

AJDA 2009 p. 2358

Le droit au recours confronté au secret

Tatiana Grundler, Maître de conférences à l'université Paris-Ouest - Nanterre-La Défense

Le Conseil d'Etat était saisi par onze organisations associatives et syndicales, membres du collectif « Non à EDVIGE », d'un recours pour excès de pouvoir contre les deux décrets relatifs au fichier désigné sous l'acronyme CRISTINA (centralisation du renseignement intérieur pour la sécurité du territoire et des intérêts nationaux). Etaient ainsi contestés les deux textes réglementaires connexes que sont, d'une part, le décret portant création du fichier et, d'autre part, le décret du 27 juin 2008 le dispensant de publication au Journal officiel, en vertu de l'article 26 III de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Tirant les conséquences de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouve le juge d'opérer le contrôle d'un acte dont il n'a pas connaissance, le Conseil d'Etat a rendu, le 31 juillet 2009, une décision avant dire droit qui se veut équilibrée, alliant droit au recours et secret. A cette fin, le juge a ordonné à l'administration la communication de documents couverts par le secret, parce qu'indispensables à l'exercice de son contrôle, tout en excluant les documents visés de la procédure contradictoire.

Le droit au recours comme fondement d'une dérogation au secret

C'est au nom de l'effectivité du droit au recours que le juge administratif admet à son profit une entorse à la règle du secret.

Le droit au recours est un principe juridiquement protégé en tant que principe de valeur constitutionnelle qui trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cons. const. 21 janv. 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, décis. n° 93-335 DC) et dont le juge administratif assure le respect (CE 29 juill. 1998, *Syndicat des avocats de France*, n° 188715, Lebon 313 ; AJDA 1998. 1010 ) , sous le contrôle exigeant de la Cour européenne des droits de l'homme. Il implique en particulier l'accès à un tribunal de pleine juridiction, au sens de l'article 6§1 de la Conv. EDH, c'est-à-dire à un juge dont le contrôle ne doit pas s'avérer trop limité, sous peine de vider le droit au recours de sa substance (CEDH 28 juin 1990, *Obermeier c/ Autriche*, A. 179 § 70). Le secret, en ce qu'il empêche le juge de prendre connaissance de l'acte qu'il est chargé de contrôler, apparaît en contradiction avec l'effectivité du droit au recours ainsi entendu.

C'est pourquoi la haute juridiction demande, en l'espèce, un supplément d'instruction tendant à ce que lui soient transmis par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, dans le délai d'un mois, les documents couverts par le secret - au titre de la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique - mais indispensables à son appréciation du bien-fondé des moyens soulevés par les requérants. Le moyen considéré ici est celui tenant à la méconnaissance des règles de consultation du Conseil d'Etat. Le décret non publié étant un décret en Conseil d'Etat, il ne pouvait, rappellent les auteurs du recours, différer à la fois de la version présentée par le gouvernement au Conseil et de celle intégrant les modifications proposées par le Conseil pour avis (CE 2 mai 1990, *Joannides et autres*, n° 86662, Lebon 107 ; AJDA 1990. 729 ) .

Pour se prononcer sur un tel moyen le juge administratif exige donc que lui soient communiqués le décret attaqué, le projet de décret soumis au Conseil d'Etat ainsi que la minute de la section, la production de ces trois textes étant destinée à lui permettre d'effectuer l'analyse comparative qu'implique l'examen du moyen tiré de l'incompétence. S'agissant de cette liste, il peut paraître quelque peu surprenant que le Conseil d'Etat

demande à un membre du gouvernement communication du document retranscrivant les modifications qu'il a lui-même proposé d'apporter au projet, donc d'un document dont il est l'auteur, même si c'est dans une formation distincte. En réalité, il se plie aux exigences européennes du droit au procès équitable résultant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH relativement à la dualité fonctionnelle et poursuit ainsi la « désimbrication » des formations consultatives et des formations de jugement engagée avec le décret du 6 mars 2008 (v. J.-M. Sauvé, *Les réformes en cours au sein de la justice administrative*, Centre de recherche en droit administratif de l'université Paris II, p. 11, www.conseil-etat.fr/cde/media/document/Colloque18mai_reformesJA.pdf et P. Gonod, *Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ?*, AJDA 2008. 630 ).

