

Journée des opérateurs

Actualité juridique

L'actualité, toujours très dense, a été marquée par plusieurs textes touchant directement notre fonctionnement. Il faut souligner notamment les liens très forts avec le numérique qui est désormais au cœur du monde archivistique.

1/Loi Liberté de la création, architecture et patrimoine (LCAP) et projet de décret

La loi LCAP a été votée le 7 juillet 2016.

- Elle précise la définition des archives, en y inscrivant le terme "données" afin d'affirmer explicitement l'appartenance des données numériques au champ des archives (article 59).

- Elle élargit le champ des archives publiques en y réintégrant, avec effet rétroactif, l'ensemble des archives des personnes publiques (article 65). Depuis l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009, les archives des personnes publiques produites hors mission de service public n'avaient plus le statut d'archives publiques et ne bénéficiaient donc plus des garanties que cette qualité confère (contrôle des éliminations, collecte ou encore droit d'accès). Sont ainsi notamment réintégrés dans le périmètre des archives publiques les dossiers de gestion du domaine privé des personnes publiques (forêts domaniales, parcs de logements, chemin ruraux, etc.) ainsi que l'ensemble des archives des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) dont une partie seulement revêtait le caractère d'archives publiques depuis 2009.

- Elle offre la possibilité de mutualiser la conservation des archives numériques entre services publics d'archives, afin de faciliter l'acquisition et la maintenance de systèmes d'archivage numérique (article 60). Les conditions de mise en oeuvre de cette disposition seront précisées par décret en Conseil d'Etat.

- Enfin, elle comporte des dispositions sur l'interdire d'accès à une salle de lecture à des personnes poursuivies pour vol ou dégradation d'archives, sur les archives communales et sur les archives privées classées.

La loi habilite par ailleurs le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour adapter les dispositions législatives relatives au patrimoine aux territoires d'outre-mer (article 96). Cette ordonnance permettra notamment de renforcer le cadre juridique applicable en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française où quasiment aucun article du livre II du code du patrimoine ne s'applique aujourd'hui.

Le décret d'application de la loi LCAP pour les archives paraîtra en principe en janvier 2017. Il doit passer avant devant le Conseil national d'évaluation des normes et devant le Conseil d'État. Pour la mutualisation des archives numériques entre services publics d'archives, le décret va définir ce qu'on entend par « service public d'archives » et les conditions de mutualisation. L'objectif est de rester souple dans ces conditions afin d'être le plus adaptable possible aux réalités du terrain (mise en commun d'infrastructures ou de tout autre moyen humain, matériel, logiciel, ou financier). La convention qui sera conclue entre les parties pourra prévoir des contre-parties financières. Le système d'archivage électronique devra répondre aux normes, standards et exigences conformes à l'état de l'art.

2/ Règlement général sur la protection des données

Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données va remplacer directive de 1995/46/CE transcrite en 2004 dans la loi 78-17 dite Informatique et libertés. Ce règlement, aboutissement d'un long travail de négociations mis en œuvre depuis 2012, s'appliquera à partir du 25 mai 2018.

Pour la première fois, un texte européen donne une définition d'un service d'archives : "Les autorités publiques ou les organismes publics ou privés qui conservent des archives dans l'intérêt public devraient être des services qui, en vertu du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, ont l'obligation légale de collecter, de conserver, d'évaluer, d'organiser, de décrire, de communiquer, de mettre en valeur, de diffuser des archives qui sont à conserver à titre définitif dans l'intérêt public général et d'y donner accès" (considérant 158).

Il introduit de la notion de "traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public", pour lesquels une dérogation au droit à l'effacement (droit à l'oubli, art 17) est de droit. D'autres dérogations par rapport aux obligations auxquelles les responsables de traitement sont en principe soumis peuvent également être prévues par le droit des États membres (rectification, consentement de l'intéressé notamment), afin de garantir la conservation de sources non altérées. D'ici 2018 le droit national devra donc être modifié pour introduire ces dérogations. Il conviendra également de définir les « garanties appropriées » auquel l'article sur les traitements archivistiques renvoie (mesures organisationnelles et normatives) et de rédiger un code de conduite pour les services d'archives, en principe au niveau européen.

3/ Loi Valter (28 décembre 2015) et loi pour une République numérique (7 octobre 2016)

a/ mesures hors réutilisation (Loi pour une République numérique n°2016-1321 du 7 octobre 2016)

Parmi de très nombreuses dispositions, la loi pour une République numérique porte tout d'abord obligation de publication sur Internet de larges catégories de documents administratifs (donc d'archives publiques), lorsqu'ils existent sous forme numérique et sont librement communicables. Les administrations et les collectivités territoriales de plus de 3500 habitants, ainsi que les personnes privées chargées d'une mission de service public sont en effet tenues de publier sur Internet, « dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé » les documents communiqués au titre du droit d'accès prévu par le code des relations entre le public et l'administration (CRPA ; anciennement loi n°78-753 du 17 juillet 1978, dite loi CADA), les bases de données, les données qui présentent un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental. L'obligation de diffusion en ligne deviendra effective à l'issue des délais fixés par la loi et par décret, qui s'échelonnent de six mois à deux ans maximum à compter de la date de promulgation de la loi, selon les catégories de documents.

