

FAUT-IL RÉVISER
LE DROIT DES ARCHIVES ?

RETOUR SUR L'HISTOIRE
D'UN CHANTIER LÉGISLATIF

49

Il n'y a pas d'histoire, pas d'administration, pas de République sans archives¹.

La loi du 3 janvier 1979, texte fondateur, avait pour ambition d'adapter le droit des archives aux évolutions de la société contemporaine. Pointant la nécessité d'une législation moderne, l'exposé des motifs soulignait la dispersion des sources depuis l'adoption de la loi du 7 messidor an II – autre grand texte² –, et encore l'inadaptation du cadre juridique dans lequel coexistaient des normes parfois contradictoires. Il fallait aussi prendre la mesure des innovations technologiques dans le domaine de l'information, des mutations institutionnelles, plus fondamentalement de l'évolution des relations entre l'administration et l'utilisateur. La loi de 1979 forge de ce point de vue un nouvel équilibre entre droit à l'information et secrets protégés. Il s'agit en particulier de concilier exigences de transparence de l'administration et protection de la vie privée. Deux autres textes, adoptés durant cette même période, participent de ce mouvement tout en poursuivant des logiques propres : la loi dite CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) du 17 juillet 1978 et la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique,

1. Inspiré de Guy Braibant, *Les Archives en France*, rapport remis au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1996, p. 9.

2. Loi concernant l'organisation des archives établies auprès de la représentation nationale.

aux fichiers et aux libertés. La portée de ce droit d'accès aux archives se comprend par conséquent à la lecture coordonnée de ces trois textes. La loi de 1979, intégrée en 2004 au livre II du code du patrimoine, a été sérieusement remaniée par la loi du 15 juillet 2008. Il est aujourd'hui question de faire évoluer certaines des règles du droit des archives. Avant de se pencher sur l'état du droit positif et les nécessités ou ressorts possibles d'une réforme, il faut dire quelques mots de l'apport de la loi de 1979. Le droit des archives aujourd'hui est en bonne partie le produit de cette histoire.

LOI DU 3 JANVIER 1979 :
L'ÉTABLISSEMENT D'UN CODE DES ARCHIVES

- 50 La loi de 1979 rassemble autour d'une notion générique d'archives englobant documents publics et privés les règles spéciales touchant à l'ensemble de la chaîne opératoire, de la collecte à la diffusion des documents d'archives, en passant par la question de leur acquisition, de leur sélection, de leur protection, de leur conservation. Une sorte de code des archives en somme, marqué par une double direction de travail. D'une part, ce « code » pose les bases du droit commun des archives, vues comme sources d'information essentielle pour l'usager. D'autre part, il institue les archives comme élément fondamental du patrimoine historique de la nation. L'expression est utilisée dans l'exposé des motifs à propos des archives privées, mais le souci d'assurer la préservation du patrimoine apparaît également dans le discours législatif sur les archives publiques. C'est dans cette double détermination des archives que se comprend la place de la loi sur les archives, dans le champ du droit du patrimoine et dans celui du droit à l'information publique.

*Relation avec le champ patrimonial :
l'élaboration d'un droit spécial des archives*

Le processus d'autonomisation et d'agrégation de règles propres a eu notamment pour effet de démarquer plus nettement les archives des autres biens culturels. Celles-ci, dans leur versant historique, ont évidemment à voir avec le patrimoine, ce que déjà reconnaissaient les textes depuis la Révolution. La loi du 7 messidor an II prescrivait notamment de trier et protéger « les chartes et manuscrits qui appartiennent à l'histoire, aux sciences et aux arts ». Mais cette protection « patrimoniale » était régie par des textes applicables aux biens culturels en général : le classement au titre des monuments historiques (loi du 31 décembre

