



HAL
open science

”La distinction des fonctions administratives et politiques à l’aune du droit d’accès aux documents administratifs”, note ss CE, 3 juin 2022, n° 452218, Commune d’Arvillard

Christophe Testard

► **To cite this version:**

Christophe Testard. ”La distinction des fonctions administratives et politiques à l’aune du droit d’accès aux documents administratifs”, note ss CE, 3 juin 2022, n° 452218, Commune d’Arvillard. *La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2022, 36 (2248), pp.19. hal-03774975

HAL Id: hal-03774975

<https://uca.hal.science/hal-03774975>

Submitted on 12 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« La distinction des fonctions administratives et politiques à l'aune du droit d'accès aux documents administratifs »,

note ss CE, 3 juin 2022, n° 452218, *Commune d'Arvillard*

Christophe Testard

Professeur des universités, Université Clermont Auvergne, CMH (UPR 4232)

Solution : Dans sa décision du 3 juin 2022, le Conseil d'État qu'il appartient au juge du fond, saisi d'un recours contre un refus de communication de correspondances électroniques entre élus, de rechercher si celles-ci ont été émises ou reçues au nom de la commune ou si elles avaient pour objet d'exprimer des positions personnelles ou politiques. Ces dernières ne sauraient en effet être qualifiées de documents administratifs et relever ainsi du droit d'accès organisé par le CRPA.

Impact : Par sa décision, le Conseil d'État innove en faisant peser sur les juges du fond et, surtout, les collectivités, avant tout contentieux, le départ entre les documents qui révèlent une position prise au nom de la commune et ceux qui n'expriment qu'un avis personnel ou politique. Il impose une casuistique sans doute redoutable au regard de la nature essentiellement duale des fonctions des élus locaux, politiques et administratives.

Depuis des décennies, la doctrine de droit public a tenté de distinguer les fonctions administratives des fonctions politiques, avec un succès, il faut le reconnaître, très relatif. Reprenant la suite des réflexions de Jean Rivero en la matière, dans son manuel de droit administratif, Jean Waline résumait, sévèrement, l'état de la recherche : « *la distinction n'a pas de portée juridique* » (*Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 2020, 28^e éd., §6). Depuis la décision du Conseil d'État du 3 juin 2022, *Commune d'Arvillard*, l'affirmation n'est cependant plus vraie. Le juge administratif distingue désormais les documents administratifs, au sens du code des relations entre le public et l'administration, de ceux qui contiennent des « *positions prises dans le cadre du libre exercice* » d'un mandat électif. Autrement dit, voilà que se dessine, au niveau local au moins, un statut des documents que l'on peut qualifier de politiques.

Comme souvent, l'intérêt initial de l'affaire se porte dans les détails, dans le quotidien tracassier qui fait la richesse du contentieux administratif. Deux habitants de la commune savoyarde d'Arvillard ont demandé à leur premier édile qu'il leur communique, sur le fondement des articles L. 300-1 et suivants du CRPA, les informations portant sur des séances du conseil municipal où ont été abordées des délibérations relatives au projet de centrales hydroélectriques sur les ruisseaux du Bens et du Joudron. Á ce titre, les deux habitants espéraient notamment avoir accès à l'ensemble des échanges électroniques entre le maire et ses adjoints concernant la préparation desdites séances. Le maire a considéré cette demande comme abusive et refusé l'accès à ces informations. Dans un avis du 8 mars 2018 (n° 20175851), la Commission d'accès aux documents administratifs devait, à l'inverse, très succinctement, considérer la position du maire comme non fondée, d'une part, en l'absence de

caractère abusif de la demande et, d'autre part, en ce que les courriels concernés relevaient de la notion de document administratif communicable, sous réserve des limites tenant aux secrets protégés par la loi.

