commentée et de celles du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation qui l'ont précédée est nécessairement temporaire, ne serait-ce que parce qu'une réforme législative doit intervenir, qui permettra de compléter l'article 144-1 du Code de procédure pénale, et parce que seul le sort de la détention provisoire a fait l'objet de précisions jurisprudentielles. La portée de la décision garde des Sceaux, ministre de la Justice et Section française de l'observatoire international des prisons paraît néanmoins

davantage pérenne en ce qui concerne l'office du juge des référés qu'elle conforte tel que les textes l'ont institué et tel que la jurisprudence l'a façonné. C'est au législateur qu'il pourrait revenir de faire bouger les lignes mais il n'est pas certain, en tout cas la décision commentée ne l'implique pas, qu'il en aille effectivement ainsi. La nouvelle procédure du référé liberté, instituée en 2000, a fait preuve d'une certaine efficacité, et, à tout le moins, constitue un cadre procédural que les requérants n'hésitent pas à mobiliser pour faire face aux menaces qui pèsent sur leurs droits et libertés (cf. Malverti C., Beaufils C., « Le Référé en Liberté », AJDA 2020, p. 1155). La fréquence du recours au juge du référé liberté pendant l'État d'urgence sanitaire par exemple en atteste. Un changement, qui pourrait peser sur l'équilibre de ce recours et notamment sur la capacité du juge à se prononcer dans des délais très brefs, n'est peut-être pas souhaitable et en tout cas pas sans risque pour l'avenir d'une telle procédure.

Cette dernière n'a d'ailleurs pas été sans permettre des solutions plutôt audacieuses notamment dans le domaine carcéral, permettant le prononcé de mesure à court mais

aussi long terme (CE, 22 déc. 2012, n°s 364584 et a., SFOIP, Lebon, injonction d'établir un diagnostic des prestations appropriées à la lutte contre les animaux nuisibles, dans la perspective de la définition d'un nouveau cahier des charges pour la conclusion d'un nouveau marché public), voire des mesures provisoires d'organisation des services (CE, 28 juill. 2017, n° 410677, préc.), que la Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même salué (dans sa décision *JMB* comme dans son précédent arrêt CEDH, 21 mai 2015, n° 50494/12, *Yengo c/ France*). Si le référé liberté a pu paraître, à lui seul, insuffisant pour répondre aux difficultés propres à la surpopulation carcérale, force est de constater que le juge administratif n'est pas seul à la manœuvre s'agissant des droits des détenus. Comme le rappelle la décision commentée, le juge judiciaire a lui aussi un rôle à jouer, et c'est peut-être dans la procédure pénale que réside le complément indispensable à l'effectivité du droit au recours.

La poursuite du dialogue des juges, d'ores et déjà fructueux, apportera à n'en pas douter des précisions sur ce point.

III. DROITS SUBSTANTIELS

Les archives sous protocole au prisme de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ^{391c7}

L'essentiel Les modalités de communication des archives sous protocole telles que précisées par le Conseil d'État ont été pensées à l'aune des exigences des articles 10 et 13 de la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

CE, ass., 12 juin 2020, n°s 422327 et 431026, M. G., M. Roulaud, rapp., M^{me} Iljic, rapp. publ. ; SCP Spinosi, Sureau, av. : Lebon ; Gaz. Pal. 20 oct. 2020, n° 389h0, p. 29 ; Gaz. Pal. 13 oct. 2020, n° 388j7, p. 22

Note

La communication des archives de l'exécutif, dites « sous protocole », a rejoint avec la décision rendue le 12 juin 2020 par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État, M. G. (CE, ass., 15 juin 2020, n°s 422327 et 431026), le camp de la légalité.

Développée en marge du régime légal de communication des archives publiques, à compter du président Giscard d'Estaing, la conclusion de protocoles de remise, entre les personnalités politiques sortantes relevant du pouvoir exécutif et l'administration des archives, a de fait favorisé le versement de documents sensibles et évité leur destruction, par crainte de leur diffusion. Cette pratique n'en présentait pas moins l'inconvénient, majeur, de soustraire au droit à communication les archives en question pendant des délais beaucoup plus longs que ceux du droit commun sauf autorisation donnée par l'autorité versante ou le mandataire désigné par elle. La loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives est venue clarifier la pratique, tout en lui donnant un cadre légal, en faisant des archives des autorités politiques des archives soumises à

un statut particulier régies par l'article L. 213-4 du Code du patrimoine.