1913), le droit de préemption de l'État (loi de finances du 31 décembre 1921), le contrôle de l'exportation des œuvres d'art (loi du 23 juin 1941). Ces dispositions migrent vers la loi de 1979. Elles se trouvent désormais encadrées, spécifiquement. En termes de légistique, l'exercice permet de saisir plus facilement ce corpus du droit des archives. Ainsi isolé, ce dernier montre bien à quel point les archives sont un matériau juridique singulier, d'abord dans leurs modes de constitution et, partant, de catégorisation. Les archives sont définies à l'origine dans la loi de 1979 comme « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de son activité ». La notion d'archives se décline par conséquent au pluriel. Sous la définition légale perce la notion organique de fonds, masse des documents rassemblés sur la tête d'une personne, même si le législateur n'en tire pas toujours les conséquences. Notion cardinale dans la science archivistique, le fonds ainsi relié à la personne qui les réunit est appelé à s'enrichir au fur et à mesure de son activité. Il est par nature évolutif.

51

Une autre particularité des archives est qu'elles sont tout à la fois un support – le document – et un contenu – l'information, la donnée –, et que les deux donnent prise à des droits et intérêts multiples. Le droit d'accès à l'information est l'objectif dominant, reçu en héritage de la loi du 7 messidor an II. Mais d'autres droits concurrents se greffent aussitôt, tant sur le support que sur le contenu : droits des auteurs, des producteurs d'archives, des propriétaires, des personnes sur les informations qui les touchent, de la collectivité publique sur les intérêts qu'elle protège. La loi s'attache précisément à démêler cette combinatoire complexe. Dans ce projet, le traitement du support et du contenu est souvent intimement lié. L'accès physique au document détermine pour une part l'accès intellectuel à l'époque où est adoptée la loi de 1979³. Mais les deux peuvent bien être dissociés, en particulier lorsque, lors de l'exportation d'un document d'archives d'intérêt historique, l'État dispose d'un droit de captation du contenu, quand le document original peut sortir du territoire. Sur ce point, à nouveau, les archives se démarquent des autres biens culturels.

Les archives s'en distinguent encore dans le rapport qu'elles entretiennent avec la propriété. La loi du 3 janvier 1979 contient quelques

3. Les chantiers de numérisation ne sont pas encore d'actualité. C'est moins vrai aujourd'hui, avec le développement des nouvelles technologies de l'information.

références au régime propriétaire des documents. Les archives publiques et les archives privées sont déclarées imprescriptibles, garantie renforcée pour le propriétaire, qui peut revendiquer ces archives entre les mains d'un tiers sans limite de temps. Mais les notions d'archives publiques et privées, contrairement à un certain nombre d'autres catégories de biens culturels (les collections des musées, les pièces archéologiques, les monuments historiques), ne sont aucunement adossées à la figure de la propriété et à ses distinctions selon la qualité publique ou privée du propriétaire. Leur qualification tient exclusivement à leur mode de production. Elles sont publiques ou privées avant tout selon la nature de l'activité dont elles procèdent. Les archives des ministères, du Parlement, des juridictions, des collectivités territoriales et des établissements publics sont assurément des archives publiques. Mais le sont aussi celles de certaines personnes privées, les notaires par exemple pour leurs minutes et répertoires, et encore plus largement celles de toute personne investie d'une mission de service public. Si bien que les notions d'archives publiques et de propriété publique ne coïncident pas toujours. La qualité d'archives privées concerne au contraire les documents générés par une activité privée, qu'elle soit familiale, professionnelle... Ces documents, lorsque l'État les acquiert en raison de leur valeur historique, ne changent pas de nature. Ils demeurent archives privées (on dit aussi archives d'origine privée), tandis qu'ils entrent dans le patrimoine d'une personne publique et deviennent alors une propriété publique. Les archives sont des biens culturels mobiliers d'intérêt public, assurément. Mais, à la lecture des finalités énoncées dans la loi, on perçoit à quel point la notion déborde celle de bien culturel. L'objet « archives » revêt tout en même temps un statut d'information.