Cette obligation de diffusion en ligne est cependant assortie de deux exceptions. La première concerne les documents qui comportent des données à caractère personnel, c'est-à-dire des informations directement ou indirectement identifiantes relatives à des personnes vivantes ou qui pourraient avoir des conséquences pour des personnes vivantes. Ce texte inscrit ainsi au niveau législatif le principe général d'interdiction de diffusion sur Internet des documents qui comportent des données à caractère personnel, même s'ils sont librement communicables au regard du CRPA et du code du patrimoine. La loi prévoit cependant des dérogations à ce principe et un décret listera les catégories de documents comportant des données à caractère personnel qui pourront être diffusés sur Internet. Ce décret devrait se substituer aux autorisations de publication en ligne de documents aujourd'hui délivrées par la CNIL (telle l'autorisation unique AU 029) et/ou organiser l'articulation

avec celles-ci. La seconde exception concerne les archives définitives (la charge d'une obligation de mise en ligne a été jugée par le législateur disproportionnée).

La loi pour une République numérique complète par ailleurs le dispositif d'accès par dérogation aux archives publiques. Elle offre la possibilité, aux services détenteurs de bases données ou à l'administration des archives (service interministériel des archives de France ou, pour leurs départements ministériels respectifs, direction des archives diplomatiques et direction de la mémoire, du patrimoine et des archives de la défense), de solliciter l'avis du comité du secret statistique lors de demandes d'accès par dérogation à des bases de données dans le cadre de recherches ou d'études présentant un intérêt public. Cette disposition, qui sera précisée par décret, a pour objectif de faciliter l'obtention de dérogations pour l'accès à certaines grandes bases de données nominatives (données de sécurité sociale par exemple), qui n'aboutissaient jusqu'à présent quasiment jamais faute d'accord du producteur.

Par ailleurs, la loi précise par ailleurs que l'article 226-13 du Code pénal, relatif au secret professionnel, n'est pas applicable à la procédure d'ouverture anticipée des archives par dérogation. La décision de communication des archives délie l'agent public du secret professionnel auquel il est communément astreint. L'article L. 213-3 du Code du patrimoine déliait déjà l'agent public du secret professionnel, mais de manière implicite. Il a paru utile au législateur d'inscrire explicitement dans la loi l'articulation entre le code du patrimoine et le code pénal en la matière afin de lever toute incertitude, qui pouvait avoir pour conséquence des refus d'ouverture anticipée.

Enfin, la loi introduit un « droit à l'oubli » pour les données à caractère personnel relatives à des mineurs et permet également aux personnes de décider, par des « directives », du sort, après leur décès, des données les concernant. En cohérence avec le règlement général sur la protection des données, la loi pour une République numérique reconnaît une exception archivistique au droit à l'oubli. L'inscription de cette exception était nécessaire dans la mesure où le règlement européen, qui sera d'application immédiate, n'entrera en vigueur, avec ses exceptions, que le 25 mai 2018. Sans exception expresse dans la loi pour une République numérique, le droit à l'oubli se serait imposé aux archivistes entre la promulgation de cette loi et l'entrée en vigueur du règlement européen.

b/ Réutilisation

Deux lois récentes concernent la question de la réutilisation des informations publiques : la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, dite loi Valter, et la loi pour une République numérique, portée par Axelle Lemaire. L'ensemble des dispositions législatives et réglementaires relatives à la réutilisation sont désormais codifiées dans le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) dont elles constituent le titre II du livre III, qui se substitue à la loi du 17 juillet 1978 dite loi CADA.

Ces deux lois élargissent tout d'abord le champ d'application du droit de la réutilisation. Désormais, les établissements et services culturels (donc les services d'archives) et les établissements d'enseignement et de recherche relèvent du droit commun de la réutilisation (alors qu'ils appartenaient auparavant au périmètre dérogatoire défini à l'ancien article 11 de la loi CADA). Les informations produites dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel et commercial rejoignent également le champ d'application du droit de la réutilisation alors qu'elles en étaient précédemment exclues.

Le nouveau régime pose ensuite le principe de la gratuité de la réutilisation, changement fondamental par rapport aux textes antérieurs. La tarification devient l'exception et n'est autorisée que dans deux cas : lorsque les administrations sont tenues de couvrir par des recettes propres une

part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public (25 % minimum)¹; lorsque la réutilisation porte sur « des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, y compris des bibliothèques universitaires, des musées et des archives et, le cas échéant, sur des informations qui y sont associées lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement ». C'est cette exception qui concerne le réseau des services publics d'archives.