Les injonctions d'instruction ne sont pas chose nouvelle dans le contentieux administratif. Il arrive que le juge demande communication de documents « susceptibles d'établir sa conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant » (CE 20 nov. 1936, *Couespel du Mesnil*, Lebon 485). Il peut d'ailleurs le faire par la voie administrative ou choisir, comme ici, la voie plus solennelle du jugement avant dire droit (CE 20 nov. 1968, *Ministre des armées c/ Anger*, n° 72431, Lebon 581 ). La particularité de la présente affaire tient néanmoins au fait que le document dont la connaissance est utile au juge pour trancher le litige est le texte attaqué, couvert par le secret.

Dans une matière proche, le Conseil d'Etat a déjà jugé que des documents en cours d'élaboration que l'administration refusait de communiquer à l'administré sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 devaient être remis à la juridiction (CE sect. 23 déc. 1988, *Banque de France c/ Huberschwiler*, n° 95310, Lebon 464 ; AJDA 1989. 99), afin précisément de la mettre en mesure de vérifier le caractère communicable ou non du document et, en conséquence, de se prononcer sur la légalité du refus de communication opposé à l'administré. Le juge a d'abord exclu de la catégorie des documents transmissibles ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi (« Il [lui] appartient de requérir des administrations compétentes la production de tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, à la seule exception de ceux qui son couverts par un secret garanti par la loi », CE 23 déc. 1988, *Banque de France*, préc.). Mais il a, par la suite, appliqué avec prudence cette jurisprudence à des documents couverts par le secret ou intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique (à propos du refus de la CNIL de procéder à des rectifications ou effacement d'informations concernant une personne inscrite au registre Schengen, v. CE ass. 6 nov. 2002, *Moon Sun Myung c/ CNIL*, Lebon 380 ; AJDA 2002. 1337 ; CE 27 févr. 2006, *Cherney*, n° 274928 , AJDA 2006. 1006). Soucieux de concilier l'information du juge et le secret, le Conseil a prévu que l'obligation de communication faite à l'administration, la CNIL en l'occurrence, ne concerne pas les documents couverts par le secret, mais « tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées et les raisons de leur exclusion, de façon à permettre au Conseil d'Etat de se prononcer en connaissance de cause sans porter, directement ou indirectement, atteinte aux secrets garantis par la loi ou imposés par des considérations tenant à la sûreté de l'Etat, à la défense et à la sécurité publique » (*Moon Sun Myung c/ CNIL*, préc.). Dans le présent litige, une telle subtilité était impossible pratiquement puisque c'est l'acte couvert par le secret qui voyait sa légalité contestée, sauf à laisser un blanc seing au gouvernement.

L'arrêt du 31 juillet 2009 innove donc en organisant, sur le fondement du droit au recours effectif, une dérogation au secret en la cantonnant au profit du seul juge, tenu, il est vrai, au secret professionnel. En effet, ce qui rend possible une telle extension de la jurisprudence antérieure, c'est l'exception au caractère contradictoire de l'instruction qui assortit la demande de communication de documents couverts par le secret, de sorte que celui-ci est préservé à l'égard de la partie qui s'oppose à l'administration.

Le secret comme limite au principe du contradictoire

Immédiatement après avoir rappelé le caractère contradictoire de la procédure, le juge administratif exclut son application dans le cas d'espèce « dès lors qu'une telle communication [de l'acte litigieux aux parties] priverait d'effet la dispense de publication ».

La contradiction, très tôt consacrée par le juge (CE 20 juin 1913, *Tery*, Lebon 736), érigée au rang des principes généraux du droit (CE 16 janv. 1976, *Gate*, n° 94150, Lebon 39 ) , figure désormais dans le code de justice administrative au titre des principes les plus fondamentaux du contentieux administratif. L'importance du caractère contradictoire de la procédure dans le procès administratif, au cours duquel un administré affronte la puissance publique, tient au fait que « c'est par l'organisation de la contradiction que l'on peut le mieux remédier à l'inégalité naturelle des parties » (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13e éd., 2008, p. 838). Aussi le juge considère-t-il le principe du contradictoire comme « une des garanties essentielles des justiciables » (CE 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, n° 01875, Lebon 370 ) , tendant à « assurer l'égalité des parties devant le juge » (CE 29 juill. 1998, *Mme Esclatine*, n° 179635, Lebon 320  ; AJDA 1999. 69 ). La contradiction se décline donc comme un droit des parties et une obligation pour le juge de ne pas avoir accès à des pièces non communiquées à celles-là (CE sect. 2 juin 1944, *Société des établissements Leprieur*, Lebon 161 ; CE ass. 13 déc. 1969, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, Lebon 645).