Relation avec le droit de l'information :

la consolidation d'un droit commun des archives publiques

La loi de 1979 dispose que « la conservation de ces documents est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche ». Si la dimension historique renvoie plus naturellement à la « patrimonialité des documents »⁴, le souci d'une bonne gestion administrative (ce que

4. Sur la prise en compte de cette dimension et donc du caractère patrimonial des archives, cf. Christine Nougaret, « Notion d'archives et de patrimoine en droit français, mise en perspective

ne perçoivent pas toujours les producteurs) et la mention des droits des citoyens nous écartent sensiblement du champ patrimonial. Le fait est que les archives sont aussi des titres, des éléments de preuve, des documents qui attestent d'une activité, d'une situation. Et le citoyen est en droit d'en exiger l'accès. C'est déjà l'objectif dominant dans la loi du 7 messidor an II. La loi de 1979, après avoir défini les archives publiques, fixe les modalités de leur communication, dans le souci d'harmoniser et de rationaliser les délais jugés trop nombreux dans le système précédent. Dans cette mise en forme de l'accessibilité aux archives, la loi de 1979 installe une temporalité modulée en fonction du degré de sensibilité de l'information contenue dans le document. Le délai de droit commun est de trente ans, les délais spéciaux courent de soixante à cent cinquante ans⁵. L'administration des archives peut ouvrir avant terme l'accès aux fonds – dérogation non ouverte aux données statistiques. Dans la chaîne de gestion des archives, la direction des Archives de France « exerce les attributions confiées par la loi de 1979 ». Les services d'archives des ministères des Affaires étrangères et de la Défense jouissent cependant d'un régime de gestion autonome⁶, qui ne soustrait d'aucune manière ces documents aux règles de communication de la loi de 1979. Cela signifie que les modalités de classification⁷ propres au service de la Défense ne sauraient contrarier le jeu des délais applicables aux archives publiques et, par exemple, aboutir à fermer l'accès à des documents qui n'auraient pas été déclassifiés. En matière de défense nationale⁸, plusieurs délais sont prévus par la loi de 1979 : en règle générale, le délai est de cinquante ans, mais il peut passer à soixante-quinze ou cent ans en fonction du degré de sensibilité. Les niveaux de classification du ministère de la Défense doivent par conséquent se glisser dans les cas prévus par la loi sur les archives.

53

historique », in Marie Cornu et Jérôme Fromageau (dir.), *Quel avenir pour les archives en Europe ? Enjeux juridiques et institutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 176 et suiv.

5. Soixante ans à compter de leur création pour les documents comportant des éléments mettant en cause la vie privée des personnes ou intéressant la sûreté de l'État ou la défense nationale, secret-défense ; cent ans en ce qui concerne les minutes et répertoires des notaires, les enquêtes statistiques, etc. ; cent cinquante ans à compter de la naissance pour les documents comportant des renseignements individuels de caractère médical.

6. Ces ministères disposaient depuis l'Ancien Régime d'une totale indépendance. Cf. Hervé Bastien, *Droit des archives*, Paris, La documentation française, 1996, p. 17 – source très précieuse dans la compréhension de l'économie du système, quand bien même les règles ont évolué.

7. Article R. 2311-1 et suiv. du code de la défense.

8. Notion définie à l'article 413-9 du code pénal.

Adoptée en 1978, la loi traitant de l'accès aux documents administratifs avait aussi pour objet d'instituer un droit à l'information de l'utilisateur, tout en préservant certains intérêts fondamentaux – intérêts de l'action gouvernementale ou intérêts des administrés. Jacques Thyraud, au cours du processus parlementaire⁹, faisait remarquer qu'en dépit de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », l'administration française avait la « manie du secret » et apparaissait comme « peu accessible et même souvent hermétique »¹⁰. En l'absence d'un fondement juridique précis, la pratique administrative opposait le plus souvent la règle du secret professionnel¹¹. Comme dans la loi sur les archives, il est question d'un droit d'accès à l'information publique dans la loi du 17 juillet 1978. Ce droit concerne cependant un périmètre plus restreint de documents. Sont considérés comme documents administratifs dans la définition du texte d'origine « tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives ». On voit bien quel cercle de documents est ici en cause. Il s'agit de documents qui recèlent des décisions de l'autorité publique, sur lesquelles les administrés disposent d'un droit de regard. Le droit à l'information trouve ici une justification dans l'idée de contrôle et de participation de l'utilisateur à l'action administrative, qui ouvre non seulement à un droit d'accès mais aussi à un droit d'obtenir communication du document¹². C'est aussi ce qui fait que certains de ces documents ne pourront être consultables, dans la mesure où ils contiennent des informations mettant en jeu des secrets protégés. L'article 6 énumère des catégories de secrets privés et publics. Certains d'entre eux sont énoncés dans les mêmes termes que la loi sur les archives (secrets de la

