

Projet de loi sur l'archivage

Avis du Conseil d'État

(21 juillet 2016)

Par dépêche du 27 novembre 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par la ministre de la Culture.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Les avis du Procureur général d'État, du Conseil de presse, de l'Associatioun vun de Lëtzebuenger Bibliothekären, Archivisten an Dokumentalisten (ALBAD) a.s.b.l. et du Veraän vun de Lëtzebuenger Archivisten (VLA) a.s.b.l ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches du 10 mars 2016. L'avis de l'Archevêché de Luxembourg a, quant à lui, été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 12 avril.

Considérations générales

Le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'État a pour objet de définir un cadre légal pour l'archivage de tous les documents produits ou reçus par tout service ou organisme public ou encore, de façon plus générale, par toute personne physique ou morale dans l'exercice de son activité, et cela dans la mesure où cet archivage revêt un intérêt public. Pour justifier leur démarche, les auteurs du projet de loi sous avis soulignent le caractère fragmentaire de la réglementation actuellement en place, ainsi que le manque de tradition archivistique au Luxembourg.

Ceci dit, le Conseil d'État note que la loi modifiée du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'État met déjà en place, dans son chapitre consacré aux Archives nationales, un cadre pour l'archivage en donnant aux Archives nationales la mission de réunir tous les documents d'intérêt historique national leur soumis. Les Archives nationales sont encore chargées de classer, inventorier et conserver les archives publiques en vue de leur utilisation à des fins historiques et administratives et peuvent également accepter les archives privées en vue, soit de leur intégration aux Archives nationales, soit de leur mise en dépôt. Cette même loi charge également les Archives nationales de conseiller les administrations de l'État et les communes, ainsi que les organismes privés qui en font la demande, sur la conservation et le classement de leurs archives.

Ce dispositif n'ayant manifestement pas eu l'effet escompté, les auteurs du projet de loi soumis au Conseil d'État proposent un changement

de méthode. Le système qu'il est proposé de mettre en place est ainsi fondé sur une approche beaucoup plus coercitive et force désormais, en principe, les organismes relevant du secteur public de verser leurs archives aux Archives nationales, étant entendu que certains de ces acteurs seront dispensés de cette obligation directement dans la loi et que le ministre ayant dans ses attributions les Archives nationales pourra faire bénéficier les producteurs ou détenteurs d'archives publiques, qui en feront la demande, d'un régime dérogatoire d'archivage autonome. Par ailleurs, les Archives nationales se voient accorder un droit étendu de surveillance sur la gestion et la conservation des archives publiques, droit qui, dans certains des avis qui ont été soumis au Conseil d'État, est critiqué et fait dire à ceux qui formulent ces critiques – référence est faite ici aux critiques de l'ALBAD et du VLA – que le projet de loi est trop centré sur les Archives nationales et constitue, en fait, une loi sur les Archives nationales.

Le Procureur général d'État pour sa part approuve le fait que la Justice bénéficiera d'un régime dérogatoire au niveau de la conservation de ses archives, mais précise que le droit de surveillance qui sera accordé aux Archives nationales également à l'égard des instances dont l'archivage fonctionnera de façon plus ou moins autonome, ne saurait conférer aux Archives nationales un quelconque droit de regard, voire de direction, sur la manière dont la Justice s'acquittera de ses obligations en matière d'archivage. Parallèlement, le Procureur général d'État insiste toutefois sur la nécessité de pouvoir continuer à bénéficier de l'assistance des Archives nationales en la matière.

Si le Conseil d'État peut comprendre certaines de ces appréhensions, il reste qu'un certain droit de regard des Archives nationales sur la façon dont les administrations conservent les documents qu'elles produisent ou reçoivent et qui ultérieurement seront versés aux Archives nationales, constitue une des clés de la réussite de la démarche dans laquelle les auteurs du projet de loi se sont engagés. À l'heure actuelle, la gestion et la conservation par les administrations des documents qu'elles produisent ou reçoivent semblent en effet constituer un des maillons faibles du dispositif en place. Dans cette perspective, la systématique que le projet de loi introduit au niveau de cette étape du processus de gestion des documents en essayant de garantir l'application d'un certain nombre de standards et de normes à la gestion des archives au niveau des administrations, ce notamment à travers un « pré-archivage » en bonne et due forme avant le versement des documents aux Archives nationales, constitue certainement un pas dans la bonne direction. Il s'agira en définitive de trouver un juste équilibre entre les intérêts en jeu, à savoir la possibilité pour l'administration de s'organiser dans les meilleures conditions d'efficacité et d'efficience et la nécessité d'améliorer de façon conséquente l'archivage, actuellement largement déficient, des documents visés par la loi.

Toujours concernant l'orientation générale du texte et la philosophie qui constitue son soubassement, le Conseil d'État note qu'un certain nombre d'organismes relevant du secteur public disposent d'archives substantielles. Il s'agit en l'occurrence de la Chambre des députés, du Conseil d'État et des juridictions luxembourgeoises auxquels l'article 4 du texte en projet accorde, de façon explicite, un régime dérogatoire au niveau de l'obligation de versement de leurs archives aux Archives nationales, telle que celle-ci est prévue par l'article 3 du texte. Qu'en est-il, dans cette perspective, des archives de producteurs ou de détenteurs d'archives publiques dans le

domaine de la culture comme le Centre national de l'audiovisuel ou encore le Centre national de littérature, sans parler de la Bibliothèque nationale ? L'article 3 du texte en projet précise bien que l'obligation de versement s'entend sans préjudice des missions spécifiques attribuées aux autres instituts culturels par la loi modifiée du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'État. Le Conseil d'État propose, pour sa part, aux auteurs du projet de loi d'explicitier leur pensée à ce sujet et de prévoir une liste exhaustive des producteurs ou détenteurs d'archives publiques qui ne tomberont pas sous le coup de l'obligation de versement prévue à l'article 3. Il devrait, par ailleurs, être clair pour des organisations du type « institut culturel » qu'elles garderont la haute main sur l'ensemble de leurs archives, c'est-à-dire tant celles documentant leur activité administrative que celles reflétant leur activité spécifiquement culturelle.

L'ensemble du dispositif, qui est proposé au législateur, est constitué par un texte qui a de nombreuses ramifications vers d'autres domaines de l'action de l'État qui font l'objet de législations spécifiques en vigueur ou à venir. Le recours, à de nombreux endroits du texte, à des formules comme « sans préjudice de » ou encore « sauf dispositions contraires dans d'autres textes législatifs », illustre ce constat.

Tel est tout d'abord le cas du projet de loi relative à une administration transparente et ouverte qui règlera, entre autres, l'accès du citoyen aux documents détenus par l'administration. Le Conseil d'État y reviendra lors de son examen du chapitre IX du texte en projet consacré à la communication des archives.

Le projet de loi sous revue a ensuite un lien évident avec la législation sur les données à caractère personnel et plus précisément la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Ce lien se retrouve à plusieurs endroits du texte, et notamment au niveau de l'accès des personnes intéressées aux documents qui seront archivés aux Archives nationales, où les auteurs du texte ont prévu un dispositif qui, sous certains aspects, s'apparente à celui de la loi précitée du 2 août 2002, tout en y apportant des aménagements. Ici encore, le Conseil d'État y reviendra lors de son examen des chapitres IX et X du texte en projet.

Le projet de loi comporte, enfin, un dispositif spécifique pour les archives publiques classifiées conformément à la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité, dispositif qui est spécifique en ce qui concerne le versement aux Archives nationales et les conditions sous lesquelles la communication des archives afférentes pourra se faire. Le Conseil d'État note que l'interfaçage entre le projet de loi sous revue et les archives publiques classifiées se double d'un problème que le Conseil d'État avait déjà soulevé lorsqu'il commentait l'article 4 du projet de loi régissant les archives historiques du Service de Renseignement de l'État¹, article 4 qui a trait à la conservation et à l'utilisation des données du Service de renseignement de l'État collectées sur la période s'étendant de 1960 à 2001 afin d'en permettre une exploitation scientifique à des fins historiques. En effet, le Conseil d'État s'était exprimé à cette occasion comme suit : « Le Conseil d'État rappelle à nouveau que, par rapport au

¹ Avis du Conseil d'État n° 51.266 du 2 février 2016 portant sur le projet de loi régissant les archives historiques du Service de Renseignement de l'État (doc. parl. n° 6850)

dépôt du projet de loi n° 6913 sur l'archivage, se pose la question de l'agencement entre l'article 4 sous examen et les dispositions spécifiques aux archives du SRE dans ce dernier projet, alors qu'il est évident que même les fichiers historiques, en leur qualité de données personnelles au sens de la loi du 2 août 2002, tombent sous le champ d'application de ce projet, quitte à ce que tout élément d'identification personnelle ait été retiré en raison de la mise en œuvre de l'article 4, paragraphe 2, de la loi précitée du 2 août 2002. Cette question se pose notamment, mais pas exclusivement, pour ce qui est de la décision de versement aux Archives nationales (le versement est obligatoire au vu du projet de loi n° 6913), de celle relative à la sélection des archives (qui doit se faire de concert entre le producteur d'archives et les Archives nationales) et de celle relative à la destruction des données dénuées de valeur historique (qui doit notamment respecter des tableaux de tri spécifiques). » Le Conseil d'État attirait enfin l'attention sur le fait « que le projet de loi sur l'archivage, respectivement ses règlements d'application mettent en place un régime de droit commun réglant l'accès des producteurs d'archives aux documents qu'ils ont déposés, régime qui devrait également s'appliquer aux données visées par le projet de loi sous examen ».

Les deux législations en projet sont dès lors appelées à se toucher sur des points clés du cycle de vie des documents concernés, que ce soit celui du versement, ou encore celui de la sélection et la destruction des documents ou encore de leur consultation. Il conviendra, par voie de conséquence, de rester vigilant lors de la finalisation des textes afin de garantir leur concordance.

Le Conseil d'État en est encore à se demander si les auteurs du projet de loi ont suffisamment tenu compte du fait que, dans le sillage de la multiplication dans les administrations de systèmes de gestion électronique de documents, les archives seront de plus en plus dématérialisées. Même si la définition des archives figurant à l'article 2 du projet de loi précise qu'il s'agit de documents considérés indépendamment de leur support, le Conseil d'État ne peut cependant pas se départir de l'impression que le projet de loi a été essentiellement écrit dans une perspective privilégiant la production et la gestion d'archives papier. Qu'en sera-t-il par ailleurs de l'archivage des courriers électroniques qui peuvent documenter des étapes importantes de l'évolution d'un dossier ?

En ce qui concerne le côté plus formel du projet de loi, le Conseil d'État s'interroge sur la structuration du texte qui lui est soumis. La structure proposée, qui est centrée sur les Archives nationales, s'explique en partie par le fait que les dérogations au régime de principe qui prévaut en matière de gestion des documents à archiver sont définies à travers le versement aux Archives nationales. Une présentation alternative à celle choisie en définitive par les auteurs du texte aurait consisté à structurer le texte par rapport au cycle de vie d'un document et ne pas commencer par le versement aux Archives nationales. Cette présentation plus pédagogique du texte aurait eu l'avantage de rendre la lecture de la loi en projet plus aisée.

Le Conseil d'État voudrait encore attirer l'attention sur le fait que l'exposé des motifs et le commentaire des articles, d'un côté, et le texte de la loi en projet, de l'autre, ne concordent pas toujours et sont parfois même contradictoires. Le Conseil d'État étayera ce constat, le moment venu, lors de son examen des articles.

