



Avis n° 06/2010 du 3 février 2010

Objet : avant-projet de décret relatif à l'archivage administratif

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après LVP), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis de Monsieur G. Bourgeois, Ministre flamand des Affaires administratives, des Affaires intérieures, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande, reçue le 21/12/2009 ;

Vu le rapport de Monsieur Willem Debeuckelaere, Président ;

Émet, le 03/02/2010, l'avis suivant :

I. OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Monsieur Geert Bourgeois, Ministre flamand des Affaires administratives, des Affaires intérieures, de l'Intégration civique, du Tourisme et de la Périphérie flamande sollicite l'avis de la Commission au sujet d'un avant-projet de décret relatif à l'archivage administratif.
2. Tant que les Communautés et les Régions ne font pas usage de leur compétence en matière d'archives, la loi du 24 juin 1955 *relative aux archives* reste d'application (article 94 de la loi *spéciale de réformes institutionnelles* du 8 août 1980). Le présent avant-projet de décret implique l'abrogation de la loi du 24 juin 1955 *relative aux archives*, du moins pour les instances de la Communauté flamande et de la Région flamande qui relèvent de son champ d'application.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

Remarques préalables

3. Avant que ne soient abordés les aspects concrets, l'avant-projet de décret soulève un éventuel problème de compétence. Il n'appartient pas à la Commission de trancher ce problème, mais elle doit au moins examiner le problème à la lumière du principe de légalité, tel que défini à l'article 8 de la CEDH, à l'article 22 de la Constitution et dans la LVP elle-même (en particulier à l'article 5 de la LVP). Une norme légale édictée par une assemblée parlementaire qui n'est pas compétente à cet effet ne respecte pas le principe de légalité dans la mesure où la compétence a été outrepassée. Le Conseil d'État a précisé dans plusieurs avis que la compétence en matière d'archivage était partagée et que la juste délimitation des compétences mutuelles était une matière complexe¹. L'avis ci-après de la Commission est émis sous réserve de l'établissement des compétences par le Conseil d'État et, le cas échéant, par la Cour constitutionnelle.
4. Toutefois, la Commission constate que, dans un avis rendu en chambres réunies², plusieurs fois et encore récemment confirmé, le Conseil d'État a indiqué que "*la loi sur les Archives générales du Royaume, référence qui vise manifestement les matières faisant l'objet de la loi du 24 juin 1995 relative aux archives, continue, par dérogation à la compétence*

¹ Avis relatif à la proposition de loi abrogeant la loi du 24 juin 1955 *relative aux archives* et portant organisation des archives belges, Doc. Parl. Chambre 1991-1992, n° 462/2, 16 ; avis relatif à la proposition de loi relative aux archives, Doc. Parl. Chambre 1992-1993, n° 1041/2 ; avis relatif à la proposition de loi relative aux archives, Doc. Parl. Sénat 1991-1992, n° 233/3 ; avis relatif à la proposition de loi relative aux archives, Doc. Parl. Chambre 1995-1996, n° 258/4 ; avis relatif à l'avant-projet de décret concernant les archives publiques, Doc. Parl. Parlement wallon 2000-2001, n° 271/1, 7-9 ; avis relatif au projet de loi du 3 février 2009 portant des dispositions diverses (I), Doc. Parl. Chambre 2008-2009, n° 1786/001, 174-175.

² Avis 25.317/VR du 8 janvier 1997 (Doc. Parl. Chambre 95-96, n° 258/4). Confirmé récemment : avis concernant le projet de loi du 3 février 2009 portant des dispositions diverses (I), Doc. Parl. Chambre 2008-2009, n° 1786/001, 174-175.

communautaire, de relever du pouvoir national". Les communautés sont par ailleurs compétentes lorsqu'il s'agit "*de documents qu'il y a lieu de considérer comme appartenant au patrimoine culturel au sens de l'article 4, 4° de la loi spéciale du 8 août 1980*". La Commission note également que le Parlement wallon a adopté un décret *relatif aux archives publiques* (décret du 6 décembre 2001), mais sans abroger la loi du 24 juin 1955. La compatibilité entre les deux normes a été constatée dans la mesure où la loi de 1955 imposait à l'époque le transfert des documents aux Archives générales du Royaume 100 ans après leur production et le décret wallon organisait un archivage 30 ans après la production (nécessairement en l'attente de l'archivage général). La situation en Région wallonne peut au demeurant être affectée par un doute éventuel sur la compétence, puisque depuis 2009, l'archivage général est imposé 30 ans après la production des documents, ce qui pourrait rendre le décret wallon sans objet.