9. Avis n° 378, Sénat, séance du 25 mai 1978 – précieux éclairage sur l'idée de consacrer un principe d'accès à l'information, qui notamment prend appui sur d'autres législations, la plus ancienne, celle de Suède, ou encore la loi américaine, et les résistances à l'œuvre.

10. Il rappelait à cet égard que la « levée du secret administratif était l'un des objectifs poursuivis par onze associations de consommateurs dans le projet de loi-cadre qu'elles [avaient élaboré] en 1975 »

11. Sur le caractère abusif de l'argument fondé sur la notion de secret professionnel au sens de l'article 378 du code pénal, cf. *idem*.

12. Article 4 de la loi du 17 juillet 1978.

vie privée, des dossiers personnels et médicaux, défense nationale, sûreté de l'État), d'autres sont propres à la loi de 1978 (secret en matière commerciale et industrielle notamment). Surtout, le texte crée un organisme *ad hoc*, la Commission d'accès aux documents administratifs, qui peut être saisie par toute personne rencontrant des difficultés pour obtenir communication d'un document de ce type.

On le voit, l'économie des lois de 1978 et de 1979 est en étroite proximité. Elles instituent toutes deux un droit d'accès assorti d'un certain nombre d'exceptions. Mais, tout en poursuivant une même finalité d'accès à l'information, elles se séparent doublement, quant à leur objet et quant à leur projet. S'agissant de l'objet, la loi de 1979 traite des archives publiques en général, là où la loi de 1978 régit le sort de certaines d'entre elles – les documents administratifs. La loi de 1978 pose par conséquent un régime spécial applicable à certains types de documents, alors que la loi de 1979 a une vocation plus générale. Quoique apparue dans un second temps, cette dernière constitue le droit commun des archives. Surtout, le mode de détermination de l'objet est à relier au projet qui, à nouveau, diffère fondamentalement dans les deux textes. Le premier cherche à ordonner une relation entre l'administration en action et l'utilisateur. On le nomme « administré », qualification qui a du sens. Et le besoin d'accès à l'information doit être lié à cet ordre de relation dans lequel l'administration fait un certain nombre de choix qui s'imposent à l'administré, alors en droit de « demander compte ». D'où la mécanique à l'œuvre : les documents sont consultables ou ne le sont pas. La logique de la loi sur les archives est toute différente. L'objet est plus large. Il s'agit de considérer toutes les traces de l'administration, quels que soient la date, leur état d'achèvement (les brouillons et notes préparatoires sont concernés), leur forme. Le spectre est très large. Mais surtout la figure de l'utilisateur est autre, ou plus justement est-elle plus complexe. C'est l'administré, mais c'est aussi le citoyen, l'individu, le chercheur, le généalogiste, tous en quête d'information pour des motifs variables qui débordent la seule relation administration-utilisateur. Le système consiste alors à penser un dispositif de communication en prenant en compte les intérêts à protéger. Il n'y a pas de document qui ne soit pas communicable. Simplement, ils sont en accès différé, tous ne le seront pas au même moment. D'où cette temporalité installée par le législateur en 1979.