Le Conseil d'État note enfin que la fiche financière qui accompagne le projet de loi ne contient que des données très partielles concernant l'impact budgétaire de la nouvelle législation. En premier lieu, et pour certains postes de dépenses – tel est le cas pour l'archivage autonome, l'établissement des inventaires, la sous-traitance par une administration de la conservation de ses archives –, la fiche financière se limite à indiquer des coûts unitaires et des fourchettes, les auteurs du projet de loi disant être dans l'impossibilité, faute de données suffisantes, de chiffrer l'impact budgétaire des mesures afférentes. Pour ce qui est de l'établissement des tableaux de tri, seul l'impact sur le cadre du personnel des Archives nationales est chiffré, les Archives nationales assurant un rôle de coordination à ce niveau. Ainsi ce cadre sera complété par cinq agents – la fiche financière parle d'assistants externes sans autre précision – engagés à durée déterminée pendant la phase de transition au cours de laquelle les tableaux de tri seront établis, agents temporaires auxquels s'ajouteront un ou deux (le texte de la fiche financière comporte des contradictions sur ce point) agents qui seront recrutés sur des postes créés sur la base du *numerus clausus* annuel.

Les répercussions de ces travaux sur les différentes administrations ne sont pas chiffrées ; seules des indications moyennes pour la charge de travail à laquelle chaque administration doit s'attendre compte tenu de l'ampleur de ses archives figurent dans la fiche. Le tout est complété par une estimation des coûts liés à l'acquisition d'archives privées, à la conservation d'archives privées et au fonctionnement du Conseil des archives, les coûts afférents restant cependant négligeables par rapport au coût budgétaire total probable du dispositif proposé. Le Conseil d'État attire encore l'attention sur les avis qui lui ont été soumis et qui soulignent l'insuffisance des moyens actuellement alloués à l'archivage et l'importance des investissements qui devront, par voie de conséquence, être réalisés au niveau des infrastructures et des ressources humaines affectées aux processus d'archivage. La fiche financière étant complètement muette sur ce point, le Conseil d'État ne peut que recommander de la revoir dans son ensemble.

Examen des articles

Chapitre I^{er} – Objet de la loi et définitions

Article 1^{er}

L'article 1^{er} définit l'objet du projet de loi, qui est de régler l'archivage dans l'intérêt public, à travers les objectifs poursuivis par l'archivage. Ces objectifs sont au nombre de deux, à savoir la gestion et la justification des droits et obligations des producteurs ou détenteurs d'archives, ainsi que la garantie de l'accès aux documents archivés. La définition se réfère dès lors de façon tout à fait abstraite à la notion d'archivage, sans préciser sur quoi exactement portera l'archivage.

Le Conseil d'État constate que le texte est en partie inspiré du code du patrimoine français. Les auteurs du projet de loi ont toutefois cru nécessaire d'introduire, en dépassement du texte français, un certain nombre de notions comme celle d'« esprit de transparence démocratique » qui n'ajoutent rien à la valeur normative du texte proposé et qui sont, de toute façon, peu

substantielles. Le Conseil d'État suggère dès lors de faire abstraction de cette notion et de reléguer une éventuelle réflexion sur la nécessaire transparence de l'accès aux documents conservés aux Archives nationales à l'exposé des motifs. En définitive, le texte gagnerait à simplement viser, en anticipant légèrement sur l'article 2 du projet de loi, l'archivage, dans l'intérêt public, des documents visés par le texte, comme le fait d'ailleurs le texte français.

Le Conseil d'État note encore que le texte sous revue vise la gestion de la justification des droits et obligations des seuls producteurs ou détenteurs d'archives, alors que le texte français, par exemple, couvre un champ plus large en se référant au besoin « de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées », sans autre précision. Le Conseil d'État aurait une préférence pour le texte français, puisque les documents des archives publiques peuvent évidemment servir à documenter les droits d'autres personnes que ceux des personnes qui ont produit ou qui détiennent les documents afférents.

Article 2

Sous le point 1, les auteurs du projet de loi définissent la notion d'archives, cette définition servant essentiellement de base à l'introduction sous les points suivants des notions d'« archives publiques » et d'« archives privées ».

Le Conseil d'État note que les auteurs du texte en projet ont fait le choix d'une définition large de la notion d'archives, définition qui, par ailleurs, est faite d'un mélange d'emprunts à différentes législations européennes et qui situe la notion d'archives tant par rapport à l'objet et la provenance des documents que par rapport à la nature des organes détenteurs ou producteurs de documents, ou encore leur activité.

Pour ce qui est des organes censés produire ou recevoir les documents qui constitueront des archives, le texte proposé se réfère à la notion de « personne physique ou morale de droit public ou privé ». La formulation choisie laisse entendre qu'une personne physique pourrait relever du droit public ou du droit privé, de sorte que le Conseil d'État propose de se référer à « une personne physique ou une personne morale de droit public ou privé », ou bien de renverser la suite dans laquelle il est fait référence à la personne morale et à la personne physique, ou bien encore de ne faire aucune distinction entre droit public et droit privé au niveau de la référence aux personnes physiques et aux personnes morales et de leur catégorisation, ce qui est le cas dans la législation française.

La notion clé de la définition retenue est celle de « documents » qui n'est pas directement définie, contrairement à la notion de document utilisée dans le projet de loi relative à une administration transparente et ouverte, mais est déclinée en fonction de la notion d'archives. La future législation luxembourgeoise assimilera ainsi, contrairement par exemple à la législation suisse, les notions d'archives et de documents. Dans la législation suisse, on n'entend par archives que les documents que les « Archives fédérales » ont repris. Certaines autres législations distinguent entre archives courantes ou dynamiques et archives historiques ou définitives, en intercalant parfois la catégorie des archives intermédiaires. D'après la définition proposée dans le texte sous revue, qui ne reprend aucune des distinctions susvisées, les

documents constitueraient des archives dès leur production ou leur réception par l'organisme concerné. La question qui se pose n'est pas anodine, alors qu'elle a des conséquences concrètes : ainsi, le droit de surveillance des Archives nationales et un certain nombre d'obligations qui s'appliquent à la gestion d'archives joueraient dès le tout premier stade de la confection d'un document. Le Conseil d'État voudrait, dans ce contexte et toujours dans la même perspective, attirer l'attention sur les incohérences qui se sont glissées dans le texte par rapport au champ d'application du dispositif proposé. Au commentaire des articles on peut en effet lire ce qui suit : « Les archives sont de par leur nature des preuves directes de faits. La précision dans le texte que les documents visés doivent permettre de « retracer la constitution, l'évolution ou la clôture d'un dossier » a pour objet d'exclure du champ d'application du projet de loi tous les documents « brouillon » qui ne constituent pas la preuve suffisante d'une étape décisive ou autrement pertinente dans l'exercice de l'activité de leur producteur ou détenteur. »

Indépendamment du fait que le bout de phrase cité dans le commentaire des articles ne figure pas dans le texte du projet de loi, la logique inhérente à ce commentaire ne s'impose pas avec la clarté de l'évidence. L'éventuelle nécessité qu'il y aurait de « retracer la constitution, l'évolution et la clôture d'un dossier » plaiderait même pour l'inclusion de documents du type « brouillon » dans le champ de la législation en projet. La précision introduite au niveau de la définition de la notion d'« archives » disant qu'elle couvre les documents, quel que soit leur stade d'élaboration, soulève des interrogations à ce sujet. Elle amène en effet le lecteur à penser que même des documents non définitivement élaborés pourraient tomber sous le champ d'application de la future loi. Toutes ces imprécisions sont de nature à créer une insécurité juridique et cela dans un contexte qui impose aux différents acteurs des obligations de faire et des interdictions pénalement sanctionnées. Le Conseil d'État voudrait rappeler dans ce contexte que le principe de la sécurité juridique implique que les personnes soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable et de prévoir donc, à un degré raisonnable, les conséquences d'un fait déterminé au moment où il se réalise². C'est pourquoi le Conseil d'État invite, sous peine d'opposition formelle, les auteurs du projet de loi à préciser le champ d'application de la nouvelle loi et de renoncer en tout cas à l'inclusion dans le texte de la référence au stade d'élaboration du document qui, en l'occurrence, a été surajoutée par rapport à d'autres législations européennes dont les auteurs du projet de loi se sont inspirés. Dans la même logique que celle qu'il vient de développer, le Conseil d'État sera amené, dans la suite du présent avis, à émettre d'autres oppositions formelles concernant des dispositions insuffisamment précises, ses critiques étant d'ailleurs, dans certains cas, directement liées à l'imprécision des définitions de base autour desquelles le projet de loi est construit. Enfin, et de façon plus générale, les contours insuffisamment précis des concepts et des processus clés sur lesquels se fonde le projet de loi seront source de difficultés au niveau de l'application de la loi en projet.

Le Conseil d'État voudrait encore brièvement commenter l'inclusion dans la définition de ce qu'il faut entendre par archives d'une notion qui élargit ici encore considérablement le champ de ce qui à l'avenir sera

² Voir Conseil d'État de la République française, « Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit », pp. 281 et suivantes, accessible sur le site de La documentation française.

considéré comme constituant la substance des archives. Celles-ci engloberont en effet « les instruments de recherche et les données complémentaires qui sont nécessaires à la compréhension et à l'utilisation de ces documents ». D'après le commentaire des articles, il s'agirait de tous les éléments permettant de comprendre et d'utiliser les documents d'archives tels que des fichiers, banques de données et répertoires. Le Conseil d'État constate encore une fois que les définitions données, qui sont reprises de la législation suisse mais qui ne figurent pas dans d'autres législations européennes, manquent de précision et instillent une dose importante d'insécurité juridique en ce qui concerne la définition du champ d'application de la future loi, ce qui amène le Conseil d'État à s'opposer, ici encore, de façon formelle au texte proposé.

Enfin, la définition proposée de la notion d'archives consacrerait définitivement la propriété de certaines archives en l'attribuant à l'État. Il s'agirait des archives des sections ancienne et moderne des Archives nationales rassemblant des documents datant d'avant 1795 (section ancienne), rassemblés pour la plupart par l'administration française après 1795, et des documents de 1795 à 1880 (section moderne). Il semble inapproprié au Conseil d'État de consacrer la propriété de ces documents au niveau d'une simple définition d'une notion, en l'occurrence celle d'« archives ». Le Conseil d'État en est, par ailleurs, à se demander si la première partie de la définition ne règle pas le problème soulevé par les auteurs du projet de loi. S'il devait en définitive y avoir problème à ce niveau, le Conseil d'État propose de consacrer un article à part à la propriété des archives visées.

La notion d'archives publiques est définie au point 2 de l'article 2. Cette définition fait ici encore référence à la notion de « personne physique ou morale de droit public ». Le Conseil d'État, tout en renvoyant à ses commentaires concernant la définition de la notion d'archives, en est à se demander quelles pourraient être les personnes physiques visées en l'occurrence et qui seraient à l'origine de la production ou de la réception d'archives publiques. À noter que les minutes et répertoires des notaires sont mentionnés séparément dans la même définition. Il conviendrait d'y ajouter, le cas échéant, le fichier alphabétique des parties aux actes reçus par le notaire confectionné par les soins du notaire et qui permet l'utilisation du répertoire. En ce qui concerne la référence aux documents produits ou reçus par des personnes morales de droit public, le Conseil d'État recommande aux auteurs du projet de loi de cerner avec plus de précision le cercle des personnes visées et d'énumérer, à l'instar d'autres législations européennes sur l'archivage – tel est le cas en France, en Belgique et en Suisse – ou encore du projet de loi relative à une administration transparente et ouverte³ en cours d'instance, les organismes qui produisent des archives publiques. Cette énumération pourrait viser les administrations et services de l'État, les communes, les établissements publics placés sous la tutelle de l'État ou des communes, certaines autres personnes morales fournissant des services publics ou bénéficiant tout simplement d'un statut de droit public, énumération à laquelle il faudrait ensuite ajouter des instances comme la Cour grand-ducale, la Chambre des députés, le Conseil d'État, le Médiateur et la Cour des comptes.

³ Projet de loi relative à une administration transparente et ouverte (doc. parl. n° 6810)

Le Conseil d'État retient ensuite l'exclusion de la définition de ce qu'il faut entendre par « archives publiques » des documents produits ou reçus par les communes et les organes représentatifs des cultes ainsi que les documents couverts par le secret fiscal. La formulation retenue ferait des archives en question, et cela compte tenu de la définition des archives privées figurant au point 3 de l'article 2 – toutes les archives qui ne constituent pas des archives publiques tombent automatiquement dans la catégorie des archives privées – des archives relevant du régime des archives privées, ce qui est inconcevable pour les archives des communes et ce que le projet de loi appelle des « documents couverts par le secret fiscal ».