Ce cadre a essentiellement concerné les protocoles à venir, soit ceux, signés postérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008, dont cette dernière a prévu qu'ils seraient soumis aux délais de communication de droit commun, fixés par l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, avec la possibilité, jusqu'à l'expiration de ces délais ou, s'il survient avant leur terme, jusqu'au décès du signataire, qu'une autorisation de consultation anticipée soit délivrée par le signataire. S'agissant des protocoles signés antérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008, l'article L. 213-4 est resté plus laconique, ne prévoyant que le principe d'une cessation de la mission du mandataire 25 ans après le décès du signataire du protocole, sans rien dire cependant sur le fond du droit à communication et notamment sur l'articulation des clauses de ces protocoles avec le nouvel encadrement législatif.

C'est justement à propos du régime de ces anciens protocoles, qui concernent notamment ceux conclus par trois présidents de la République – V. Giscard d'Estaing, F. Mitterrand et J. Chirac – que l'assemblée du contentieux du Conseil d'État fut amenée à se prononcer dans le cadre d'une demande portant sur le sujet pour le moins sensible du rôle joué par la France lors du génocide commis au Rwanda en 1994. Le requérant, M. G., qui ne s'est pas satisfait de la déclassification de certaines des archives présidentielles relatives à la situation au Rwanda entre 1990 et 1995, a présenté auprès de la ministre de la Culture une demande de consultation de certaines des archives du président François Mitterrand relatives à la politique de la France au Rwanda pour la même période.

Suivant l'avis de la mandataire dudit président – désignée en application du protocole de remise des archives le concernant – la ministre de la Culture n'a donné qu'une satisfaction partielle à l'intéressé qui s'est tourné, en vain, devant la commission d'accès aux documents administratifs, puis devant le tribunal administratif de Paris.

Avant de se prononcer concrètement sur le droit à communication des archives en cause, qu'il s'était fait communiquer sans les soumettre au contradictoire, comme il se l'autorise en cette matière (CE, 29 juin 2011, n° 335072, M^{me} R., Lebon, p. 306, dans le sillage de CE, sect., 23 déc. 1988, Banque de France c/ H., Lebon, p. 464), le Conseil d'État a défini le cadre juridique des archives régies par un protocole antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 15 juillet 2008.

Relevant que par cette loi « le législateur a entendu (...) favoriser la conservation et le versement de ces documents en leur accordant une protection particulière », comme l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 septembre 2017 (Cons. const., 15 sept. 2017, n° 2017-655 QPC), le Conseil d'État choisit d'interpréter les dispositions de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine « conformément à l'article 15 de la Déclaration du 26 août 1789 qui garantit (...) le droit d'accès aux documents d'archives publiques » ainsi qu'« à la lumière des exigences attachées au respect de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatif à la liberté d'expression duquel peut résulter, à certaines conditions, un droit d'accès à des informations détenues par l'État ».

Se plaçant à la croisée des principes consacrés par ces articles, le Conseil d'État précise le régime des protocoles signés antérieurement à la publication de la loi du 15 juillet 2008, à la fois sur le plan technique et sur le fond.

S'agissant des modalités d'autorisation, alors que le Code du patrimoine se contente de prévoir la fin des clauses relatives au mandataire désigné par le protocole 25 ans après le décès du signataire, la décision commentée précise que passé ce délai, les archives n'en demeurent pas moins potentiellement communicables de façon anticipée, c'est-à-dire avant la fin du délai mentionné dans le protocole, « après avis conforme de l'autorité exerçant à cette date les compétences de l'autorité versante ». Ce faisant, le Conseil d'État fait le choix d'interpréter le silence du texte sur le droit à communication une fois le mandataire hors jeu comme n'excluant nullement celle-ci.

Sur le fond, la décision *G.* relève que les autres clauses, notamment celles fixant le ou les délais à l'expiration desquels les archives deviennent communicables de plein droit, demeurent en vigueur. Puis, dans un considérant qui se veut de principe, elle rappelle que « dans tous les cas, l'autorisation de consultation anticipée des documents d'archives publiques est accordée aux personnes qui en font la demande dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger, en particulier le secret des délibérations du pouvoir exécutif, la conduite des relations extérieures et les intérêts fondamentaux de l'État dans la conduite de la politique extérieure ». L'administration est ainsi tenue de délivrer l'autorisation sollicitée lorsque la balance des intérêts pèse en faveur du demandeur.