La lecture combinée des textes du droit à l'information publique mais aussi la considération de la dimension patrimoniale des archives sont deux prérequis indispensables dans la compréhension de l'évolution

contemporaine du droit des archives et de la nécessité, aujourd'hui, de revenir sur la question du besoin d'une loi nouvelle.

RÉFORME D'UN TEXTE,
HEURTS ET MALHEURS DE LA LOI DE 2008

56 Le rapport de Guy Braibant mettait en lumière la nécessité de réformer le droit des archives pour mieux assumer la triple fonction de la loi de 1979 : « conserver la mémoire d'une nation, d'une communauté, d'un village, d'une entreprise, d'une famille [...], faciliter la gestion des administrations [...], permettre aux citoyens d'exercer leurs droits ». La réflexion entreprise en 1995 aboutira à la loi du 15 juillet 2008 complétée par l'ordonnance du 29 avril 2009, qui rénove de façon substantielle le système sur un certain nombre de points. Selon Guy Braibant, la réforme s'imposait pour « clarifier les rôles respectifs de l'État et des collectivités locales ¹³ » et surtout pour pouvoir « répondre à la demande d'une ouverture plus libérale des fonds ¹⁴ ». La France était à la traîne relativement à d'autres États face aux exigences du « droit de savoir ». Guy Braibant plaidait dans ses propositions pour des archives plus riches, des archives plus ouvertes, des archives mieux gérées. Sur ces différents points, la loi apporte un certain nombre de changements, qui cependant n'atteignent pas toujours le but annoncé. Nous retiendrons quelques exemples clés.

Des archives plus riches ?

Sur la richesse des fonds, l'idée était notamment d'améliorer les conditions de la collecte de certaines archives. La loi affronte en particulier la difficile question des fonds d'archives des hommes politiques. Pendant très longtemps considérées par leurs producteurs comme des archives privées (ce, à tort, on parlait en termes choisis d'archives personnelles), ces archives faisaient l'objet de protocoles de remise. Inventée par la pratique administrative, cette logique contractuelle doublant (dans tous les sens du terme) le cadre légal était évidemment très contestable sur le plan juridique. La loi de 2008 consolide *a posteriori* les protocoles déjà conclus et encadre très strictement ceux à venir. En particulier, le

13. La première vague de décentralisation intervenue avec la loi du 22 juillet 1983 concernait de près le secteur des archives, un des premiers services culturels avec celui des bibliothèques à faire l'objet d'un transfert de compétences – texte qui introduit notamment le contrôle scientifique et technique exercé par l'État sur les collectivités territoriales en charge des archives.

14. Guy Braibant, *Les Archives en France*, *op. cit.*, p. 121.

recours à un mandataire externe investi du pouvoir d'autoriser ou d'interdire la communication des documents ne sera plus possible¹⁵ – façon de faire revenir, en douceur, ces archives pleinement publiques sous un régime de droit commun. La définition des archives est par ailleurs remodelée. Les entreprises publiques ne figurent plus comme producteurs d'archives publiques, mesure inspirée par un principe de réalité. La collecte de ces documents n'était guère effective. Surtout, dans un esprit de coordination avec la loi sur les documents administratifs, la loi repense la définition même des archives publiques. Dans la loi de 1979, les archives publiques désignent les documents qui procèdent de l'activité des personnes publiques et de celle des personnes privées exerçant une mission de service public. L'attraction de ces archives produites par des personnes privées se justifie en raison de la nature de la mission dont elles sont investies. Mais le nouveau texte généralise l'application de ce critère. Désormais seuls les documents résultant d'une mission de service public reçoivent la qualification d'archives publiques, quel qu'en soit le producteur, public ou privé. Par conséquent sortent de l'assiette des archives publiques l'ensemble des documents publics qui ne participent pas de cette mission, par exemple les documents issus de la gestion du domaine privé des personnes publiques¹⁶. En outre, les archives parlementaires sont purement et simplement soustraites du régime de droit commun. L'article 7 *bis* de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires laisse le soin à chaque assemblée « propriétaire de ses archives et responsable de leur conservation et de leur mise en valeur » de déterminer « les conditions dans lesquelles ses archives sont collectées, conservées, classées et communiquées ». L'exception est décidée par l'assemblée productrice d'archives publiques, ainsi dotée d'un pouvoir discrétionnaire dont elle définit elle-même les contours. Quelques réserves peuvent être émises sur la méthode et sur le fond. Si l'on peut penser que les assemblées feront un usage raisonnable de cette faculté, il reste que le système est entre les mains des producteurs, ce que précisément évite la loi sur les archives¹⁷. Et il n'y a