Les modalités de calcul des redevances ont été précisées par le décret n° 2016-1036 du 28 juillet 2016.

Afin de favoriser la réutilisation, la loi pour une République numérique dispose également que le droit *sui generis* des producteurs de bases de données (art. L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle) ne peut faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que les administrations publient. Désormais, les administrations et les collectivités ne pourront plus invoquer le droit des producteurs de bases de données pour refuser, en réponse à une demande de réutilisation, la mise à disposition de documents publiés. Seules échappent à cette nouvelle disposition les bases de données produites dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence.

Enfin, le législateur a révisé les conditions de réutilisation des documents comportant des données à caractère personnel. Le détenteur des documents n'a désormais plus de formalités à accomplir préalablement à la délivrance des licences de réutilisation (vérification d'une autorisation de la CNIL, de l'existence d'une disposition législative ou réglementaire spécifique, anonymisation ou recueil du consentement des personnes). La responsabilité du respect de la loi Informatique et Libertés incombe au réutilisateur. Les services d'archives, tenus de satisfaire les demandes faites au titre du droit d'accès, donc de remettre, le cas échéant, des copies des documents dès lors qu'ils sont librement communicables, ne pourront pas être tenus pour responsables du non-respect par le réutilisateur des obligations prévues par la loi Informatique et Libertés. Ils devront en revanche faire figurer dans les nouvelles licences l'obligation qu'a le réutilisateur d'accomplir, le cas échéant, les formalités nécessaires auprès de la CNIL.

Le changement substantiel du régime juridique de la réutilisation impose la révision des licences adoptées par ou pour les services d'archives. Les nouvelles licences seront plus simples du fait de l'évolution du droit. Il ne sera d'ailleurs plus nécessaire de les accompagner de règlements. La simplification du droit de la réutilisation, et en particulier la fin du régime dérogatoire des services culturels, rend désormais leur élaboration inutile.

Quant aux éventuels coûts de réutilisation, ils sont désormais très encadrés, les textes établissant un « plafond » annuel. Le montant total annuel des redevances ne pourra en effet pas dépasser le cumul de quatre coûts : les coûts de numérisation (moyenne annuelle calculée, au maximum, sur les dix années précédentes) ; les coûts de conservation des fichiers-images et de leurs métadonnées (moyenne annuelle calculée sur les trois années précédentes) ; les coûts de diffusion sur Internet (moyenne annuelle calculée sur les trois années précédentes) ; les coûts de mise à disposition du réutilisateur (extraction des données, copie...), déterminés au cas par cas car variables d'une demande à l'autre. Le montant des coûts peut aussi englober les éventuels coûts d'acquisition des droits de propriété intellectuelle et d'anonymisation.

4/ Droit de la preuve (ordonnance portant réforme du droit des contrats)

1 Cette disposition vise des organismes comme l'IGN ou Météo France.

L'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée le 10 février 2016 . Le Service interministériel des Archives de France a été étroitement associé à sa rédaction.

Cette ordonnance refond les anciens articles 1316 et suivants du Code civil qui étaient venus reconnaître la valeur probante d'un écrit numérique lors de l'adoption de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000. La teneur de ces articles n'est pas modifiée fondamentalement, mais leur numérotation change : il s'agit dorénavant des articles 1365 et suivants.

Une modification majeure a été introduite par l'article 1379 du Code civil (ancien article 1348) : il reconnaît désormais pleinement la valeur probante d'une copie fiable, quel qu'en soit le support. Si la fiabilité est de manière générale laissée à l'appréciation du juge, il est prévu qu' « est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État. » La fiabilité d'une copie est donc liée à la fidélité à l'original d'une part, et à la notion de durabilité dans le temps d'autre part. Le renvoi à un décret en Conseil d'État pour la définition des caractéristiques techniques a pour but de permettre de s'adapter facilement aux évolutions technologiques à venir. L'archivage électronique deviendra donc une condition nécessaire pour envisager la destruction anticipée de documents papier après leur numérisation.

5/ Référentiel général d'interopérabilité (RGI)

La nouvelle version du Référentiel général d'interopérabilité (RGI) a été approuvée par arrêté du 20 avril 2016. Pour rappel, l'objet du RGI est de fixer les règles d'architecture et de formats pour les systèmes informatiques publics afin de garantir leur interopérabilité.

Cette nouvelle version, qui est d'application immédiate pour l'ensemble des autorités administratives, est le résultat d'un travail collaboratif piloté par la direction interministérielle du numérique et des systèmes d'information et de communication (DINSIC), auquel ont participé les Archives de France, en lien avec l'équipe projet du programme interministériel VITAM. Plutôt que de dresser une simple liste des standards recommandés, le nouveau RGI identifie 9 profils d'interopérabilité correspondant à des cas d'usage, dont un profil d'archivage numérique.