Applicabilité de la LVP aux archives

5. Par définition, l'archivage ne fait pas partie du champ d'application de la LVP. Ce n'est le cas que s'il est question de traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 1, § 1 de la LVP. Tout traitement automatisé en tout ou en partie relève du champ d'application de la LVP, conformément à l'article 3, § 1 de la LVP. Il peut en être question dans le registre central automatisé de documents d'archives à conserver en permanence, mais également dans l'établissement de listes de sélection et dans la gestion de documents d'archives eux-mêmes.

Le traitement non automatisé de données à caractère personnel relève du champ d'application de la LVP pour autant que les données à caractère personnel soient contenues ou appelées à figurer dans un fichier (article 3, § 1 de la LVP). Par "fichier", on entend "*tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique*" (article 1, § 3 de la LVP).

6. L'applicabilité de la LVP doit toujours être analysée au cas par cas, eu égard au contenu des documents d'archives et à la manière dont ils sont reçus, acquis, établis et gérés. Il est clair que l'archivage peut impliquer un traitement de données à caractère personnel auquel s'applique la LVP.

Admissibilité du traitement

7. Le traitement de données à caractère personnel est admissible notamment "*lorsqu'il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance*" (article 5, c) de la LVP) et "*lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées*" (article 5, e) de la LVP).
8. Le décret en projet offre une base légale pour la sélection de documents pour une conservation permanente, leur diffusion et l'accès à ceux-ci. La base pour la création et/ou la réception du document d'archives – y compris le traitement de données à caractère personnel qui l'accompagne le cas échéant – se situe dans le cadre légal dans lequel chaque responsable opère et dans les missions qui lui sont confiées.
9. La Commission constate à cet égard que l'avant-projet de décret relatif aux archives apporte deux modifications fondamentales au décret du 26 mars 2004 *relatif à la publicité de l'administration* (ci-après le décret relatif à la publicité). D'une part, le champ d'application du décret relatif à la publicité est implicitement élargi aux juridictions administratives, sans pour autant abroger l'article 3, 1^o, 2^e alinéa et 2^o, 2^e alinéa du décret relatif à la publicité – qui exclut le pouvoir exécutif pour autant qu'il intervienne en matière judiciaire – (article 14, § 1 de l'avant-projet de décret). D'après l'exposé des motifs, les documents de juridictions administratives sont les seules catégories de documents d'archives au sens de l'avant-projet qui ne sont pas déjà des documents administratifs au sens du décret relatif à la publicité en vigueur.
D'autre part, le régime d'exception du décret relatif à la publicité est limité dans le temps (article 14, § 2 de l'avant-projet de décret). Aux yeux de la Commission, cette méthode porte atteinte à la qualité de la législation et à la prévisibilité du traitement pour les personnes concernées. C'est pourquoi la Commission est favorable à l'apport de ces modifications au texte même du décret relatif à la publicité. La prévisibilité de la norme en tant que condition de l'ingérence légitime dans la vie privée découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Nature des données à caractère personnel traitées

- 10 Les documents d'archives tels que visés dans le décret en projet peuvent contenir toutes les données à caractère personnel possibles, en particulier aussi des données sensibles au sens des articles 6 à 8 inclus de la LVP, ce qui est expressément abordé au Chapitre 5 "Accès aux documents d'archives" de l'avant-projet. La décision d'octroyer un accès aux documents d'archives à des fins scientifiques doit se baser notamment sur les critères suivants :
- la manière dont les données sensibles sont traitées (article 15, § 3, 5° de l'avant-projet de décret) ;
 - la manière dont les données à caractère personnel sont anonymisées (article 15, § 3, 6° de l'avant-projet de décret).
11. La Commission estime que l'expression "données à caractère personnel" ne peut être comprise qu'au sens de l'article 1, § 1 de la LVP. Pour exclure toute incertitude, un renvoi dans le décret, ou du moins dans l'exposé des motifs, devrait être repris.
12. La notion de "données sensibles" est également une expression qui – aux yeux de la Commission – doit être associée aux dispositions de la LVP, bien qu'elle ne s'y trouve pas littéralement. Sans référence explicite à la ou aux dispositions pertinentes de la LVP, l'expression n'est pas claire. Par "données sensibles", vise-t-on uniquement les données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la vie sexuelle (article 6 de la LVP) ? Ou cette expression comprend-elle aussi les données relatives à la santé (article 7 de la LVP) et les données judiciaires (article 8 de la LVP) ?
13. La confirmation dans l'exposé des motifs que les critères précités concernent le traitement de données à caractère personnel et que la législation en la matière reste intégralement d'application ne lève pas l'imprécision. À cet égard, la Commission précise qu'outre des données sensibles, d'autres données ne peuvent pas non plus être mises à disposition sans condition pour des finalités scientifiques ou autres en raison de restrictions légales particulières. C'est notamment le cas des informations classifiées telles que définies dans la loi du 11 décembre 1998 *relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité* (M.B. du 7 mai 1999). La raison initiale du traitement de données sensibles au sens des articles 6 à 8 inclus de la LVP ne se trouve pas dans le projet de décret relatif aux archives. L'applicabilité d'une des exceptions des articles 6 à 8 inclus de la LVP doit dès lors être confrontée au cadre légal dans lequel chaque responsable effectue sa mission.