L'incohérence provient du fait que les auteurs ont mélangé la question de la définition des archives publiques et des archives privées avec celle des régimes dérogatoires qu'ils comptent définir pour certaines catégories d'archives au niveau de la détermination des modalités de leur gestion. Or, cette dernière question n'a pas sa place au niveau de la définition des concepts clés utilisés tout au long du texte du projet de loi. Le Conseil d'État insiste dès lors, sous peine d'opposition formelle pour incohérence juridique manifeste du dispositif proposé, à ce que les auteurs du projet de loi revoient la définition de la notion d'archives publiques et renoncent à introduire à ce niveau des nuances qui n'ont pas lieu d'être.

Pour ce qui est de la définition du statut des documents produits ou reçus par les organes représentatifs des cultes, question qui est soulevée dans l'avis de l'Archevêché de Luxembourg, la réponse est à rechercher au niveau du statut des organes dont relèvent les archives en question et de leurs activités. Comme relevé dans l'avis précité de l'Archevêché de Luxembourg, l'Archevêché s'est vu accorder le statut d'une personne juridique de droit public par la loi du 30 avril 1981 conférant la personnalité juridique à l'évêché de Luxembourg (doc. parl. n° 2468). En vertu du premier critère avancé par les auteurs du projet de loi pour cerner le champ de ce qu'il faut entendre par archives publiques, les archives de l'Église catholique devraient constituer des archives publiques. Dans le commentaire des articles, les auteurs du texte invoquent cependant la liberté des cultes et le fait que les instances concernées « ne sont pas réputées être dépositaires ou tributaires d'un quelconque pouvoir public » pour justifier l'exclusion des archives des cultes de la notion d'archives publiques. Dans la même perspective, l'Archevêché de Luxembourg, en raison notamment de l'autonomie des cultes, plaide pour une solution accordant un statut spécial aux archives des cultes, et notamment à celles du culte catholique. Le Conseil d'État pourrait pour sa part se rallier à une telle solution retenant le statut d'archives publiques pour les archives des cultes, tout en les faisant bénéficier d'un régime de gestion spécifique.

Le Conseil d'État note encore au passage que, d'après le commentaire des articles, les documents produits ou reçus par la Cour grand-ducale feraient partie des archives publiques pour autant que ces documents aient trait aux activités du chef de l'État. Le Conseil d'État reviendra à cet aspect du dispositif lors de son commentaire du chapitre III consacré aux régimes dérogatoires.

Finalement, et toujours en relation avec la définition des archives publiques, les auteurs du projet de loi réduisent le qualificatif d'« archives publiques » aux documents générés par les instances concernées dans le

cadre de l'exercice d'une fonction législative, judiciaire ou administrative. Cette restriction veut-elle dire que les activités, par exemple de nature commerciale ou industrielle, auxquelles se livrent certaines personnes morales de droit public et qui donneraient lieu à la production d'archives ne tomberaient pas systématiquement dans le champ des archives publiques et qu'il faudrait à chaque fois opérer une distinction en fonction du contexte dans lequel le document a été généré pour savoir s'il rentre dans le champ des archives publiques ou des archives privées ? Le Conseil d'État insiste à ce que les auteurs du texte fournissent des réponses claires à cette question.

Pour ce qui est enfin de la notion d'« archives privées », les auteurs du projet de loi se bornent à la définir *a contrario*, en prévoyant qu'en définitive toutes les archives qui ne constituent pas des archives publiques sont à considérer comme des archives privées. Le Conseil d'État aura l'occasion de revenir à la définition ainsi donnée.

En ce qui concerne la définition de la notion de versement qui est donnée au point 4, le Conseil d'État constate qu'elle se réfère exclusivement à l'intégration d'archives publiques aux Archives nationales. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales développées ci-avant concernant l'existence d'autres services publics d'archives dont il faudrait tenir compte.

La même observation s'impose à l'endroit de la définition au point 5 de la notion de transfert d'archives privées qui, ici encore, est exclusivement axée sur le transfert d'archives privées vers les Archives nationales.

La définition de la notion de délai d'utilité administrative qui figure sous le point 6 constitue un élément clé du dispositif en ce qu'elle détermine le moment du versement des archives publiques aux Archives nationales et le délai de communication général de ces mêmes archives. Ainsi, le délai d'utilité administrative représenterait « la période pendant laquelle les archives publiques doivent être conservées par le producteur ou détenteur d'archives publiques ou par son successeur en droit en raison notamment de l'utilité administrative qu'elles présentent et des obligations juridiques qui incombent aux producteurs ou détenteurs des archives ».

Le Conseil d'État constate tout d'abord que la notion n'est utilisée qu'une seule fois dans la suite du texte, et cela à l'endroit de l'article 16 consacré à la communication des archives. Il n'y a dès lors pas lieu d'en faire figurer la définition au niveau de l'article sous revue, mais d'y pourvoir au niveau de l'article 16 précité.

Le Conseil d'État voudrait cependant d'ores et déjà formuler un certain nombre d'observations concernant la notion en question.

Les critiques formulées à l'endroit de la définition donnée dans les différents avis qui ont été transmis au Conseil d'État soulignent son caractère imprécis et approximatif. Tel est le cas de l'avis du Conseil de presse ou encore de celui du VLA. Cette association se heurte ainsi à l'utilisation de l'expression indéterminée « délai d'utilité administrative » et insiste sur une définition plus exacte. Selon elle, il serait primordial de définir de manière précise le cycle de vie des documents (archives courantes, archives intermédiaires, archives définitives) afin de pouvoir y situer un document et le gérer en conséquence. À noter que le commentaire

des articles, annexé au projet de loi, thématise la notion de cycle de vie des documents, sans toutefois en tirer toutes les conséquences.

Si la notion de délai d'utilité administrative est utilisée dans d'autres législations nationales en matière d'archivage, elle l'est parfois dans une perspective légèrement différente qui se rapproche toutefois de celle développée par le VLA.

Ainsi, le code du patrimoine français organise l'archivage par des services publics d'archivage autour de la notion de période d'utilisation courante, l'utilité administrative intervenant à un autre niveau, à savoir au moment du processus qui précède le versement aux archives et qui consiste à séparer les documents à conserver des documents dépourvus d'utilité administrative ou d'intérêt historique ou scientifique. La notion d'utilisation courante semble en tout cas autrement plus parlante au Conseil d'État que celle d'utilité administrative, vu que dans la pratique on pourrait la définir par rapport à des paramètres quantifiables, comme le nombre de fois qu'un document qui est classé est consulté sur une période donnée. L'insuffisance de la définition fournie est encore soulignée par le fait que les auteurs ont cru nécessaire d'introduire les critères à la base de la définition par le mot « notamment » et d'ajouter à la définition de la notion par rapport d'abord à l'utilité administrative un autre critère, à savoir celui des « obligations juridiques qui incombent aux producteurs ou détenteurs des archives ». Les obligations juridiques en question ne sont pas autrement définies, mais le Conseil d'État estime qu'il est fort à parier que l'utilisation du critère en question retarderait considérablement le versement aux Archives nationales. Il n'est, par ailleurs, pas exclu que ces obligations, quelles qu'elles soient, survivent au moment où l'administration sera amenée à verser ses archives aux Archives nationales. L'histoire politique récente est là pour en témoigner.

En conclusion sur ce point, le Conseil d'État recommande de revoir la définition en question et en tout cas d'omettre l'expression « notamment ». Elle devrait par ailleurs, dans sa substance, être intégrée à l'article 16 du texte en projet.

Les définitions figurant sous les points 7 et 8 n'appellent pas d'observations de la part du Conseil d'État.

Chapitre II – Versement des archives publiques aux Archives nationales

Concernant l'intitulé du chapitre II, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que l'utilisation du terme de « versement » peut induire en erreur. L'article 3 qui suit définit en effet un processus préalable à celui du versement, à savoir la proposition de versement, le versement en lui-même étant traité au niveau de l'article 6, paragraphe 2, sous le chapitre IV.

Article 3

L'article 3 a trait à la proposition de versement des archives publiques aux Archives nationales.

Le paragraphe 1^{er} est introduit par un nombre impressionnant d'exceptions au principe de la proposition de versement, cette proposition de versement ne devant être formulée que sauf disposition contraire dans la loi en projet ou dans d'autres textes législatifs et sans préjudice des missions spécifiques attribuées aux autres instituts culturels par la loi modifiée du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'État. Le Conseil d'État ne peut s'accommoder du caractère excessivement imprécis de cette façon de procéder et demande à ce que les exceptions au principe soient définies de façon précise. Par ailleurs, et si le Conseil d'État était suivi dans ses observations formulées au niveau des considérations générales ci-avant et au sujet des notions d'« archives publiques » et de « versement », observations destinées à ouvrir la loi non seulement vers les Archives nationales mais également vers tous les services publics d'archives, certaines des exceptions énumérées ici deviendraient superflues. En tout cas, la référence aux dispositions contraires de la loi en projet est superfétatoire, alors que la structure même du texte avec l'énumération sous le chapitre III d'un certain nombre de régimes dérogatoires fait suffisamment ressortir les exceptions au principe du versement aux Archives nationales.

Les critères pour le déclenchement de la formulation d'une proposition de versement de documents aux Archives nationales sont constitués par l'utilité administrative des documents avec un deuxième seuil constitué par un délai de cinquante ans à partir de la date du document le plus récent d'un dossier. À noter que n'est pas visé en l'occurrence le versement en lui-même, mais la proposition de versement, les Archives nationales pouvant faire un choix parmi les nombreuses archives courantes et intermédiaires conservées auprès des producteurs ou détenteurs d'archives. Il s'agit d'une phase clé dans le processus de gestion des archives, dont l'aboutissement sous de bonnes conditions dépendra en grande partie de la qualité et de l'exhaustivité du tableau de tri qui aura été établi en amont et qui fait notamment état du sort final qui sera réservé aux archives publiques.

D'après le commentaire des articles, les producteurs ou détenteurs d'archives publiques devraient proposer leurs archives « qui n'ont plus aucune utilité administrative, c'est-à-dire qui n'ont plus de valeur juridique et dont les producteurs n'ont plus besoin pour documenter leurs activités ». Cette conception de l'utilité administrative montre ici encore le flou qui entoure cette notion. Comme le Conseil d'État l'a déjà souligné à l'occasion de son commentaire de la définition de la notion de délai d'utilité administrative, la plupart des documents qui seront versés aux Archives nationales garderont une valeur juridique même après leur intégration aux Archives nationales. Ici encore, le Conseil d'État renvoie à la récente histoire politique, illustrée par les affaires autour du Service de renseignement de l'État ou encore du « poseur de bombes », et à ses réflexions concernant la solution retenue par le code du patrimoine français qui se réfère à la notion d'utilisation courante des documents concernés, l'expiration de la période d'utilisation courante déclenchant une procédure de tri et ensuite de versement à un service public d'archives.

En ce qui concerne le deuxième critère pouvant déclencher l'obligation pour l'administration concernée de proposer le versement d'un document aux Archives nationales, à savoir l'écoulement d'un délai de « 50

ans à partir de la date du document le plus récent d'un dossier », le Conseil d'État voudrait formuler les observations suivantes :

Il serait tout d'abord indiqué d'établir la liste des « dispositions contraires prévues dans d'autres lois » auxquelles le texte fait référence. Le commentaire des articles mentionne une seule exception au délai de cinquante ans, à savoir celle prévue par l'article 43 du Code civil aux termes duquel les doubles du registre de l'état civil déposés au greffe du Tribunal d'arrondissement datant de plus de cent ans sont transférés aux Archives nationales. Le but de la démarche serait de recenser l'ensemble des délais qui existent à l'heure actuelle pour le versement de documents aux Archives nationales en vue de leur harmonisation.