57

15. Sur ce système, cf. *La Gazette des archives*, n° 203, *Les archives des hommes politiques contemporains*, 2007.

16. En l'occurrence, la notion de mission de service public est difficile à manier – posture peu confortable pour les archivistes chargés de communiquer les documents.

17. Le Conseil constitutionnel avait aussi pensé régir lui-même ses archives, solution qui avait été très contestée par un certain nombre de juristes. En 2008, le législateur clarifie les choses en adoptant la loi organique 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, qui modifie l'article 58 de l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Les articles L. 211-3, L. 212-1, L. 212-2, L. 212-3,

plus ce découplage fondamental entre production d'archives et pouvoir de communiquer¹⁸. Des archives plus riches, disait Guy Braibant. La loi ramène les archives publiques exclusivement à celles qui procèdent d'une mission de service public, elle exclut les archives des entreprises publiques, elle réserve le sort des archives parlementaires. Au final, c'est assurément à la réduction substantielle du périmètre des archives publiques qu'aboutit la loi de 2008.

58 Cette aspiration à des archives plus riches s'est en revanche traduite par un dispositif original, qui facilite la réintégration des archives publiques sorties des fonds ou non versées par les personnes productrices. L'action en revendication ou en restitution est en effet ouverte non seulement au propriétaire d'archives mais également à tout service d'archives compétent. D'un point de vue procédural, cette faculté permet d'agir plus efficacement et plus rapidement, système dont pourraient bien s'inspirer d'autres secteurs culturels (les musées ou les bibliothèques notamment)¹⁹.

Des archives plus ouvertes ?

Au chapitre de l'ouverture des archives, le dispositif est à nouveau en trompe-l'œil. La loi annonce une sorte de révolution copernicienne. Abandonnant radicalement le système précédent d'un délai de droit commun assorti de délais spéciaux, elle pose un principe de libre accès immédiat. Aux termes de l'article L. 213-1 du code du patrimoine, les archives publiques sont communicables de plein droit. En outre, la loi enrichit substantiellement les droits de l'utilisateur. Le droit d'accès se double d'un droit de communication des documents, règle empruntée au droit des documents administratifs. Aussitôt affirmé le principe d'ouverture viennent tout naturellement les limites. Certaines archives demeurent en accès différé lorsqu'elles contiennent des informations sensibles. La loi simplifie le système et réduit de façon significative les durées autrefois très longues. Ils vont, dans la nouvelle loi, de vingt-cinq à cent ans. Tout en même temps, le dessin des exceptions engendrant des délais spéciaux de communication a été remodelé. La disparition d'une période tampon et la généralisation du principe de communication immédiate

L. 212-4, L. 213-3, L. 214-1, L. 214-3, L. 214-4, L. 214-5, L. 214-9 et L. 214-10 du code du patrimoine s'appliquent aux archives qui procèdent de l'activité du Conseil constitutionnel. » Le doute est donc levé sur le régime de ces archives publiques.

18. Il y a une sorte de paradoxe en ce que les archives parlementaires sont les premières archives publiques chronologiquement et conceptuellement.