Finalité du traitement

14. En vertu de l'article 4, § 1, 2° de la LVP "*les données à caractère personnel doivent être (...) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes (...)*".
15. Dans la définition du document d'archives, l'avant-projet de décret se réfère aux activités du responsable, à ses missions et au respect de ses droits. Il en découle que la finalité pour laquelle des documents sont reçus, acquis ou établis se situe en principe en dehors de l'avant-projet de décret. Par conséquent, le présent avis n'approfondit pas cet aspect.
16. La définition de la gestion des archives fixe un certain nombre de finalités qui valent pour tous les responsables, plus particulièrement "l'organisation et l'exécution des archives, la diffusion, l'accessibilité, la sélection, la destruction ou la conservation et la mise à disposition des documents d'archives". La justification de cela est la "valeur des documents d'archives en tant qu'élément du patrimoine culturel" et "l'importance des données figurant dans les documents d'archives pour les responsables, les justiciables ou les citoyens à la recherche de preuves ou pour des finalités scientifiques" (voir l'article 12, § 3, 3° et 4° de l'avant-projet).
17. Les données à caractère personnel ne peuvent "*pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables*" (article 4, § 1, 2° de la LVP). Le traitement ultérieur à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas incompatible pour autant que les conditions du Chapitre II de l'arrêté royal du 13 février 2001 soient respectées. C'est en particulier le cas lorsque le responsable octroie à un tiers un accès à des documents d'archives en application de l'article 15 de l'avant-projet. Le responsable peut soumettre l'accès à des conditions particulières et spécifiques (article 15, § 1 de l'avant-projet de décret). En vertu du Chapitre II de l'arrêté royal du 13 février 2001, le responsable sera en principe obligé de (faire) coder ou anonymiser les données avant d'octroyer un accès à celles-ci. L'article 3 de l'arrêté royal du 13 février 2001 part du principe que seules des données anonymes sont mises à disposition en vue du traitement ultérieur. Si des données anonymes ne suffisent pas pour la réalisation des fins historiques, statistiques ou scientifiques, des données à caractère personnel codées peuvent être traitées (article 4 de l'arrêté royal du 13 février 2001). Si des données codées ne suffisent pas encore, des données non codées peuvent être traitées (article 5 de l'arrêté royal du 13 février 2001).

18. Dans l'avant-projet de décret relatif aux archives, la mesure de la diffusion des résultats de recherche est un facteur à prendre en compte lors de la décision d'octroyer ou non un accès aux documents d'archives à des fins scientifiques (article 15, § 3, 4° de l'avant-projet de décret). La Commission souligne que l'article 23 de l'arrêté royal du 13 février 2001 stipule ce qui suit à cet égard : "*Les résultats du traitement à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ne peuvent être rendus publics sous une forme qui permet l'identification de la personne concernée, sauf si :*

1° la personne concernée a donné son consentement et qu'il ne soit porté atteinte à la vie privée de tiers, ou ;

2° la publication de données à caractère personnel non codées est limitée à des données manifestement rendues publiques par la personne concernée elle-même ou ayant une relation étroite avec le caractère public de la personne concernée ou des faits dans lesquelles celle-ci est ou a été impliquée."

Le responsable doit par conséquent demander que le chercheur s'engage à respecter l'article 23 de l'arrêté royal du 13 février 2001 avant d'octroyer un accès.