En ce qui concerne la durée du délai de cinquante ans, l'ALBAD propose une réduction à trente ans. L'enjeu n'est cependant que mineur, si le préarchivage au niveau des administrations est effectué dans de bonnes conditions et si l'accès à ces documents est garanti. De toute façon, l'administration n'a pas intérêt à retarder outre mesure le versement de ses archives aux Archives nationales, ne serait-ce que pour des raisons de disponibilité de capacités de stockage.

La disposition sous revue introduit une nouvelle notion, à savoir celle de « dossier ». Le Conseil d'État insiste à ce que les auteurs du texte en projet fournissent une définition de la notion en question, et cela afin d'éviter des difficultés d'interprétation et d'application autour de la notion de versement aux Archives nationales.

Pour ce qui est enfin de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 3 qui annonce un règlement grand-ducal qui fixera les modalités de versement d'archives aux Archives nationales, le Conseil d'État suggère de le prévoir à l'article 6 du texte en projet, étant donné que c'est cette disposition qui se réfère de façon plus précise à l'obligation de versement des archives publiques aux Archives nationales, ou de le fusionner à ce niveau avec le règlement grand-ducal qui définira les modalités des tableaux de tri. À la lecture des projets de règlements grand-ducaux annexés au projet de loi, le Conseil d'État a d'ailleurs constaté que ces deux aspects ont été regroupés dans un même texte.

La disposition qui est reprise au paragraphe 2 règle le sort des archives publiques d'entités diverses au moment de leur suppression. Il suffirait de se référer à ce niveau à « tout organisme détenteur d'archives publiques » et d'omettre d'énumérer à cet endroit les institutions, les ministères, les administrations et les services comme étant visés par la disposition.

Chapitre III – Régimes dérogatoires

Article 4

L'article 4 définit les dérogations dont bénéficieront certains producteurs et détenteurs d'archives publiques par rapport à l'obligation générale de proposer les documents dont ils ont la responsabilité, sous les conditions définies à l'article 3, aux Archives nationales. Ces dérogations peuvent porter sur le principe même de l'obligation ou sur ses modalités.

Le paragraphe 1^{er} prévoit une première exception pour les archives publiques classifiées conformément à la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité, archives qui doivent être proposées au versement après avoir été déclassifiées. Ce faisant, les auteurs du projet de loi font dépendre le versement de documents aux Archives nationales d'un troisième critère, en l'occurrence un acte posé par l'administration concernée à travers la déclassification des documents concernés. La déclassification déclencherait ainsi de façon quasi automatique le processus de versement aux Archives nationales, alors qu'il n'est nullement exclu que les documents en question présentent encore une utilité administrative. Le Conseil d'État pourrait envisager, le cas échéant, que la déclassification s'ajoute comme critère à celui de l'utilité administrative. Par ailleurs, et si la déclassification devait constituer une condition essentielle au versement des documents visés aux Archives nationales et cela pour des raisons tenant probablement à la sécurité nationale, l'ajout quelque peu maladroit d'une condition de délai, aux termes de laquelle « l'échéance (est) toutefois de 50 ans à compter de la date du document le plus récent d'un dossier », ne semble guère envisageable au Conseil d'État. D'après les explications fournies au commentaire des articles, la condition de délai se surajouterait à celle de la déclassification, ce qui ne ressort toutefois pas de la formulation choisie.

Ensuite, et toujours d'après le commentaire des articles, seules les pièces d'origine nationale seraient visées et non les documents qui ont été classifiés par une entité étrangère ou qui ont été classifiés en application de conventions ou de traités internationaux qui lient le Luxembourg. Si l'article 16 de la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité réserve effectivement un traitement à part aux pièces qui ont été classifiées, sous quelque forme que ce soit, en application de conventions ou de traités internationaux qui lient le Luxembourg, pièces qui conservent le niveau de classification qui leur a été attribué, et qui ne peuvent dès lors pas être considérées comme ayant été classifiées en vertu de la loi précitée du 15 juin 2004, tel n'est pas nécessairement le cas des renseignements obtenus de la part de services étrangers. Dans cette perspective, le texte serait ici encore insuffisamment précis. L'ensemble du texte du paragraphe 1^{er} de l'article 4 devrait dès lors être revu.

Le paragraphe 2 prévoit que la Chambre des députés, le Conseil d'État, et les juridictions luxembourgeoises conservent et gèrent eux-mêmes leurs archives. Les auteurs invoquent dans ce contexte le principe de la séparation des pouvoirs, tout en prévoyant un pouvoir de surveillance des Archives nationales à l'endroit des archives de la Chambre des députés, du Conseil d'État et des juridictions luxembourgeoises, ce qui semble quelque peu contradictoire aux yeux du Conseil d'État. Il y a lieu de relever dans ce contexte les arguments mis en avant par le Procureur général d'État dans son avis du 1^{er} février 2016 en faveur d'une stricte délimitation de ce pouvoir de surveillance, les Archives nationales ne devant pas pouvoir s'immiscer à l'avenir dans le fonctionnement, fût-il administratif, de la Justice. Le Conseil d'État fait siens ces arguments qui valent au même titre pour tous les organismes qui bénéficieront d'un régime dérogatoire en matière d'archivage.

En application de la disposition prévue à l'alinéa 2 du paragraphe 2, les producteurs et détenteurs des archives publiques en question pourraient toutefois soumettre une demande motivée aux Archives nationales en vue

d'une reprise par ces dernières des documents afférents. Dans son avis, le Procureur général d'État interprète cette disposition comme mettant à charge des Archives nationales une obligation de reprendre les archives des juridictions luxembourgeoises si celles-ci en expriment la demande. Le texte n'est toutefois pas tout à fait clair sur ce point étant donné qu'il exige une demande motivée de la part des producteurs ou détenteurs d'archives publiques, ce qui laisse sous-entendre qu'un refus pourrait être opposé à une telle demande. Le texte est dès lors à clarifier.

Le Conseil d'État constate, par ailleurs, que le texte ne mentionne pas les archives de la Cour grand-ducale. D'après le commentaire des articles, les archives en question auraient en fait un statut mixte, seuls les documents ayant trait aux activités du chef de l'État constituant des archives publiques. Face à ce constat, l'absence de toute référence dans le texte même du projet de loi à ces archives n'est guère satisfaisante. A priori, une inclusion des archives de la Cour grand-ducale dans les régimes dérogatoires constituerait une solution appropriée. Le Conseil d'État insiste dès lors à ce que le texte précise le statut des archives de la Cour grand-ducale.

Pour ce qui est du statut des archives des cultes reconnus, le Conseil d'État renvoie à ses observations faites à l'endroit de l'article 2 du projet de loi concernant la définition des notions d'archives.

Le paragraphe 3 fait bénéficier les établissements publics du même régime dérogatoire, sans que les auteurs du texte n'envisagent toutefois la possibilité d'une reprise des archives des établissements publics par les Archives nationales, l'argument avancé à l'appui de cette solution étant le nombre élevé d'établissements publics. Il est évident qu'une telle motivation n'ajoute rien à la cohérence du dispositif. Le Conseil d'État propose par voie de conséquence que les établissements publics bénéficient également de la possibilité offerte aux institutions par le paragraphe 2 de l'article 4.

Le Conseil d'État voudrait clore son examen de l'article 4 par une observation concernant l'étendue de la dérogation qui, à son avis, n'est pas très claire. Si l'exception pour les archives publiques classifiées et celle dont bénéficient les institutions sont présentées comme des dérogations au paragraphe 1^{er} de l'article 3, c'est-à-dire à l'obligation de versement de leurs documents aux Archives nationales qui pèse sur les producteurs ou détenteurs d'archives publiques, tel n'est pas le cas des archives des établissements publics. En définitive, ce n'est toutefois que le régime dérogatoire des archives publiques classifiées qui est défini par rapport à l'obligation de versement. Pour ce qui est des archives des institutions, le régime dérogatoire couvre la conservation et la gestion des archives, tandis que pour les établissements publics, seule la conservation serait visée. Le Conseil d'État propose dès lors d'omettre au paragraphe 2 le bout de phrase introductif « par dérogation au premier paragraphe de l'article 3 » et de clarifier au paragraphe 3 si la dérogation y définie vise également la gestion des archives des établissements publics.

Article 5

Aux termes du paragraphe 1^{er} de cet article, le ministre peut, sur avis du directeur des Archives nationales, autoriser tout producteur ou détenteur d'archives publiques à pratiquer un régime d'archivage autonome qui en

substance permettra à l'entité en question de ne pas verser ses archives aux Archives nationales, mais de mettre en place ses propres archives. Ce régime dérogatoire sera accordé dans la mesure où il sera garanti que les objectifs poursuivis par la loi conformément à son article 1^{er} seront atteints.

Le paragraphe 2 définit ensuite un certain nombre d'autres conditions que le producteur ou détenteur d'archives publiques, qui désire bénéficier du régime dérogatoire, devra remplir.

Enfin, et d'après le paragraphe 3, le ministre pourra, sous certaines conditions, « révoquer l'archivage autonome ».

Le dispositif ainsi proposé donne lieu aux observations suivantes de la part du Conseil d'État :

Le principe même de l'archivage autonome est introduit de façon fort compliquée au paragraphe 1^{er}. Ainsi, « le ministre (...) peut (...) accorder un régime dérogatoire relatif à l'archivage autonome et dispenser tout autre producteur ou détenteur d'archives publiques (...), en tout ou en partie, de l'obligation prévue au paragraphe 1^{er} de l'article 3 (...) et l'autoriser à archiver ses propres archives publiques ». Ce passage du texte pourrait être rendu nettement plus lisible s'il se bornait à formuler, dans une phrase simple, le principe du régime de l'archivage autonome pour ensuite définir brièvement en quoi consiste l'archivage autonome, archivage autonome qui *in fine* se réduit à une dispense totale ou partielle de l'obligation de versement prévue à l'article 3 du projet de loi. La formulation du texte couvrant le régime dérogatoire pour les établissements publics à l'article 4, paragraphe 3, pourrait servir de modèle dans cette perspective. Le Conseil d'État propose encore de renoncer à un renvoi aux objectifs visés à l'article 1^{er} qui selon le texte devraient être « suffisamment garantis » pour que le régime de l'archivage autonome puisse être autorisé, étant donné que le texte en question n'a, comme cela a déjà été relevé lors du commentaire de la disposition afférente, aucune substance normative. Il en est de même de la précision selon laquelle l'archivage devra être fait conformément aux principes de la loi en projet et de ses règlements d'exécution. Il s'agit en effet en l'occurrence d'une condition qui est couverte à suffisance par le paragraphe 2 de l'article 5. L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, qui prévoit que le régime de l'archivage autonome est accordé sur demande du producteur ou détenteur d'archives publiques, énonce une évidence et devrait pouvoir être supprimé ou, le cas échéant, être intégré directement au nouveau libellé du paragraphe qui dès lors pourrait se lire comme suit :

« Le ministre ayant dans ses attributions les Archives nationales, dénommé ci-après « le ministre », peut, après avoir demandé l'avis du directeur des Archives nationales, accorder un régime d'archivage autonome à tout producteur ou détenteur d'archives publiques qui en fait la demande. Le régime d'archivage autonome consiste dans une dispense totale ou partielle de l'obligation de versement prévue à l'article 3, paragraphe 1^{er}. Le producteur ou détenteur d'archives publiques qui bénéficie du régime d'archivage autonome conserve et gère lui-même ses archives. Il reste soumis à la surveillance des Archives nationales. »

Le paragraphe 2, qui énumère toute une panoplie de conditions que le bénéficiaire de l'archivage autonome devra remplir, pourrait également être simplifié s'il se limitait à préciser que le bénéficiaire de l'archivage

autonome doit remplir toutes les autres obligations prévues par la loi en projet afin de garantir la pérennité, l'authenticité, l'intégrité, la confidentialité, le bon ordre de classement et l'accessibilité des archives publiques. En ce qui concerne le critère de la lisibilité des archives publiques, le Conseil d'État n'est pas très sûr d'en saisir le sens et la portée. Il serait indiqué que les auteurs du projet de loi précisent leur pensée sur ce point. Le paragraphe pourrait ensuite, comme le fait le texte en projet, énumérer les conditions au niveau de son organisation que le service concerné doit remplir en termes de mise à disposition d'un service d'archivage, d'infrastructures et de plan d'urgence. Le Conseil d'État propose encore de renoncer au dernier alinéa du paragraphe 2, vu qu'il prévoit des obligations à charge du bénéficiaire du régime d'archivage autonome qui sont déjà largement couvertes par le reste du texte.