19. La revendication des archives du général de Gaulle concernant la période de 1940 à 1942 s'est faite sur la base de ce nouveau dispositif.

obligeaient à repenser l'articulation entre exigences de transparence et protection du secret. Dans cet exercice, la loi sur les archives se cale sur la loi sur les documents administratifs, en lui empruntant quelques-unes de ses exceptions. Dans certaines hypothèses, la mécanique d'harmonisation conduit cependant à l'effet inverse de celui escompté. C'est le cas pour « les documents qui portent une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable, ou qui font apparaître le comportement d'une personne dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice ». Dans le système précédent, ces documents n'étaient pas communicables immédiatement. La logique de l'accès aux documents administratifs (voir ou ne pas voir) justifiait que l'on neutralise l'accès aux documents susceptibles de porter préjudice à des tiers. La formulation vague et ambiguë de la loi de 1978 permettait d'exclure assez largement tout droit d'accès dès lors qu'une personne apparaissait sur un document. Dans l'organisation de ses délais, la loi de 1979 renvoyait au contraire à des notions beaucoup plus cadrées et restrictives, telles que celle de vie privée – même si cette notion est assez casuistique, elle n'en est pas moins exigeante. Dans l'optique de communication à terme de la loi de 1979, ces documents mentionnant des personnes mais ne portant pas atteinte à leur vie privée étaient soumis au délai trentenaire de droit commun. Avec la loi de 2008, le délai d'accès à ces documents passe de trente à cinquante ans. Sans doute la préoccupation montante du respect du droit des personnes sur les données qui les impliquent ou les concernent a-t-elle influencé la solution. La loi de 2008 fournit un autre exemple de fermeture des archives, cette fois-ci dans des termes radicaux. Au sens de l'article L. 213-2 du code du patrimoine « ne peuvent être consultées les archives publiques dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue ».

Enfin, le mode opératoire de communication a changé. Auparavant, la décision de communication se faisait pièce à pièce. Le nouveau texte prévoit un possible traitement par dossier. Et dans ce cas, le point de départ du délai de communication est calé sur le document le plus récent inclus dans le dossier – sans compter que la notion de dossier est vague et peut être extensive. Certainement la pratique était-elle en ce sens, compte tenu de la difficulté d'une appréciation de la communicabilité par document. Comme pour le régime des fonds d'archives

des hommes politiques, les usages façonnent en partie la loi, et on peut bien admettre ce mouvement d'influence dicté par la réalité de la pratique. Il n'en reste pas moins que la loi, ici encore, travaille à l'encontre de l'objectif affiché.

De ce rapide examen des principaux attendus du droit des archives se dégage le sentiment que les brouillages de la loi de 2008 viennent en partie de la mise en forme du rapport entre loi de 1979 et loi de 1978. En dépit de la proximité de leurs adoptions respectives, elles n'avaient pas été coordonnées. Il fallait donc s'atteler à ce chantier. Mais ce qu'on oublie fondamentalement la loi de 2008, c'est d'une part l'ordre de relation qui unit ces deux textes, d'autre part leurs finalités propres qui, d'un certain point de vue, justifient une différence de traitement. Sur le premier point, le brouillage vient d'une forme d'inversion dans la démarche de raisonnement. La loi de 1979 pose le cadre général du régime des archives publiques. La notion d'archives publiques est la notion générique; celle de documents administratifs renvoie à une catégorie particulière d'archives publiques. Par conséquent, la loi sur les archives doit être considérée comme le droit commun des archives. La loi sur les documents administratifs est au contraire une loi spéciale. Or tout se passe, dans la logique de la loi de 2008, comme si celle-ci se plaçait dans le sillage du régime des documents administratifs. Elle aurait dû être la loi pilote. Elle est paradoxalement un texte suiveur. Ce renversement de perspective se traduit de diverses (mal) façons, on l'a vu. Mais, outre la réduction du droit d'accès aux archives, il emporte d'autres effets perturbateurs. D'une part, ce déplacement du centre de gravité du régime des archives publiques fragilise leur condition au sein du code du patrimoine. La référence à la protection du patrimoine archivistique n'est expressément faite que sous les règles se rapportant aux archives privées, mais leur intégration au code du patrimoine leur confère une valeur patrimoniale de plus ample portée. Protégées dès leur création – un document naît archives, disent les archivistes –, on peut avancer l'idée que les archives sont un patrimoine préconstitué, une forme de patrimoine par anticipation²⁰. Leur intérêt est présumé, d'où un mode de protection conservatoire. L'idée était déjà en germe dans le projet de loi sur les papiers publics présenté par Léon Blum le 11 août 1936: « Le moment semble venu d'aboutir et d'établir, en France, comme elles le sont ailleurs, pour ces papiers qui, produits par la gestion des affaires publiques, sont déjà ou