S'agissant de l'office du juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une contestation d'une décision de refus de consultation anticipée du ministre de la Culture, la décision retient qu'il revient à celui-ci « d'exercer un entier contrôle sur l'appréciation portée, (...) sur la proportionnalité de la limitation qu'apporte à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques le refus opposé à une demande de consultation anticipée, par dérogation au délai fixé par le protocole ». Pour ce faire, « eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention », l'assemblée du contentieux impose au juge de se placer non pas à la date à laquelle la décision a été prise mais à la date à laquelle il statue. En cassation, le contrôle retenu est celui de la qualification juridique des faits.

Fort de cette interprétation du cadre législatif, le Conseil d'État écarte ce qui constituait le cœur de l'argumentation portée devant lui, à savoir la méconnaissance des articles 10 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales par les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine.

Après avoir censuré le tribunal administratif pour n'avoir pas raisonné dans le bon cadre, celui-là même qu'elle venait de décrire, l'assemblée du contentieux a elle-même procédé à la mise en balance des intérêts pour finir par accorder à M. G. l'accès aux documents qu'il sollicitait.

Détaillant les étapes concrètes de la balance des intérêts consacrée plus tôt, le Conseil d'État précise les trois temps de la « pesée ». D'un côté, « l'intérêt légitime du demandeur doit être apprécié au vu de la démarche qu'il entreprend et du but qu'il poursuit en sollicitant la consultation anticipée d'archives publiques, de la nature des documents en cause et des informations qu'ils comportent », de l'autre « les risques qui doivent être mis en balance sont ceux d'une atteinte excessive aux intérêts protégés par la loi, en particulier au secret des délibérations du pouvoir exécutif, à la protection qu'appellent la conduite des relations extérieures et la défense des intérêts fondamentaux de l'État ou encore à la sécurité des personnes ». La mise en regard de l'un et de l'autre s'effectue, quant à elle, en « tenant compte notamment de l'effet, eu égard à la nature des documents en cause, de l'écoulement du temps et, le cas échéant, de la circonstance que ces documents ont déjà fait l'objet d'une autorisation de consultation anticipée ou ont été rendus publics ». Après avoir relevé que M. G., physicien et ancien directeur de recherche au CNRS était l'auteur de plusieurs ouvrages consacrés au rôle de la France au Rwanda relatant les événements liés au génocide perpétré en 1994 et que ses demandes de consultation anticipées étaient liées à des travaux de recherches engagés pour la préparation d'un nouvel ouvrage, ce qui ne permettait pas de douter du sérieux de sa demande, le Conseil d'État a tenu compte de la nature des documents sollicités en l'espèce dont il avait pris connaissance. La décision relève ainsi que la demande porte sur des documents relatifs à une période qui s'étend de 1991 à 1995, rassemblés par deux conseillers du président de la République qui ne comportent vraisemblablement pas d'éléments de nature à compromettre « les intérêts fondamentaux de l'État ou la

sécurité des personnes », portent « sur des événements qui sont survenus il y a plus d'une génération et dont les acteurs ne sont plus, pour la plupart, en activité » et ont fait l'objet « de plusieurs autorisations ayant donné lieu à leur utilisation dans le cadre de divers articles, ouvrages et rapports », voire traitent d'informations déjà rendues publiques ». La pesée des intérêts s'est ainsi avérée favorable au demandeur qui a obtenu entièrement gain de cause.

Outre l'intérêt qu'elle présente pour M. G., la décision commentée est riche, à plus d'un titre.

Sur le plan procédural, elle confirme la tendance, à l'œuvre dans certains contentieux de « refus » (mais pas seulement, cf. CE, 28 févr. 2020, n° 433886, M. S., Lebon), à l'appréciation dynamique de la légalité, qui se traduit, pour le juge de l'excès de pouvoir, par la possibilité de ne plus rester figé au jour de la décision attaquée mais au contraire d'apprécier la légalité de celle-ci en tenant compte d'évolutions postérieures qui pourraient la justifier légalement, alors que la demande du requérant apparaît, en ces domaines, essentiellement tournée vers l'avenir (v., CE, 6 déc. 2019, n° 391000, M^{me} X, Lebon T. ; CE, ass., 19 juill. 2019, n°s 424216 et 424217, Association des Américains accidentels, Lebon, p. 296). Pour la première fois, le Conseil d'État explicite les motifs qui conduisent à retenir une nouvelle « exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton », soit, la « nature des droits en cause » et l'effet utile de son intervention. C'est là une façon d'écrire que tous les litiges d'excès de pouvoir ne sont pas éligibles à ce type d'approche.