Enfin, et toujours en ce qui concerne le texte du paragraphe 2, il est inacceptable pour le Conseil d'État de mettre sur un même pied, comme le fait le texte en projet, des conditions définies dans la loi et dans les recommandations émises par les Archives nationales. En principe, des recommandations laissent une certaine marge d'appréciation à ses destinataires et ne sauraient être élevées *de facto* au même rang que des obligations édictées par la loi. Par ailleurs, les Archives nationales ne disposent d'aucun pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État se voit dès lors amené, en s'appuyant sur le principe de la hiérarchie des normes, à s'opposer formellement au dispositif proposé.

Le Conseil d'État a encore constaté que l'ALBAD déconseille ensuite d'imposer des solutions informatiques uniformes choisies par les Archives nationales à tous les producteurs ou détenteurs d'archives publiques. Ainsi par exemple, le producteur ou détenteur d'archives publiques, qui se sera vu accorder le régime de l'archivage autonome, devra établir des inventaires de ses archives et les rendre accessibles pour une réutilisation en ligne via le moteur de recherche des Archives nationales. Même si le Conseil d'État propose de renoncer à l'alinéa qui prévoit ce dispositif (voir ci-dessus), il conçoit toutefois les avantages d'une telle solution dans la pratique. Le VLA, de son côté, insiste sur la fixation de standards élevés pour les bénéficiaires du régime d'archivage autonome et sur la nécessité de leur respect. Selon le VLA, de tels standards devraient également être imposés aux établissements publics qui géreront eux-mêmes leurs archives. Le Conseil d'État estime pour sa part que les textes proposés à l'endroit tant des établissements publics que des bénéficiaires du régime d'archivage autonome permettent d'atteindre cet objectif en ce qu'ils imposent en définitive le respect de tous les principes qui sont à la base de la loi en projet et de ses règlements d'exécution aux producteurs et détenteurs d'archives publiques concernés.

Toujours concernant le paragraphe 2 de l'article 5, le Conseil d'État partage les appréhensions formulées dans certains des avis qui lui ont été soumis, et selon lesquelles l'obligation imposée aux bénéficiaires du régime de l'archivage autonome de disposer d'un service d'archives dirigé par un diplômé en archivistique risque de mener à une impasse, alors qu'il y aurait pénurie de personnel qualifié. Le Conseil d'État recommande dès lors de choisir une formulation moins contraignante. Dans le texte visé, il y aurait par ailleurs lieu de remplacer la notion de « membre de ce service » par celle d'« agent de ce service ».

En ce qui concerne le texte du paragraphe 3, le Conseil d'État propose d'en faire abstraction, étant donné que l'autorisation du ministre sera par nature révocable, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le préciser dans la loi.

Chapitre IV – Sélection et élimination des archives publiques

Le Conseil d'État s'interroge sur la notion d'« élimination » utilisée dans l'intitulé du chapitre IV. Il propose de se référer à la notion de « destruction » des archives publiques, comme tel est le cas dans la suite du texte.

Article 6

L'article 6 en son paragraphe 1^{er} a trait à la façon dont les archives sont préparées au niveau du producteur ou détenteur d'archives publiques en vue d'assurer le versement ultérieur aux Archives nationales dans de bonnes conditions. Le tableau de tri constitue un instrument essentiel de cette étape dans le cycle de vie des archives publiques. En dépit de cela, cette notion clé n'est pas autrement définie dans le texte qui se borne à préciser que le tableau de tri consigne l'évaluation qui est faite des archives par les Archives nationales pour renvoyer ensuite à un règlement grand-ducal qui déterminera les modalités des tableaux de tri.

Le tableau de tri constituant un élément central de la réussite de la démarche proposée par les auteurs du projet de loi, le Conseil d'État propose d'inclure les éléments constitutifs de base du tableau de tri dans le texte de la loi et de définir son établissement comme une obligation à charge des administrations en vue de la bonne conservation des archives, et cela au lieu de centrer ici encore le texte par trop sur les Archives nationales. La définition afférente pourrait s'inspirer du texte du commentaire des articles et de celui du projet de règlement grand-ducal fixant les modalités d'établissement des tableaux de tri, de destruction d'archives, de versement et de transfert d'archives aux Archives nationales et définir le tableau de tri comme étant un tableau reprenant les différents types de documents produits ou reçus par une administration, définition de base à laquelle on pourrait encore ajouter certains éléments constitutifs du tableau.

Le Conseil d'État estime encore qu'il serait indiqué de préciser, même si l'on peut accepter que cela ressort de l'économie générale du texte, que le processus défini au paragraphe 1^{er} ne s'applique qu'aux archives publiques qui seront versées aux Archives nationales.

Le Conseil d'État note enfin que le paragraphe 1^{er} prévoit que « [l]es tableaux de tri doivent être établis dans un délai de sept ans qui suivent l'entrée en vigueur de la présente loi ». Hormis le fait que la durée de sept ans lui paraît exagérée et qu'il faudrait accélérer au maximum le processus de mise en ordre des archives des services concernés, le Conseil d'État estime qu'on est en présence d'une disposition transitoire qui devrait être insérée à la fin du projet de loi.

Le paragraphe 2 règle le versement des archives publiques aux Archives nationales. La deuxième phrase, qui prévoit que les producteurs ou détenteurs d'archives publiques qui bénéficient d'un « régime dérogatoire relatif à l'archivage autonome conformément aux articles 4, paragraphes 2

et 3, et 5 » assurent eux-mêmes l'archivage de ces documents, semble tout d'abord superfétatoire au Conseil d'État, vu qu'il ressort clairement des dispositions auxquelles il est fait référence que les entités y visées conservent elles-mêmes leurs archives. Si les auteurs du texte devaient choisir de maintenir la phrase sous revue, le Conseil d'État recommande d'omettre la référence à l'archivage autonome, puisque cette notion ne couvre en fait que le régime dérogatoire prévu à l'article 5, et d'utiliser les termes « régime dérogatoire en matière d'archivage ».

Article 7

L'article 7 a trait à la destruction des archives publiques. Il envisage en ses paragraphes 1^{er} et 2 les cas de figure dans lesquels il peut être procédé à une destruction d'archives publiques, et cela par le producteur ou détenteur de ces archives ou par les Archives nationales. Selon le paragraphe 1^{er}, les producteurs ou détenteurs d'archives publiques ne pourront détruire leurs archives que si le tableau de tri le prévoit, les modalités de la destruction étant fixées par voie de règlement grand-ducal. D'après le paragraphe 2, les Archives nationales ne détruiront aucun document leur versé sans l'autorisation de l'entité versante.

Le dispositif ainsi proposé n'est cependant pas sans soulever un certain nombre de questions. Le Conseil d'État note tout d'abord que le tableau de tri qui sera établi de concert entre les Archives nationales et le producteur ou le détenteur d'archives publiques est destiné, aux termes du projet de règlement grand-ducal fixant les modalités d'établissement des tableaux de tri, de destruction d'archives, de versement et de transfert d'archives au Archives nationales, à déterminer le sort final des archives. Par « sort final » on entend le sort réservé aux archives à l'expiration du délai d'utilité administrative, expiration qui déclenche le processus de versement aux Archives nationales. Il consiste soit dans la conservation définitive et intégrale des documents, soit en leur destruction définitive et intégrale. Le Conseil d'État se demande dès lors, par rapport au paragraphe 2, quels pourraient être les cas de figure dans lesquels une destruction d'archives, qui par définition, et selon le tableau de tri, étaient destinées à la conservation définitive et intégrale, devrait avoir lieu au niveau des Archives nationales. La destruction d'archives qui méconnaîtrait les dispositions de la loi en projet étant pénalement sanctionnée, le Conseil d'État s'oppose formellement au texte tel que proposé, étant donné qu'il est source d'insécurité juridique. Il insiste à ce que le dispositif prévu soit précisé à travers notamment l'énumération des hypothèses dans lesquelles une telle destruction d'archives pourra être envisagée. Le Conseil d'État relève encore qu'il lui paraît indiqué de dire avec précision dans le texte, qui sera responsable pour les archives publiques après leur intégration aux Archives nationales. Le Conseil d'État part du principe que le versement aux Archives nationales opère un transfert de la responsabilité afférente du producteur ou détenteur d'archives publiques vers les Archives nationales. Dans cette perspective, l'autorisation de l'entité versante en vue de la destruction de documents versés aux Archives nationales est-elle logique ? Un simple avis de l'entité versante, ou encore une information préalable à l'entité versante ne constitueraient-ils pas une formalité suffisante ?

Le paragraphe 3 incrimine et punit ensuite le détournement, la soustraction ou encore la destruction, volontaire ou involontaire, d'archives publiques destinées, d'après les tableaux de tri, aux Archives nationales, le

fait d'avoir laissé commettre de tels actes, ainsi que la tentative de les commettre. À l'alinéa 1^{er}, il est précisé que l'incrimination des comportements y relatés se fait sans préjudice des articles 240, 241, 242 et 243 du Code pénal. A priori, il semble au Conseil d'État que l'applicabilité concomitante des dispositions en présence ne saurait guère faire de doute, de sorte que le renvoi peut être considéré comme superflu. De plus, la référence à l'article 243 du Code pénal qui traite de la concussion n'a aucunement sa place dans le texte en projet et devrait être supprimée en toute hypothèse.

Dans son avis, le Procureur général d'État critique, sur un certain nombre de points, la façon de procéder des auteurs du projet de loi. Les critiques formulées par le Procureur général d'État ont plus particulièrement trait à la présence de l'élément moral dans la commission des infractions incriminées. À l'alinéa 1^{er}, il est tout d'abord prévu de sanctionner le détournement, la soustraction ou la destruction volontaires d'archives publiques. À l'endroit de l'alinéa 2 du paragraphe 3, qui incrimine le fait d'avoir laissé commettre les infractions prévues à l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État fait sienne la recommandation du Procureur général d'État de préciser que le fait d'avoir laissé commettre un détournement, une soustraction ou une destruction d'archives publiques présuppose également l'existence d'un élément intentionnel. Cette proposition est en effet cohérente avec le texte de l'alinéa 3 qui sanctionne les faits prévus aux alinéas 1^{er} et 2 lorsqu'ils ont été commis par négligence. Le Conseil d'État se rallie également aux critiques formulées par le Procureur général d'État à l'endroit de l'alinéa 4 du paragraphe 3 qui incrimine la tentative des délits prévus aux alinéas 1^{er} et 2 du paragraphe 3 et le fait d'avoir laissé commettre une telle tentative. Serait en effet pénalement sanctionnée la négligence de la personne détentrice d'archives publiques en raison de ses fonctions, et notamment du chef d'administration, qui aurait rendu possible le détournement, la soustraction ou la destruction d'archives publiques, et cela sans qu'il n'ait donné d'instructions dans ce sens, ce qui de toute façon ferait de lui un complice ou un coauteur. Une telle configuration des sanctions n'existerait, selon le Procureur général d'État, nulle part ailleurs dans la Fonction publique. Le Conseil d'État propose dès lors de réaménager la partie du texte qui couvre la tentative. Les comportements y visés devraient en effet relever du droit disciplinaire.

Chapitre V – Sous-traitance

Article 8

D'après le paragraphe 1^{er} de l'article 8, les producteurs ou détenteurs d'archives publiques peuvent confier la conservation de leurs archives publiques à un sous-traitant.

Ils peuvent le faire « sans préjudice des dispositions qui précèdent », précision qui ici encore semble superflue au Conseil d'État. Tous les producteurs ou détenteurs d'archives publiques, qu'ils tombent sous le régime de principe ou qu'ils bénéficient d'un régime dérogatoire, peuvent recourir à la sous-traitance. La partie introductive du paragraphe 1^{er} est dès lors à supprimer.