Proportionnalité du traitement

19. L'article 4, § 1, 3° de la LVP stipule que les données à caractère personnel collectées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de la finalité du traitement. Les données à caractère personnel doivent en outre être "*conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.*" (article 4, § 1, 5° de la LVP).
20. En ce qui concerne l'archivage, ces dispositions posent des exigences à la sélection des documents d'archives à conserver et à détruire. L'article 12, § 3 de l'avant-projet de décret applique le principe de proportionnalité en stipulant que la liste de sélection doit tenir compte :
- 1° de la mission des responsables ;*
 - 2° de la relation des responsables avec les autres responsables ;*
 - 3° de la valeur des documents d'archives en tant qu'élément du patrimoine culturel ;*
 - 4° de l'importance des données figurant dans les documents d'archives pour les responsables, les justiciables ou les citoyens à la recherche de preuves ou pour des finalités scientifiques."*
21. L'avant-projet de décret relatif aux archives n'octroie au(x) responsable(s) aucun rôle dans l'établissement de la liste de sélection générale par niveau administratif. Une commission de sélection, dont la composition et le fonctionnement seront encore fixés par arrêté

d'exécution, en est responsable. La responsabilité finale quant à la liste de sélection se situe dans le chef du Gouvernement flamand qui la ratifie et la publie.

Pour les catégories de documents d'archives qui ne sont pas reprises dans une liste de sélection générale, un responsable peut proposer une liste de sélection spécifique complémentaire. Après vérification des critères mentionnés à l'article 12, § 3 de l'avant-projet par la commission de sélection en question, le Gouvernement flamand est de nouveau responsable de la ratification et de la publication.

22. En tant que responsable du traitement, le responsable doit veiller à la proportionnalité du traitement, notamment en appliquant correctement les listes de sélection ou, le cas échéant, en présentant des listes de sélection spécifiques complémentaires. La Commission fait remarquer que l'article 13, § 1 de l'avant-projet de décret stipule que les responsables peuvent détruire des documents d'archives dès qu'ils disposent d'une liste de sélection établie qui détermine la destruction, sans pour autant les y obliger. En vertu de la LVP, le responsable devra obligatoirement procéder à la destruction ou à l'anonymisation, sauf s'il peut démontrer que la conservation ultérieure est proportionnelle dans ce cas. Cette destruction ou anonymisation obligatoire ne vaut que pour les documents d'archives pour lesquels l'archivage implique également un traitement de données à caractère personnel.
23. D'après la Commission, il va de soi que le ou les responsables, individuellement ou par représentation, sont impliqués dans l'établissement des listes de sélection générales par niveau administratif. La proportionnalité du traitement de données à caractère personnel relève de leur responsabilité en vertu de la LVP, également dans le cadre de l'archivage.

Contrôle du respect

24. L'avant-projet comporte un mécanisme pour le contrôle du respect du décret sous forme d'un audit externe (article 9 de l'avant-projet de décret). La Commission recommande de vérifier systématiquement, dans l'audit externe, le respect de l'article 16 de la LVP (confidentialité et sécurité du traitement). La Commission estime également que les décisions prises suite à l'article 15 de l'avant-projet de décret (demande d'accès à des fins scientifiques) méritent un examen dans le cadre de l'audit externe. Il s'agit en effet ici d'une communication de documents d'archives qui ne sont pas (encore) accessibles en vertu des dispositions du décret du 26 mars 2004 *relatif à la publicité de l'administration*.

III. ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR LA VIE PRIVÉE

25. L'avant-projet de décret renouvelle le cadre légal pour l'archivage administratif dans la Communauté flamande et la Région flamande. L'avant-projet répartit l'archivage de manière univoque, ce qui représente une amélioration de la situation actuelle et apporte en outre

plus de clarté quant à la responsabilité du traitement de données à caractère personnel dans le cadre de l'archivage.

26. L'avant-projet de décret s'inscrit expressément dans le cadre du décret flamand relatif à la publicité qui est en vigueur et régit ainsi le droit d'accès aux documents d'archives pour les citoyens. La prévisibilité de ce règlement, en particulier le traitement de données à caractère personnel qui en découle, fait toutefois l'objet de critiques.
27. L'avant-projet énumère explicitement des critères pour la sélection de documents d'archives pour conservation ou destruction et codifie ainsi la pratique actuelle, concrétisant ainsi le principe de proportionnalité de la LVP.
28. L'avant-projet comporte un mécanisme de contrôle du respect de ses dispositions, mais ne se réfère pas à la protection des données en tant que critère requis.

PAR CES MOTIFS,

29. Sous réserve des remarques formulées ci-avant, la Commission émet un avis favorable quant au présent avant-projet de décret relatif à l'archivage administratif.

Pour l'Administrateur e.c.,

Le Président,

(sé) Patrick Van Wouwe

(sé) Willem Debeuckelaere