Toutefois, une dérogation avait déjà été apportée à ce principe dans le contentieux de la communication des documents administratifs (*Banque de France c/ Huberschwiller*, préc.). Le respect du caractère contradictoire de la procédure aurait alors eu pour conséquence de priver le litige d'objet. Il aurait en effet abouti à la transmission de documents que l'administration refusait de communiquer à l'administré, refus que ce dernier contestait devant le juge.

L'arrêt du 31 juillet 2009 étend cette jurisprudence au cas où la communication aux parties, sans priver le litige de son objet, réduirait à néant le secret. La solution de conciliation, qui avait prévalu dans l'arrêt *Cherney* (préc.) et qui consistait à offrir une latitude à l'administration dans la détermination des informations communicables, de façon à ce que le secret ne soit pas méconnu, permettant ainsi le respect du caractère contradictoire de l'instruction, n'était pas transposable au cas d'espèce. Le juge ne pouvait trancher le litige à partir d'éléments autres que le texte couvert par le secret.

C'est pourquoi, le Conseil d'Etat établit dans la présente décision une dérogation logique au principe du contradictoire dans l'hypothèse particulière où, d'une part, l'objet du litige exige que soient portés à la connaissance du juge des textes couverts par le secret et où, d'autre part, le respect du contradictoire priverait le secret de toute réalité : « Considérant que si le caractère contradictoire de la procédure fait obstacle [en principe] à ce qu'une décision juridictionnelle puisse être rendue sur la base de pièces dont une des parties n'aurait pu prendre connaissance, il en va nécessairement autrement, afin d'assurer l'effectivité du droit au recours, lorsque, comme en l'espèce, l'acte attaqué n'est pas publié ». Le Conseil s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence communautaire rendue à propos du contentieux des marchés publics, matière également couverte par le secret. S'interrogeant sur la notion de procès équitable au sens de l'article 6 CEDH, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer que, dans le cadre du contentieux de passation des marchés publics, le juge peut décider de ne pas transmettre aux parties certaines pièces versées au dossier pour assurer la protection du secret des affaires tout en les prenant en considération (CJCE 14 févr. 2008, *Varec SA c/ Belgique*, aff. C-450/06, Rec. I-581 ; AJDA 2008. 871 ). Pour permettre l'exercice d'un contrôle effectif, le Conseil d'Etat refuse donc que le secret opposable aux parties le soit au juge. Il fait ainsi prévaloir le droit au recours sur le secret tout en assurant simultanément la primauté de ce dernier sur la règle du contradictoire.

Deux remarques peuvent être évoquées en conclusion. La première concerne le fait que si cet arrêt constitue bien une avancée dans la recherche d'équilibre entre effectivité du droit au recours et garantie du secret, l'objectif n'est pas totalement atteint. En effet, comment le juge va-t-il pouvoir rendre une décision sur le fond sans révéler de secrets portés à sa connaissance ? Et, surtout, comment être convaincu de la réalité du droit au recours quand les requérants sont contraints de développer des moyens à l'appui de leur recours sans avoir eu connaissance du texte dont ils contestent la légalité ? La seconde remarque porte sur le fait que cet arrêt renseigne en creux sur la conception que retient le Conseil d'Etat du droit au procès équitable. Cette conception se traduit d'abord par la primauté accordée au droit au recours sur le principe du contradictoire, deux exigences du droit conventionnel européen :

plutôt que de garantir une protection absolue de la règle procédurale du contradictoire, le Conseil d'Etat préfère en préserver la philosophie en rendant une solution qui réduit le déséquilibre entre l'administration et les requérants auxquels on oppose le secret, en donnant au juge les moyens de contrôle de la légalité. Elle se caractérise ensuite par l'intérêt porté au principe d'impartialité. La « désimbrication » déjà mentionnée des fonctions consultative et contentieuse du Conseil d'Etat est ici renforcée. C'est là un autre apport utile de cet arrêt.

Mots clés :

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Pouvoir du juge * Instruction

 AJDA © Editions Dalloz 2010