Le tribunal administratif de Grenoble, statuant en premier et dernier ressort devait faire droit à la requête en annulation de la décision de refus du maire dans un jugement du 5 mars 2021 : il juge en effet que, dans la mesure où les échanges électroniques entre le maire et ses adjoints concernaient des affaires communales soumises à délibération du conseil municipal, il s'agissait de correspondances produites dans le cadre d'une mission de service public et ainsi de documents administratifs au sens de l'article L. 300-2 du CRPA, susceptibles de faire l'objet d'une communication. En cassation, le Conseil d'État condamnait le raisonnement pour erreur de droit, faisant prévaloir une nouvelle grille de lecture, dont le caractère novateur vient rendre relativement injuste le motif de censure du juge de première instance. Le Conseil d'État devait en effet considérer qu'il appartient au juge du fond, saisi d'un litige portant sur la communication de correspondances entre élus locaux, de rechercher quelle est la nature de celles-ci et, en particulier, qu'il lui appartient de faire le départ entre les correspondances émises au nom de la collectivité et celles qui révèlent des positions personnelles ou qui sont prises dans le cadre du libre exercice d'un mandat électif : seules les premières sont communicables.

En posant les lignes de cette démarcation, sans en définir le contenu, le Conseil d'État invite à préciser les contours du droit à communication, qu'il considère désormais expressément comme contribuant à « *l'effectivité tant du droit de demander compte à tout agent public de son administration qu'à la liberté d'information* » (CE, 27 juin 2019, n° 427725). L'étendue de ce droit, si l'on en croit sa valeur, a ainsi vocation à être la plus large possible, même si elle ne saurait être absolue et porter atteinte, notamment, aux secrets protégés par la loi. Cette mise en valeur du droit à communication ne fait pourtant pas l'économie, comme le rappelle la décision commentée, d'une définition de ce qui constitue un « document administratif », critère unique de communicabilité. L'enjeu tient donc à la plus ou moins grande souplesse avec laquelle la notion est interprétée et c'est incontestablement le paradoxe, dont l'intérêt, de l'affaire commentée : la simplicité apparente des critères de qualification d'un document administratif n'empêche pas le Conseil d'État d'assumer la complexité du qualificatif « administratif ».

1. La simplicité apparente des critères d'un document administratif

La qualification de documents administratifs qui doit être opérée par l'administration et, en cas de litige, par la CADA ou le juge, fait primer le qualificatif au substantif. La notion, au sens du livre III du CRPA, est on ne peut plus accueillante et son application aux courriels incriminés ne posait guère de difficulté.

Les courriels sont des documents. Le CRPA dresse une liste des documents administratifs, non exhaustive, dans laquelle l'on trouve notamment les correspondances. Il ne

faut guère d'effort d'interprétation pour reconnaître qu'un échange de courriels constitue une correspondance, même si elle prend une forme dématérialisée. Ce dernier élément est en effet sans incidence sur la qualification, puisque la forme ou le support du document n'en sont pas un critère (par ex. CADA, avis 6 sept. 2018, n° 20181245), même si la demande doit permettre d'identifier formellement ledit document (CADA, avis 24 sept. 2020, n° 20202785). Le droit d'accès aux documents administratifs porte ainsi assez mal son nom, puisqu'il s'agit d'un droit d'accès à « *tout ensemble cohérent d'informations* » (A. Lallet, P. Nguyen Duy, « Communication des documents administratifs », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, mars 2021, § 64) quelle qu'en soit la forme. Cette mise au ban de l'exigence de formalisation du contenant, si elle permet une dilatation remarquable du droit d'accès, n'est cependant pas sans poser de problèmes, notamment lorsque, comme en l'espèce, les documents sont constitués par des courriels : la suppression d'une boîte mail, entraînant perte de son contenu devient une justification, habile, à un refus de communication pour défaut d'objet, ce qui a déjà été admis par la CADA (avis 23 sept. 2021, n° 20214989). Il faut ainsi garder à l'esprit avant de glorifier, ici et, surtout, ailleurs, la mise à l'écart de tout critère de formalisation que cette dernière est aussi un gage de conservation des documents et informations produits par l'administration, préalable nécessaire pour garantir l'effectivité du droit à l'information dans une société démocratique.

Dans le même sens, les courriels concernés, s'ils ont pour objet de préparer une décision administrative, en l'espèce des délibérations du conseil municipal, ne pouvaient non plus être considérés comme des documents préparatoires au sens de l'article L. 311-2 du CRPA, dès lors que cette qualification tombe dès l'instant où la décision administrative finale n'est plus en cours d'élaboration. Les courriels entre le maire et ses adjoints constituaient donc bien des documents achevés au sens du droit d'accès. La difficulté résidait en réalité dans le caractère administratif de ces documents.