Il serait par ailleurs indiqué de préciser dans le texte de l'alinéa 1^{er} ce qu'il convient d'entendre par « la conservation des archives publiques » par un sous-traitant. D'après le commentaire des articles, le recours à un sous-traitant pourra couvrir la conservation des archives courantes, intermédiaires ou définitives. A priori, la France est le seul pays qui a recours à la pratique de la sous-traitance, tout en excluant l'archivage définitif par un sous-traitant. Les dispositions afférentes du code du patrimoine français ne couvrent en effet que le dépôt d'archives publiques courantes et intermédiaires, c'est-à-dire non définitives, auprès de personnes agréées. Le Conseil d'État insiste dès lors à ce que le projet de loi précise dans son texte même la portée de la notion de « conservation des archives » en relation avec la sous-traitance.

Le Conseil d'État a ensuite noté les conditions que le sous-traitant doit remplir. Il devra être spécialisé dans l'archivage de documents et apporter des garanties suffisantes concernant le respect des dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le Conseil d'État estime qu'une condition essentielle, à savoir celle de la fourniture de garanties suffisantes par le sous-traitant dans le domaine de la protection des données à caractère personnel n'est pas formulée de façon suffisamment précise. S'agissant d'un domaine particulièrement sensible, qui ne tolère pas la moindre insécurité juridique, le Conseil d'État insiste à ce que ces garanties soient formulées avec plus de précision au niveau de la loi en projet. Il s'oppose par conséquent formellement à la disposition du paragraphe 1^{er} dans sa rédaction actuelle.

La dernière phrase du paragraphe – qui impose aux producteurs ou détenteurs d'archives publiques et à leurs sous-traitants de veiller au respect des dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 précitée et « notamment celles relatives à la sécurité des traitements » et des dispositions de la loi en projet –, est d'ailleurs empreinte de la même imprécision, ce que tend à montrer l'utilisation du terme « notamment ». On pourrait même considérer, selon l'interprétation qu'on en fait, que la phrase ne fait qu'énoncer une évidence et se trouve dès lors être superflue. Il en serait autrement, si les auteurs du projet de loi avaient voulu imposer aux producteurs ou détenteurs d'archives publiques qui sous-traitent leur archivage une obligation de surveillance du sous-traitant, ce qu'il conviendrait de préciser dans ce cas. Il serait enfin indiqué de ne pas simplement se référer au respect « des dispositions de la présente loi », mais d'énumérer avec précision les dispositions qui doivent être respectées.

Le paragraphe 2 oblige le producteur ou détenteur d'archives publiques à signaler le recours à un sous-traitant aux Archives nationales. D'après le commentaire des articles, la loi en projet ne prévoit pas d'agrément pour les sociétés sous-traitantes « afin de ne pas créer une nouvelle procédure encombrante ».

Le Conseil d'État note toutefois que le commentaire des articles fait référence aux sociétés sous-traitantes qui, « si elles sont capables de gérer les archives conformément à la présente loi seront considérées « spécialisées dans l'archivage de documents » ». En s'exprimant ainsi, les auteurs du texte semblent partir de l'hypothèse qu'il existera deux catégories de sous-traitants : une catégorie de sous-traitants qui pourront porter le titre susvisé, et qui devraient logiquement passer par une procédure d'agrément –

procédure qui n'est pas prévue par la loi en projet – et une catégorie de sous-traitants « simples » non certifiés. Or, une telle catégorisation ne fait aucun sens puisque toute entreprise sous-traitante devra, aux termes de la loi en projet, respecter ses dispositions et conditions et être au minimum capable de gérer des archives conformément aux standards de la loi. Face à ces imprécisions, et compte tenu des enjeux, alors qu'il est en l'occurrence dérogé à un des dispositifs clés de la future loi à travers la possibilité du recours à un sous-traitant, le Conseil d'État suggère que les auteurs du projet de loi précisent dans la loi comment sera effectué le choix des éventuels sous-traitants. Le Conseil d'État note au passage que le code du patrimoine français prévoit une procédure d'agrément du sous-traitant.

En conclusion sur ce point, le Conseil d'État approuve dès lors la démarche des auteurs du projet dans la mesure où ils comptent éviter la création d'une nouvelle procédure sous la condition toutefois que le paragraphe 1^{er} soit reformulé avec toute la précision voulue. Il propose enfin d'améliorer la rédaction du texte du paragraphe 2 en le reformulant comme suit :

« Le producteur ou détenteur d'archives publiques qui recourt à un sous-traitant en informe les Archives nationales. Cette information doit au moins porter sur l'identité du sous-traitant ainsi que sur la durée du contrat de sous-traitance. »

En ce qui concerne le paragraphe 3 qui dispose que le directeur des Archives nationales mentionnera dans son rapport annuel tout manquement à l'obligation inscrite au paragraphe 2, le Conseil d'État estime qu'une telle disposition n'a pas sa place dans une loi. Il propose dès lors d'en faire abstraction.

Chapitre VI – Surveillance de la gestion et de la conservation des archives publiques

Article 9

Le paragraphe 1^{er} trace le cadre du droit de surveillance dont bénéficient les Archives nationales sur les archives publiques, surveillance qui couvre la gestion et la conservation des archives publiques. La définition des modalités d'exercice de ce droit de surveillance est reléguée au niveau d'un règlement grand-ducal. En fait, le texte sous revue contient ensuite un certain nombre de procédures qui permettront aux Archives nationales d'exercer une surveillance à maints égards très incisive, et critiquée dans les différents avis dont le Conseil d'État a pu prendre connaissance, sur les archives des administrations.

L'alinéa 1^{er}, qui définit dans son principe le droit de surveillance des Archives nationales sur la gestion et la conservation des archives publiques, précise que cette surveillance respectera « le secret ou la confidentialité de certains documents prévus par d'autres lois ». Le Conseil d'État propose de faire abstraction de cet ajout qui non seulement manque de la précision la plus élémentaire, mais qui est également superfétatoire au vu des obligations professionnelles qui s'imposent aux agents qui interviendront dans ce processus, en ce compris le secret professionnel.

Le paragraphe 1^{er} prévoit ensuite la possibilité pour les Archives nationales de contrôler, sur information préalable, à distance ou moyennant inspection sur place, l'état des documents conservés par les producteurs ou détenteurs d'archives publiques, ou encore leur sous-traitant. Le contrôle à distance des archives des administrations devra nécessairement se faire de façon informatique. Hormis le fait que le Conseil d'État ne voit pas très bien comment un tel accès permettrait de vérifier l'état des documents conservés, il donne à considérer que l'approche choisie augmenterait encore le nombre des agents qui auront accès à des documents potentiellement sensibles avec tous les risques de sécurité que cela comporte. Le Conseil d'État insiste dès lors à ce que la notion d'« état des dossiers » soit précisée pour mieux cerner l'objet et les visées des contrôles effectués. Par ailleurs, les inspections, par quelque procédé que ce soit, devraient être ponctuelles et strictement encadrées.

D'après le même paragraphe, le pouvoir de surveillance s'étend, en ce qui concerne les producteurs ou détenteurs d'archives publiques bénéficiant d'un régime d'archivage dérogatoire ou de celui de l'archivage autonome, au « contrôle par les Archives nationales du respect des conditions de communication, de reproduction et de publication des archives ». En réaction à ce texte, le Procureur général d'État retient dans son avis qu'il devrait être évident que les communications de documents archivés dans le contexte de procédures judiciaires ne sauraient donner lieu à une surveillance de la part des Archives nationales. Le Procureur général d'État propose, par voie de conséquence, de strictement limiter le droit de surveillance. Le Conseil d'État suggère pour sa part de remplacer le terme de « droit de surveillance » par celui de « mission d'encadrement » qui se limitera à la formulation des recommandations dont question au paragraphe 1^{er} de l'article 9 (8 selon le Conseil d'État) du texte proposé, assortie d'un pouvoir de procéder à des inspections à distance et sur place.

D'après le paragraphe 2, les producteurs ou détenteurs d'archives publiques devront demander l'avis des Archives nationales lorsqu'ils envisagent d'introduire des systèmes techniques de création, de stockage et de conservation de documents numériques ou lors de modifications de tels systèmes. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec cette approche qui ne sera pas contraignante, mais qui permettra de s'engager dans la voie d'une certaine systématisation des systèmes informatiques utilisés. Il propose toutefois de reformuler le paragraphe en question et de supprimer la fin de la phrase qui décrit l'objectif de la démarche, mais qui semble fort réductrice au Conseil d'État. À titre d'alternative, il suggère de constituer la fin de la phrase en phrase autonome et d'y intégrer l'idée de systématisation des systèmes en place.

Le paragraphe 3 confie au chef d'administration la responsabilité de l'archivage, étant entendu qu'il pourra déléguer les travaux archivistiques au quotidien à un ou plusieurs agents de son administration. Le Procureur général d'État estime qu'en sa qualité de chef d'administration il devrait pouvoir aller plus loin et déléguer les fonctions en relation avec l'archivage à un membre de son parquet. Cette délégation ne devrait ainsi pas se limiter à des travaux archivistiques au quotidien. Le Conseil d'État ne peut que se rallier à cette façon de voir du Procureur général d'État. Il lui semble en effet impensable qu'un chef d'administration puisse s'investir de façon systématique dans la gestion, et a fortiori dans la gestion quotidienne des archives. Dans la pratique, il confiera cette mission à l'agent plus

particulièrement chargé de l'archivage de l'administration. En ce qui concerne enfin la mise en réseau des responsables de l'archivage, elle constitue évidemment une bonne initiative, mais qui, ici encore, n'a pas sa place dans un texte de loi, vu qu'elle relève de l'organisation interne de l'administration. Le texte du paragraphe 3 devrait dès lors être revu.

Article 10

L'article 10 charge le directeur des Archives nationales de la rédaction d'un rapport annuel au ministre concernant la gestion, la conservation, la sécurité, le versement et la communication au public des archives publiques. Il érige par ailleurs le directeur en instance à laquelle des réclamations peuvent être adressées par les utilisateurs des archives.

Le Conseil d'État note ici encore le caractère purement interne à l'administration du processus mis en place ainsi que l'absence de conséquences juridiques réservées aux réclamations. Seule est envisagée la mention de ces réclamations dans le rapport annuel au ministre, rapport qui sera ensuite soumis au Gouvernement en conseil. Face à ce constat, le Conseil d'État en est à se demander s'il est opportun de maintenir le texte. Au niveau de la rédaction, l'introduction de l'avant-dernière phrase, qui institue la procédure de réclamation par les mots « à cet effet » et qui est censée faire le lien avec le rapport annuel du directeur des Archives nationales, est dénuée de sens aux yeux du Conseil d'État. Elle est, partant, à supprimer. En ce qui concerne la transmission par le ministre du rapport au Gouvernement en conseil, le Conseil d'État se doit de rappeler qu'aux termes de l'article 76 de la Constitution il appartient au Grand-Duc de régler l'organisation de son Gouvernement, pouvoir dans l'exercice duquel la Chambre des députés ne peut s'immiscer. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à la disposition afférente. Au cas où le dispositif de réclamation serait maintenu, le Conseil d'État propose de reformuler comme suit les deux dernières phrases de l'article 10 :

« Des réclamations peuvent lui être adressées par les utilisateurs d'archives. Il en fait mention dans son rapport au ministre. »

Chapitre VII – Protection des archives publiques

Article 11

L'article 11 définit un certain nombre de principes qui servent à protéger les archives publiques et les conséquences qui en découlent.

Le paragraphe 1^{er} énonce tout d'abord le principe selon lequel les archives publiques sont imprescriptibles, c'est-à-dire que les documents qui constituent les archives publiques gardent leur qualité d'archives publiques sans limite dans le temps, et inaliénables, ce qui constitue en fait une conséquence directe de l'imprescriptibilité. Ces principes sont prévus dans la plupart des législations européennes et notamment dans celles qui ont servi de référence pour la rédaction du projet de loi. En vertu de ces principes, il ne pourra être fait commerce des archives publiques et à tout moment, les services publics d'archives chargés de leur conservation pourront engager une action en nullité de tout acte intervenu en méconnaissance de la loi ou une action en revendication ou en restitution

d'archives publiques. Le Conseil d'État propose encore d'ajouter que les archives publiques sont insaisissables.