Sur le fond, l'apport de la décision G. est considérable, le Conseil d'État complétant l'œuvre du législateur et parachevant le cadre posé en 2008 pour les archives sous protocoles antérieures à la loi du 15 juillet 2008 de façon plutôt constructive, assurant ainsi la conformité des textes aux plus hauts principes de la hiérarchie des normes, à la fois conventionnel et constitutionnel.

Ainsi que la décision le révèle sans ambages, la solution retenue s'inscrit dans l'ombre portée de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Brûlant les étapes, le requérant avait d'ailleurs en l'espèce saisi la Cour européenne des droits de l'Homme avant même l'épuisement des voies de recours internes (ce qui a conduit à ce que son recours soit jugé irrecevable, CEDH, 5^e sect., 5 mai 2020, n° 84536/17, G. c/ France), témoignant ainsi de sa détermination à porter l'affaire au plus haut niveau. Ce premier recours fut pour la Cour l'occasion de délivrer quelques messages, sur l'existence d'un contrôle des décisions de refus de communication anticipée (§ 58) et sur l'examen qu'elle pourrait opérer sur son caractère suffisant (§ 57). Il permit également à celle-ci de confirmer, comme le rappelait Anne Iljic dans ses conclusions, l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité comme elle le fit dans la décision *Charron et Merle-Monnet c/ France* (CEDH, 16 janv. 2018, n° 22621/15, § 28-29), qui la conduisit en substance à juger qu'un brevet de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel n'exclut pas un examen de conventionalité *in concreto* par le juge (§ 53).

À l'écoute des préoccupations de la Cour, le Conseil d'État a choisi de s'inscrire très directement dans les pas de sa jurisprudence pour retenir une interprétation constructive des dispositions du Code du patrimoine qui lui permette de déclarer celles-ci conformes aux articles 10 et 13 de la convention.

S'agissant de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme, comme le rappelait Anne Iljic dans ses conclusions, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'était pas vierge de précédant susceptible de servir de guide pour l'interprétation du droit français. Et la rapporteure publique de mentionner l'arrêt rendu en grande chambre le 8 novembre 2016 dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie* (CEDH, 8 nov. 2016, n° 18030/11) dans lequel la Cour avait notamment rappelé que « si l'article 10 n'accorde pas à l'individu un droit général d'accès à l'information détenue par toute autorité publique, un tel droit peut naître lorsque la divulgation des informations [...] est déterminante pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées », ainsi que la jurisprudence relative à l'accès aux sources documentaires originales à des fins historiques légitimes (CEDH, 26 mai 2009, n° 31475/05, Kenedi c/ Hongrie, § 43), et plus généralement celle qui bénéficie, pour l'application de l'article 10 de la convention, aux « chiens de garde » que sont notamment les chercheurs universitaires (CEDH, 26 mai 2009, n° 31475/05, Kenedi c/ Hongrie ; CEDH, 3 avr. 2012, n° 41723/06, Gillberg c/ Suède, § 93 ou encore CEDH, 8 juill. 1999, n°s 23536/94 et 24408/94, Başkaya et Okçuoglu c/ Turquie, § 61-67) ou les auteurs d'ouvrages portant sur des sujets d'intérêt public (CEDH, 29 juin 2004, n° 64915/01, Chauvy et a. c/ France, § 68 et s. ; CEDH, 22 oct. 2007, n°s 21279/02 et 36448/02, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France, § 48 et s.).

Cette jurisprudence militait assez nettement en faveur de la reconnaissance d'un droit d'accès aux archives, y compris celles sous protocole. La reconnaissance en droit interne d'un tel droit ne paraît pourtant pas avoir été retenue par le Conseil d'État directement au nom de l'application de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et du citoyen, mais seulement comme l'indique la décision commentée dégageant « à la lumière de celui-ci ».