Les courriels peuvent être des documents administratifs. Le qualificatif administratif est redoutable et se trouve au cœur de ce qui constitue les confins du droit idoine. Le droit d'accès aux documents administratifs apporte des réponses assez communément admises, qui n'étaient pas en débat en l'espèce. On pense en particulier à l'absence de portée du critère organique, un document administratif pouvant émaner d'une personne publique comme privée. Le législateur a fait le choix de retenir un critère matériel tenant à la production du document dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public (avec une exception, tenant à la gestion du domaine privé de l'État et des collectivités territoriales, laquelle donne également lieu à production de documents administratifs : art. L. 300-3 du CRPA). Ce critère est généralement jugé peu discriminant pour les personnes publiques, dès lors que leurs activités sont dominées par l'intérêt général, lequel écrase lui-même le service public.

La question nous semble pourtant beaucoup moins simpliste que le laisse croire l'assimilation, abusive, faite par le législateur entre le caractère administratif d'un document et son inscription dans le cadre d'un service public. Car, en réalité, un document peut être produit dans un tel cadre et ne pas être administratif (l'inverse est vrai, on a cité l'exemple de la gestion du domaine privé). L'exemple topique est celui de la fonction de juger : si on peut difficilement lui dénier la nature de service public, le Conseil d'État juge que les actes qui ne

peuvent s'en détacher ne sont pas des documents administratifs (CE, 7 mai 2010, n° 303168). L'exclusion législative des documents produits par les assemblées parlementaires (art. L. 300-2 CRPA) ne se situe pas sur le même plan. Elle concerne le champ d'application du régime général du droit d'accès, ces documents étant soumis à un régime d'accès spécifique, qui n'obère pas leur possible qualification de documents administratifs : les assemblées, comme les juridictions, sont aussi des administrations, titulaires d'une fonction administrative, bien qu'elles exercent principalement une fonction législative. L'enjeu est davantage ici celui de la séparation des pouvoirs, ce qui permet de faire un retour à l'affaire commentée, laquelle s'avère plus complexe que de prime abord.

2. La complexité assumée du caractère administratif d'un document

En l'espèce, les documents dont la communication était requise consistaient en des échanges électroniques entre le maire et ses adjoints : s'agissait-il de documents produits ou reçus dans le cadre de sa mission de service public par la commune ? L'interrogation en ouvre, en cascade, toute une série : à partir de quel moment un acte émanant d'un agent ou d'un élu doit-il être considéré produit « par » la collectivité ? Comment définir les contours des missions de service public de cette dernière ?

Le Conseil d'État devait répondre à ces périlleuses interrogations en deux temps. D'abord, il indique que « *seules les correspondances émises ou reçues, dans le cadre des fonctions exercées au nom de la commune, par le maire, ses adjoints ou les membres du conseil municipal auxquels le maire a délégué une partie de ses fonctions* » peuvent être considérées comme des documents administratifs. La formule de la juridiction emporte, globalement, la conviction : elle permet à la fois de détacher les comportements individuels de ceux qui engagent la commune mais aussi de rappeler que tous les élus d'une collectivité ne s'expriment pas au nom de celle-ci. On doit cependant lui reconnaître deux faiblesses, toutes deux portées sur la mention des « *fonctions exercées au nom de la commune* » (nous soulignons). La première critique est liée au fait que l'on sait que toutes les compétences du maire ne sont pas exercées *au nom de* la commune, certaines l'étant pour le compte de l'État : une correspondance se rattachant à ces compétences devrait-elle alors être exclue de la notion de document administratif ? Tel n'est évidemment pas le cas, rendant la formule utilisée par le Conseil d'État trop restrictive. La seconde critique tient à ce que la référence aux fonctions exercées *au nom de* la commune n'est rien moins d'une substitution de critère opérée par le juge, au regard de celui utilisé par le législateur, déjà abordé : le service public. Cette fois-ci, la formule mobilisée pêche par excès, dès lors que toutes les fonctions communales ne sont pas nécessairement de service public. Même si cela relève de sa jurisprudence constante, il est malvenu que le Conseil d'État n'ait pas fait mention ici du critère légal du service public.