Le paragraphe 2 confère précisément au directeur des Archives nationales et aux producteurs d'archives publiques le droit de faire valoir la nullité de tout acte intervenu en méconnaissance des dispositions du paragraphe 1^{er} et de revendiquer les archives publiques en quelques mains qu'elles se trouvent. Il s'agit d'un dispositif qui se retrouve dans des législations étrangères, et notamment dans le code du patrimoine français. Le Conseil d'État suggère de reformuler le paragraphe 2 et de préciser qu'il appartient au ministre en tant que représentant de l'État, personne juridique, d'engager une action en revendication d'archives publiques ou en nullité de tout acte intervenu en méconnaissance des dispositions du paragraphe 1^{er}. Le Conseil d'État note que cette disposition visera dans la pratique essentiellement des actes de disposition de nature civile. Les paragraphes 1^{er} et 2 n'appellent pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Le paragraphe 3 incrimine ensuite le refus de restituer les archives publiques détenues sans droit ni titre.

Le Procureur général d'État estime dans son avis que le fait de refuser une restitution suite à une simple demande du directeur des Archives nationales ne peut constituer une infraction. Le Conseil d'État retient pour sa part que les éléments constitutifs de l'infraction sont, en toute hypothèse, insuffisamment déterminés de sorte qu'il doit s'opposer formellement à la disposition sous revue pour non-respect du principe de la légalité des incriminations consacré par l'article 14 de la Constitution. Le Procureur général d'État opine qu'il faudrait être en présence d'une décision judiciaire définitive ayant ordonné la restitution des archives publiques détenues sans droit ni titre pour pouvoir parler d'une infraction pénale. Il propose, par voie de conséquence, d'incriminer le fait de ne pas restituer des documents malgré une décision judiciaire définitive ayant ordonné la restitution des archives publiques détenues sans droit ni titre. Le Conseil d'État peut se rallier à la façon de voir du Procureur général d'État. Il pourrait également concevoir que soit sanctionnée directement la détention sans droit ni titre d'archives publiques en contravention aux dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 11.

Article 12

L'article 12 définit le principe de la conservation à l'intérieur du pays des archives publiques (paragraphe 1^{er}), la procédure selon laquelle leur exportation peut être autorisée (paragraphe 2) et les modalités selon lesquelles elles peuvent être exportées (paragraphe 3). Il incrimine enfin l'exportation d'archives publiques en méconnaissance des dispositions de la loi en projet (paragraphe 4).

Le Conseil d'État a tout d'abord du mal à saisir la portée et l'économie générale de ce dispositif. D'après le paragraphe 1^{er}, l'obligation de conservation à l'intérieur du pays ne jouera qu'à l'expiration des délais prévus aux articles 3, paragraphe 1^{er}, et 4, paragraphe 1^{er}, c'est-à-dire des délais dont l'expiration déclenche la procédure de proposition de versement et de versement des archives aux Archives nationales. Par hypothèse, les archives concernées seront alors intégrées aux Archives nationales, et une procédure d'autorisation du directeur des Archives nationales ne fait plus

guère de sens. Une telle procédure devrait au contraire couvrir les archives publiques avant leur versement aux Archives nationales et toutes les archives bénéficiant des régimes dérogatoires prévus à l'article 4 du projet de loi ou du régime d'archivage autonome rendu possible par l'article 5.

Au paragraphe 3, il peut être renoncé à la précision que l'exportation des archives publiques peut se faire « sans préjudice de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », puisqu'il est tout à fait évident que l'exportation d'archives publiques devra respecter les conditions de la loi précitée du 2 août 2002 et notamment celles en relation avec le transfert de données vers des pays tiers.

Pour ce qui est du régime des sanctions pénales destinées à sanctionner l'exportation d'archives publiques en infraction aux dispositions de la loi en projet prévu au paragraphe 4, le Conseil d'État renvoie, en ce qui concerne les alinéas 3 et 4 de ce paragraphe, à ses observations formulées à l'endroit de l'article 7, paragraphe 3.

Chapitre VIII – Archives privées

Article 13

L'article 13 régit l'entrée aux Archives nationales d'archives privées, que ce soit par dépôt, don, legs ou encore acquisition directe par les Archives nationales.

Le Conseil d'État note que l'article sous revue ne traite du transfert d'archives privées qu'aux seules Archives nationales. Se pose la question de savoir s'il ne serait pas indiqué d'inclure ici également le transfert aux archives d'autres organismes de droit public, comme par exemple le Centre national de l'audiovisuel ou encore le Centre national de littérature. Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses considérations générales formulées en introduction au présent avis.

Le Conseil d'État relève encore que si le Conseil des archives a pour mission de se prononcer sur les propositions de classement d'archives privées comme archives privées historiques, il n'est toutefois pas consulté lors de l'intégration d'archives privées aux Archives nationales. Le Conseil d'État estime qu'une telle consultation pourrait s'avérer bénéfique et propose d'ajouter cette mission aux missions du Conseil des archives.

En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 13, le Conseil d'État suggère de préciser qu'au moment de leur entrée aux Archives nationales suite à un don, un legs ou une acquisition, les archives privées deviennent des archives publiques avec toutes les conséquences y attachées par la loi. À titre d'alternative, il conviendrait d'ajouter que les archives en question deviennent non seulement imprescriptibles, mais également inaliénables et insaisissables.

Enfin, le Conseil d'État insiste à ce que le contrat conclu entre les Archives nationales et le propriétaire d'archives privées, mentionné à l'article 20, paragraphe 1^{er}, en relation avec la reproduction et la publication d'archives, soit intégré, quant à son principe, à l'article 13. La lecture du

projet de règlement grand-ducal fixant les modalités d'établissement des tableaux de tri, de destruction d'archives, de versement et de transfert d'archives aux Archives nationales montre en effet que le champ de ce contrat sera beaucoup plus large que ne le laisse entendre le libellé de l'article 20.

Article 14

D'après l'article 14, paragraphe 1^{er}, toute vente publique d'archives privées doit être signalée au directeur des Archives nationales. Concernant cette disposition, le Conseil d'État donne à considérer s'il ne conviendrait pas d'y inclure les ventes de gré à gré d'archives privées par des professionnels. Dans leurs avis respectifs, les associations professionnelles qui ont été consultées proposent de préciser que les Archives nationales peuvent exercer un droit de préemption ou simplement acquérir les objets proposés à la vente. En ce qui concerne la possibilité d'acquérir les objets proposés à la vente, nul n'est besoin d'en prévoir la possibilité à l'endroit de l'article 14, puisque l'article 13 prévoit de façon tout à fait générale en son alinéa 2 que les Archives nationales ont le droit d'acquérir au profit de l'État des archives privées d'intérêt historique, scientifique, économique, sociétal ou culturel.

Pour ce qui est d'un éventuel droit de préemption, qu'on retrouve dans la législation de pays environnants comme la France dont le code du patrimoine français dispose que, s'il l'estime nécessaire à la protection du patrimoine d'archives, l'État exerce, sur tout document d'archives privées mis en vente publique ou vendu de gré à gré un droit de préemption par l'effet duquel il se trouve subrogé à l'adjudicataire ou à l'acheteur, le Conseil d'État voudrait rappeler que le droit de préemption constitue une atteinte, à la fois au droit de propriété, étant donné qu'il limite le droit du propriétaire de disposer librement de sa chose, et à la liberté contractuelle. En ce qu'il touche à des droits protégés par la Constitution (article 16) et par des dispositions de droit international (article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 20 mars 1952), un tel droit ne peut être envisagé qu'en cas de nécessité absolue en présence d'une finalité précise visant un intérêt supérieur et d'un cadrage normatif essentiel défini par le législateur.

Le paragraphe 2 de l'article 14 incrimine le non-respect de l'obligation d'informer les Archives nationales sur l'organisation d'une vente publique d'archives privées. Dans son avis, le Procureur général d'État critique cette disposition en notant que le principe de la légalité des peines exige que le montant de 45.000 euros soit défini comme le minimum de la peine, pouvant être portée au maximum constitué par le double de la valeur des archives aliénées. Le Procureur général d'État s'interroge par ailleurs sur l'importance du minimum prévu, minimum qui « (risquerait), selon l'infraction commise, d'entraîner pour le juge une impossibilité de mettre en balance l'importance réelle du fait porté devant lui et l'amende théoriquement encourue ». Le Conseil d'État se rallie à cette façon de voir du Procureur général d'État et demande aux auteurs du projet de loi de revoir leur texte en conséquence. Le Conseil d'État se demande par ailleurs, en raison des nombreuses incertitudes et imprécisions qui caractérisent à son avis les définitions données à l'article 2 du projet de loi, s'il sera toujours possible aux opérateurs concernés de déterminer avec toute la clarté voulue leur conduite face à des textes qui semblent laisser une certaine marge

d'interprétation. S'agissant de professionnels, le Conseil d'État peut toutefois s'en accommoder, tout en insistant à ce que des réponses soient fournies à ses interrogations concernant la définition des notions d'archives, de document et de dossier.

Article 15

L'article 15 instaure une procédure de classement d'archives privées comme « archives privées historiques » (paragraphe 1^{er}). Ce classement est soumis à la condition que la conservation des archives en question présente, d'un point de vue historique, scientifique, économique, sociétal ou culturel, un intérêt public.

L'introduction de cette procédure se fait « par dérogation à la procédure de classement des objets mobiliers prévue par la loi du 18 juillet 1983 concernant la conservation et la protection des sites et monuments nationaux ». Compte tenu de la configuration de la procédure et de sa spécificité sur le détail qui tendrait à en souligner l'autonomie, la partie introductive de la phrase se référant à la loi précitée du 18 juillet 1983 semble superflue au Conseil d'État et pourrait être supprimée. Ceci dit, la procédure proposée épouse au niveau de la philosophie qui lui est inhérente les contours de celle prévue pour les objets mobiliers par la loi précitée du 18 juillet 1983. Le Conseil d'État en est dès lors à se demander quelles pourraient être les particularités d'archives par rapport à d'autres objets mobiliers ayant une valeur historique et pour lesquels un classement est envisagé pour justifier la mise en place d'un dispositif spécifique. Il serait de l'avis du Conseil d'État indiqué de disposer, comme cela a été le cas jusqu'ici, d'un cadre unique régissant les procédures de classement de l'ensemble des objets, immobiliers ou mobiliers, qui ont, entre autres, un intérêt historique. Le cas échéant, le dispositif légal créé en 1983, qui effectivement ne semble plus tout à fait adapté et qui peut paraître dépassé sur un certain nombre de points, devrait être revu.

Pour ce qui est de la rédaction du texte, le Conseil d'État propose d'écrire « d'un point de vue... » au lieu de « au point de vue... ». Par ailleurs, il propose d'omettre la référence générale à l'avis du Conseil des archives, cet avis étant mentionné au niveau des missions du Conseil institué (et non pas instituée, comme écrit dans le texte) par l'article 22 de la loi en projet. Il est en outre fait référence à cet avis de façon plus spécifique dans la suite du texte de l'article 15.

Le texte du paragraphe 1^{er} n'appelle pas d'autre observation de principe de la part du Conseil d'État.

Le paragraphe 2 fixe le détail de la procédure de classement. Cette procédure de classement semble inutilement compliquée au Conseil d'État. Il propose de prévoir que les archives privées concernées pourront être classées par le ministre, sur proposition des Archives nationales. Cette façon de procéder n'exclut nullement une initiative d'un propriétaire d'archives privées, du Conseil des archives ou encore d'un autre membre du Gouvernement comme le prévoit de façon tout à fait superflue le texte. Par ailleurs, le Conseil d'État s'interroge sur la possibilité donnée au propriétaire d'archives privées de mettre un terme, même si l'intérêt public est avéré, à la procédure de classement par une simple opposition. Le Conseil d'État note qu'une telle possibilité de s'opposer de façon absolue à

l'aboutissement d'une proposition de classement n'est pas prévue au niveau de la loi précitée du 18 juillet 1983. Compte tenu du fait que la démarche de l'administration doit être justifiée en l'occurrence par un intérêt public clairement défini dans la loi, le Conseil d'État propose de renoncer à ce moyen donné au propriétaire pour s'opposer à un classement.