20. C'est aussi ce qui explique pourquoi la loi prévoit une phase de sélection et, le cas échéant, de destruction des documents à l'issue de la période d'utilisation des archives.

seront demain les monuments écrits de l'histoire nationale, les garanties de sauvegarde qui ont jusqu'ici fait défaut²¹. » Le déport vers un texte sans lien formel avec le code du patrimoine éloigne la matière de ce qui devrait être son lieu principal de rattachement. Par ailleurs, il soumet le droit des archives aux évolutions que connaît aujourd'hui la loi sur les documents administratifs en matière de réutilisation des informations publiques, ce sous l'influence du droit de l'Union européenne. La directive concernée, récemment modifiée²², inaugure une nouvelle génération de textes d'accès à l'information dont l'objet est avant tout de faciliter l'activité des opérateurs privés souhaitant développer un marché à partir des ressources publiques²³. Pour ce faire, la directive institue un droit de réutilisation adossé aux droits d'accès et de communication des documents publics, et encadre les conditions de réutilisation, le cas échéant au moyen de licences. L'utilisateur des archives publiques devient un « réutilisateur » lorsqu'il entreprend d'exploiter les documents consultés. Il pourrait alors être soumis à un cadre contractuel contraignant. La loi sur les archives consacre un droit d'accès à la documentation historique de la recherche, et l'on peut se demander si ce passage de la condition d'usager à celle d'utilisateur n'en dénature pas les termes.

61

*

Au final, faut-il remettre la loi sur le métier ? Sans aucun doute, la nécessité de revenir sur certains égarements de la loi de 2008, notamment en termes de délimitation des archives publiques et de dessin des exceptions, s'impose avec à l'esprit la restauration du rôle et de la place de la loi générale sur les archives publiques. Les thèmes en ont été évoqués plus haut et le projet de loi sur la création et le patrimoine intègre des modifications utiles. Certaines innovations sont par ailleurs susceptibles d'être introduites, comme l'idée de protéger des fonds entiers et non plus seulement des documents isolés. Enfin, les mutations territoriales pourraient aussi imposer des modifications en termes de gestion et

21. Documents parlementaires, Chambre des députés, séance du 11 août 1936, annexe n° 1103.

22. La directive 2013/37/UE modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public a été adoptée le 26 juin 2013 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

23. Il s'agit notamment d'éviter les distorsions de concurrence sur le marché européen ainsi que de « faciliter et promouvoir la réutilisation de documents publics et la création de produits et de services d'information au niveau de la Communauté européenne par des entreprises privées en vue de produire de l'information à valeur ajoutée ».

de responsabilité des acteurs. Il faudra suivre cette évolution. Plusieurs raisons militent en faveur d'un nouveau chantier législatif. Tout en même temps, l'ouverture de la discussion dans l'enceinte parlementaire n'est pas sans risque. On a vu avec la loi de 2008 l'écart entre l'objectif proclamé et les solutions finalement adoptées. Il faut s'assurer que l'espace politique reçoive ce projet et soit prêt à combattre ces manies persistantes du secret.

R É S U M É

Les fondations du droit contemporain des archives sont posées par la loi du 3 janvier 1979, texte d'ensemble qui encadre le régime des archives tant publiques que privées tout au long de la chaîne patrimoniale, de la collecte à la mise à disposition des documents. Intégré au code du patrimoine en 2004, puis refondu en 2008, le dispositif pourrait encore évoluer. Pour en comprendre les nécessités, il faut revenir sur cette histoire législative.