Mais la première partie du considérant appelait des précisions, sous forme d'exceptions, ce à quoi s'est livré ensuite le Conseil d'État, dans une formule qui constitue à n'en pas douter le cœur de la décision. Le juge estime en effet que ne sauraient être qualifiées de documents administratifs les « *correspondances des élus locaux qui ne peuvent être regardées comme émanant de la commune dès lors qu'elles expriment, notamment, des*

positions personnelles ou des positions prises dans le cadre du libre exercice de leur mandat électif ». De nouveau, le Conseil d'État se réfère à cette idée de documents émanant ou non de la commune et non aux documents qui ne s'inscriraient pas dans une mission de service public : la critique en a été faite et l'on n'y revient pas. Ce qu'il faut relever ici tient à ce que le juge administratif livre deux exemples ou deux catégories de documents qui ne doivent pas être imputés à la collectivité : ceux qui expriment soit une opinion personnelle soit une position prise dans le cadre du libre exercice du mandat électoral. On remarquera d'abord que la juridiction place un « ou » entre ces deux types d'expression, là où le rapporteur public incitait plutôt à un « et » : « *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* » (concl. disponibles sur ArianeWeb). Il est heureux que le Conseil d'État ait opté pour l'alternative plutôt que la conjonction car il nous semble que les élus peuvent correspondre entre eux en exprimant des positions si l'on ose dire « purement » personnelles : il s'agit de préserver les femmes et les hommes qui se trouvent, nécessairement, derrière les administrateurs élus.

En revanche, la véritable novation se situe dans le second exemple pris par le Conseil d'État de documents n'émanant pas de la commune, échappant par suite à la qualification de documents administratifs : ceux qui expriment des positions prises dans le cadre du libre exercice d'un mandat électif. La formule est volontairement sibylline et la juridiction met ici le doigt sur l'une des spécificités des fonctions administratives locales : elles sont assumées par des autorités élues. S'ils sont les administrateurs des collectivités locales, « *les élus sont [...] des élus (sic)* » (concl. *préc.*), cette tautologie exprimant bien la double nature de ces fonctions, administratives et politiques. Le pavé dans la marre que jette le Conseil d'État consisterait ni plus ni moins qu'à attribuer une portée juridique à cette distinction, ce qu'une partie de la doctrine, on l'a dit, conteste.

L'ambition du Conseil d'État ne semble pourtant pas si forte, tant ce serait ouvrir une véritable boîte de Pandore. Car la querelle sur la ou les fonctions de l'administration est ancienne et a été remarquablement analysée, dans ses développements historiques, par Pierre Serrand (« Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Juspoliticum*, juil. 2010). Grossièrement résumée, elle naît sur les cendres du légicentrisme et la montée en puissance d'un pouvoir exécutif qui non seulement administre mais aussi gouverne. Les auteurs se disputent alors sur ce qui fonde la distinction entre fonction administrative et gouvernementale. Et l'un des critères utilisés est bien la nature politique du pouvoir gouvernemental, là où le pouvoir administratif se contente... d'administrer ! Les auteurs ont répondu en ordre dispersé sur ce que recoupe cette fonction politique, jusqu'à ce que Georges Vedel, Louis Favoreu ou encore Charles Enseimann, entre autres et chacun de leur côté, démontrent l'inopérance, voire l'incohérence de la distinction. Mais ce que propose le Conseil d'État ne semble pas si ambitieux au plan théorique : il n'utilise pas immédiatement la notion de correspondances *politiques* mais celle-ci arrive tout de même *in fine*. Le rapporteur public hésite moins à évoquer l'activité « *purement politique* » des élus, laquelle ne se rattache pas à leurs activités administratives. Il renvoie alors aux activités partisans des élus locaux. Mais il évoque également, comme correspondant précisément à l'affaire en cause, cette « *zone*

intermédiaire entre le politique et l'administratif», dont l'exemple est celui de l'organisation d'un conseil municipal. Ce dernier produit des délibérations, documents – et même actes – administratifs relevant de l'activité administrative ; mais il est aussi « *le lieu d'une délibération* » politique, puisque la décision est le résultat de compromis, de stratégies discutées en amont entre élus, acteurs politiques qui composent le conseil municipal. Et ainsi, les correspondances qui évoquent ou organisent ces rapports de force ne relèveraient pas de la fonction administrative mais de la fonction politique.