Pour bien comprendre le raisonnement, il faut avoir à l'esprit que le litige de M. G. avait donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité qui avait conduit le Conseil constitutionnel à interpréter l'article L. 213-4 du Code du patrimoine comme ouvrant, au nom de l'article 15 de la Déclaration de 1789, une possibilité de consultation anticipée des archives sous protocole, notamment ceux conclus avant la promulgation de la loi du 15 juillet 2008 (Cons. const., 15 sept. 2017, n° 2017-655 QPC, pt 4). Ainsi, le principe même de l'accès aux archives devait déjà être regardé comme entendu au seul regard des exigences et de l'interprétation retenue en droit interne. Les modalités d'exercice de ce droit n'étaient pas précisées par la loi, notamment en ce qui concerne les archives antérieures à la loi de 2008, cependant, il est apparu que le Conseil d'État pouvait déterminer le cadre d'analyse sans avoir recours à la méthode qu'il pratique parfois consistant à incorporer dans la lecture du texte national les exigences

qui découlent de la convention européenne, permettant de confirmer la conventionalité des dispositions de droit interne (CE, sect., 3 juill. 1998, n° 158592, B., Lebon, p. 288, concl. Abraham R.). Nul besoin d'être aussi constructif en l'espèce affirma Anne Iljic, selon laquelle « la pesée entre l'intérêt légitime qui peut s'attacher à la consultation anticipée d'archives qui ne sont pas encore communicables et la préservation des intérêts que la loi a entendu protéger se présente comme un exercice suffisamment souple pour y incorporer l'ensemble des exigences découlant de l'article 10 de la convention », sans – c'est sous-entendu – avoir recours à une méthode d'interprétation trop constructive. C'est ainsi que le considérant de principe rappelé ci-dessus, sur la pesée des intérêts, s'est certainement écrit avec en tête l'ensemble des implications découlant de l'article 10 de la convention lue à l'aulne de la jurisprudence de la Cour, et l'idée que celles-ci imprégnaient le droit interne sans s'en distinguer véritablement. Il y a là une approche qui n'est pas nouvelle et que le Conseil d'État a déjà retenue, notamment dans la période récente (CE, ass., 24 déc. 2019, n° 427017, OFPRA c/ M^{me} B., Lebon, concl. Lallet A.), qui favorise une lecture des normes de droit interne qui en assure la conciliation avec les exigences conventionnelles dans la marge d'appréciation qui est celle du juge, garantissant ainsi l'harmonisation des droits et prévenant d'éventuelles condamnations.

De façon un peu plus discrète, l'article 13 de la convention européenne des droits de l'Homme a lui aussi pesé sur les choix opérés par le Conseil d'État dans la décision *G.*, s'agissant des modalités de contestation des éventuels refus d'accès aux archives sous protocole.

De ce point de vue, la décision commentée marque assurément un resserrement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir (cf, Malverti C., Beaufils C., « Archives présidentielles : guide des usages du protocole », AJDA 2020, p. 1416). S'inspirant du précédent de la décision du 29 juin 2011 (CE, 29 juin 2011, n° 335072, M^{me} R., lebon, p. 306) pour retenir le principe d'un recours contre les refus

d'autorisation de consultation anticipée des archives, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État s'en est écarté pour abandonner l'idée d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation et consacrer le contrôle normal du juge sur l'appréciation portée « dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine, sur la proportionnalité de la limitation qu'apporte à l'exercice du droit d'accès aux documents d'archives publiques le refus opposé à une demande de consultation anticipée, par dérogation au délai fixé par le protocole ». Parmi les considérations qui ont pesé dans ce revirement, l'on ne peut s'empêcher de penser, comme le relevait Anne Iljic, que l'article 13 de la convention n'ai pas pesé, d'autant que la Cour avait elle-même laissé entendre dans sa décision d'irrecevabilité, qu'elle serait attentive sur ce point. L'article 13 de la convention, qui s'accommode de l'existence du recours pour excès de pouvoir (CEDH, 8 févr. 2018, n° 22612/15, Charron et Merle-Monnet c/ France, § 21), impose en effet une certaine intensité de contrôle qui permette d'examiner sur le fond les griefs tirés de la convention, ce qui peut la conduire à sanctionner certaines législations qui offrent à l'administration une trop grande marge discrétionnaire d'appréciation (CEDH, 8 juill. 2003, n° 36022/97, Hatton c/ Royaume-Uni, § 141). Sans évoquer une évolution qui serait conduite « à la lumière de la convention » dont il n'est pas dit aujourd'hui qu'elle condamne en toute hypothèse l'exercice par le juge du contrôle restreint, la décision *G.* s'inscrit ici encore, par la solution qu'elle retient, très directement dans les pas de ceux de la Cour européenne des droits de l'Homme.

L'imprégnation par le juge national des exigences de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a ainsi dans la décision commentée été totale. Sans heurt ni construction audacieuse, elle donne, pour emprunter une dernière fois aux riches conclusions d'Anne Iljic, « sa pleine portée au principe de subsidiarité sur lequel repose le système de la convention ».