Cette position interroge, à plusieurs titres. D'abord, sur un plan très pragmatique, elle renvoie la distinction au cas par cas entre les correspondances qui sont des documents administratifs et celles qui ne le sont pas aux juges du fond, qui vont devoir se livrer à une véritable casuistique. Le Conseil d'État en l'espèce annule, pour erreur de droit, le jugement en ce que le tribunal administratif de Grenoble n'avait pas recherché la nature des correspondances en cause et lui renvoie l'affaire. La jurisprudence locale fera ainsi émerger des indices et critères permettant de qualifier ce qui relève d'une correspondance personnelle ou politique.

Ensuite, sur un plan plus théorique, la décision du Conseil d'État prône une séparation du public et du privé, sans doute plus complexe qu'un considérant de principe relativement concis. Faut-il considérer qu'une position politique, exprimée par un élu local, ne relève jamais des affaires de la collectivité ? Car plus profondément, le juge administratif promeut ici une frontière étanche et lisible entre représentation et administration, laquelle n'est pourtant pas si évidente. Le maire d'une commune qui prend par exemple une position politique et même partisane au sein du conseil de l'intercommunalité dont sa commune est membre ne s'exprime-t-il pas *au nom de* celle-ci, dont il représente les intérêts ? La distinction proposée par le Conseil d'État vient se confronter avec la position essentiellement duale des élus locaux, qui exercent à la fois et souvent en même temps une fonction de représentation et d'administration.

Enfin, ceci découlant de cela, la position du Conseil d'État conduit à une interrogation sur la place des collectivités locales dans la répartition – pour ne pas dire la séparation – des pouvoirs étatiques. Là encore, telle n'était sans doute pas l'ambition initiale, mais en réaffirmant la nature politique des collectivités locales, à côté de leur nature administrative, le Conseil d'État place ces dernières du côté de la fonction gouvernementale et plus seulement administrative. Autrement dit, il impose de penser, comme l'y invite depuis plusieurs années la doctrine (not. J.-B. Auby, J.-Fr. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, PUF, 2015, 6^e éd., p. 121 ; N. Kada, « Les exécutifs locaux, une définition juridique entre unité et diversité », *RFAP* 2015, n° 154, p. 351), la séparation des pouvoirs à l'échelle locale et plus seulement étatique. La tentation est alors grande de procéder par mimétisme : si l'on ne qualifie pas les assemblées délibérantes de pouvoir législatif, le maire, le président du conseil départemental ou régional sont bien affublés du titre d'exécutif local. La décision du Conseil d'État, éclairée par les conclusions de son rapporteur public, apporte une pierre à l'édifice : en insistant sur l'idée de délibération et de politique qui échoit aux élus locaux, elle les place du côté de la fonction gouvernementale, davantage qu'administrative. On se souvient en effet des mots de Siéyès : « *le pouvoir exécutif est tout action, le gouvernement est tout pensée ; celui-*

ci admet la délibération, l'autre l'exclut à tous les degrés de son échelle, sans exceptions » (nous soulignons). Qu'est un conseil municipal sinon le lieu de la pensée et de la délibération des affaires de la collectivité ? Dès lors, sa préparation relève d'une fonction qui n'est pas administrative mais politique. On voit bien cependant les excès d'un tel raisonnement : toutes les activités du conseil municipal ne sont pas d'ordre politique, par application cette fois-ci d'un critère que Pierre Serrand (*préc.*) qualifie de hiérarchique et qui tend à ne conférer le caractère politique qu'aux affaires les plus importantes, hors de la gestion quotidienne.

En définitive, le Conseil d'État distinguant les correspondances qui sont exercées au nom de la collectivité de celles qui expriment une opinion personnelle ou politique livre une grille de lecture qui sera délicate à manier pour les administrations saisies de demandes de communication. Mais en réalité, la question peut-être la plus fondamentale à se poser du point de vue du droit d'accès aux documents demeure celle de savoir si, en opportunité, les documents de nature politique doivent échapper au principe de transparence ? En posant la question, évidemment, nous y répondons mais il revient au seul législateur de le faire légitimement et... politiquement !