Le paragraphe 3 prévoit l'hypothèse d'un déclassement total ou partiel d'archives classées. Le Conseil d'État propose de reléguer cette disposition à la fin de l'article 15. Par ailleurs, il convient d'écrire « lorsque l'intérêt public (...) venait à disparaître » au lieu de « lorsque l'intérêt public (...) venait de disparaître ». À titre d'alternative, la disposition en question pourrait se référer à l'intérêt public qui ne serait plus donné. L'alinéa 2, qui précise que tout arrêté qui prononce un déclassement est notifié au propriétaire, est superfétatoire. Par application de la procédure administrative non contentieuse, le propriétaire des archives privées classées doit de toute façon être informé de la décision de déclassement. Il y a par ailleurs lieu de renoncer à la précision que l'arrêté grand-ducal de déclassement doit être motivé et s'en tenir ici encore au droit commun, c'est-à-dire aux principes de la procédure administrative non contentieuse. Le Conseil d'État propose, par voie de conséquence, de supprimer le paragraphe 3.

Le paragraphe 4 définit en son alinéa 1^{er} le contenu de l'arrêté de classement.

L'alinéa 2 du paragraphe 4 prévoit la confection par les Archives nationales d'une liste qui répertorie les archives privées classées et qui est accessible à toute personne qui justifie d'un intérêt particulier. En ce qui concerne l'agencement du texte, le Conseil d'État propose d'intégrer à la disposition sous revue l'inventaire non public reprenant le contenu des archives privées classées ou en instance de classement mentionné à l'alinéa 4 du paragraphe 5.

Le paragraphe 5, après avoir précisé que les archives privées qui sont classées deviennent imprescriptibles mais ne deviennent pas la propriété de l'État, définit un certain nombre de règles en relation avec le statut des archives privées classées et leur gestion (propriété, destruction, aliénation, etc.). Il impose ainsi au propriétaire des archives privées, qui d'ailleurs garde la propriété des archives, le respect de règles qui sont analogues à celles s'appliquant aux archives publiques. Le texte en question n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État. Il propose toutefois d'écrire à l'alinéa 6 que les fonds d'archives privées classées ou en instance de classement ne peuvent pas être « fragmentés » au lieu de « démembrés ».

Le paragraphe 6 dispose que les effets du classement suivent les archives privées classées, en quelques mains qu'elles passent. D'après ce même paragraphe, « (les effets) s'appliquent de plein droit à compter de la notification de l'ouverture de la procédure de classement ou de la proposition de classement au propriétaire ». Si le Conseil d'État peut comprendre l'objectif poursuivi par les auteurs du texte en projet, il s'interroge toutefois sur la logique inhérente au texte. Il lui semble tout d'abord superflu de distinguer entre la notification de l'ouverture de la procédure de classement, qui n'est pas autrement prévue dans le projet de loi, et la notification de la proposition de classement au propriétaire. Il ressort en effet de l'économie générale du texte de l'article 15 que la

notification de la proposition de classement correspond à l'ouverture de la procédure de classement. Le texte du paragraphe 2 de l'article 15 prévoit ainsi comme premier acte dans la procédure, lorsque l'initiative du classement émane de l'État, une proposition de classement adressée au propriétaire. L'opposition du propriétaire au classement, dans le sillage de la notification qui lui a été faite de la proposition de classement, a ensuite pour conséquence que « le ministre ne poursuit pas la procédure de classement ». Il suffirait en fin de compte de se référer en l'occurrence à la notification de la proposition de classement au propriétaire. Par ailleurs, il semble peu logique au Conseil d'État de se référer aux « effets du classement » qui s'appliqueraient de plein droit dans le cas de figure sous revue et à partir du moment où le propriétaire se voit notifier l'ouverture de la procédure, respectivement la proposition de classement selon le Conseil d'État, c'est-à-dire à un moment où le classement n'a pas encore été effectué. Il serait dès lors plus correct d'écrire, tout en garantissant le résultat voulu par les auteurs du projet de loi, que le propriétaire devra, dès la notification, respecter les obligations que les paragraphes 5 et 7 imposent aux propriétaires d'archives privées classées. Il devra bien évidemment en être dûment informé. Comme le propriétaire n'aura à ce moment pas encore pu faire valoir d'éventuels motifs qui pourraient s'opposer au classement, le Conseil d'État suggère encore de réduire les obligations auxquelles il sera soumis à un minimum. À l'instar de la législation française, le Conseil d'État propose de prévoir que la destruction d'archives en instance de classement est interdite.

Le paragraphe 7 énonce un certain nombre de règles destinées à garantir la conservation en bon état des archives privées classées. Il impose des obligations au propriétaire des archives privées classées qui s'ajoutent à celles prévues par le paragraphe 5. Ces mesures pourront aller jusqu'au transfert provisoire des archives dans un lieu offrant les garanties de conservation et de sécurité. Ces obligations font que le propriétaire sera limité dans sa liberté de disposer librement de son bien, tout en gardant la propriété. En guise de contrepartie, le texte du paragraphe 7 se limite à prévoir que les Archives nationales assistent les propriétaires des archives privées classées dans la gestion et la conservation de leurs archives, sans que toutefois les modalités de cette assistance soient autrement précisées. Le Conseil d'État note que la législation française prévoit la possibilité du versement d'une indemnité représentative du préjudice pouvant résulter, pour le propriétaire, de la servitude de classement d'office. Tel est également le cas de la loi du 18 juillet 1983 concernant la conservation et la protection des sites et monuments nationaux qui donne au propriétaire d'un immeuble ou d'un objet mobilier classé la possibilité de demander une indemnisation ou encore de réclamer une indemnité représentative du préjudice subi en cas de refus d'une demande d'exportation d'objets mobiliers. Le Conseil d'État en est dès lors à se demander pourquoi les auteurs du projet de loi se sont, en l'occurrence, départis de cette approche. Il estime pour sa part que la démarche telle qu'elle est proposée dans le projet de loi se heurte au principe de l'égalité de traitement ainsi qu'à l'article 16 de la Constitution qui consacre le droit à la propriété et ne permet l'expropriation que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnisation, un changement dans les attributs de la propriété qui est à ce point substantiel qu'il prive celle-ci de ses attributs essentiels pouvant constituer une expropriation⁴. Le Conseil d'État note dans ce contexte que

⁴ Cour constitutionnelle, arrêt du 4 octobre 2013, n°101/13, Mémorial A n° 182, p. 3474

tant la jurisprudence de la Cour administrative⁵ que la doctrine vont dans le sens d'une inclusion dans le champ de la protection de l'article 16 de la Constitution de tous les biens, y compris mobiliers. Il doit dès lors s'opposer formellement au texte proposé. Enfin, le Conseil d'État propose de limiter les mesures conservatoires que les Archives nationales peuvent prendre à l'endroit d'archives privées classées lorsque les circonstances l'exigent, à ce qui est nécessaire. Le texte proposé se réfère en effet à des mesures utiles dont le coût serait à charge de l'État.

Enfin, les paragraphes 8 et 9 incriminent un certain nombre de comportements qui constitueront des infractions à la loi en projet et définissent les peines afférentes. À l'instar du Procureur général d'État, le Conseil d'État demande de compléter les différentes infractions, dans la mesure du nécessaire, par la mention qu'il s'agit bien d'infractions commises intentionnellement et en connaissance de cause, la simple négligence ne devant pas donner lieu à une sanction pénale.

Chapitre IX – Communication des archives

Concernant l'intitulé du chapitre IX, le Conseil d'État estime qu'il devrait se référer aux archives « publiques », vu que ses dispositions semblent se référer exclusivement à ce type d'archives.

Article 16

L'article 16 règle en son paragraphe 1^{er} la communication des archives sur le délai d'utilité administrative des documents. Il garantit ainsi la communication gratuite à des fins de consultation des archives publiques à toute personne qui en fait la demande après l'expiration du délai d'utilité administrative des documents. D'après le commentaire des articles, le Luxembourg serait le premier pays européen à choisir une telle démarche, les pays concernés, comme le Luxembourg à l'heure actuelle, procédant par la voie de l'instauration de délais de communication fixes comptés en années.

Le Conseil d'État s'interroge d'abord sur le sens des mots introductifs de l'article 16, paragraphe 1^{er}, qui précise que la communication gratuite à des fins de consultation des archives publiques se fait « indépendamment de la compétence en matière d'archivage ». Toujours en ce qui concerne les mots introductifs du paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État voit d'un œil critique leur relative imprécision. On y lit que la communication des archives publiques se fait sans préjudice des textes particuliers assurant des délais de communication plus courts, respectivement un accès libre pour certains dossiers ou documents. Le Conseil d'État se permet de renvoyer dans ce contexte au projet de loi, d'ailleurs cité à plusieurs reprises dans le commentaire des articles, relatif à une administration transparente et ouverte (doc. parl. n° 6810) qui est censé ouvrir largement l'accès aux documents détenus par l'administration. Les expressions « sans préjudice de » et « indépendamment de », qui sont synonymes, annoncent que la règle qui va suivre s'applique également dans la situation visée, c'est-à-dire la communication des archives publiques. Le Conseil d'État en est pour sa part à se demander si la mise en place d'un dispositif additionnel, en

⁵ Cour administrative, arrêt du 21 juin 2016, n° 37592C

l'occurrence construit autour de l'expiration du délai d'utilité administrative des documents, s'ajoutant à d'autres dispositifs non spécifiquement définis, se justifie.

En rédigeant la disposition sous revue, les auteurs du texte ont manifestement eu à l'esprit la situation telle qu'elle devrait se présenter à l'avenir à l'expiration du délai d'utilité administrative, c'est-à-dire essentiellement après le versement des archives aux Archives nationales. Dans leur logique, les auteurs du projet de loi ont, par ailleurs, inclus la situation des producteurs ou détenteurs d'archives qui bénéficient d'un régime de conservation dérogatoire de leurs archives.

Ici encore, l'économie générale des textes proposés ainsi que le commentaire des articles du projet de règlement grand-ducal sur la communication, la reproduction et la publication des archives, qui remplacera précisément le règlement grand-ducal du 15 janvier 2001 sur la consultation des fonds d'archives aux Archives nationales, permettent de s'en rendre compte. Ainsi, l'article 1^{er} du projet de règlement grand-ducal sur la communication, la reproduction et la publication des archives est commenté comme suit : « Le demandeur peut consulter les archives sur leur lieu de conservation, c'est-à-dire soit aux Archives nationales, soit auprès des producteurs ou détenteurs d'archives qui conservent eux-mêmes leurs archives en vertu des articles 4 et 5 de la loi du... sur l'archivage ». L'article 16, par contre, est rédigé dans des termes tout à fait généraux et ne distingue pas entre différents types d'archives. Le Conseil d'État rappelle dans le présent contexte que, selon la compréhension des textes proposés qui est la sienne, la définition donnée par le projet de loi des notions d'« archives publiques » et d'« archives » qui à leur tour sont centrées autour de la notion de « documents », fait que les documents afférents acquièrent le statut d'archives publiques dès le moment de leur création, sans qu'il faille attendre l'archivage définitif essentiellement au niveau des Archives nationales. De deux choses l'une : ou bien les auteurs du projet de loi ont effectivement voulu centrer le dispositif proposé sur l'archivage au sens d'un archivage définitif auprès des Archives nationales ou par les détenteurs d'archives qui bénéficient d'un régime dérogatoire ou autonome de conservation de leurs archives publiques et sur l'accès à ces archives, et à ce moment-là il faudra le dire avec toute la clarté requise et définir de façon précise le dispositif spécifique applicable ; ou bien, il convient de faire du texte proposé une lecture plus large, et à ce moment le dispositif proposé déclenchera un droit à la communication des documents visés indépendamment du lieu où ils seront conservés, et même avant leur versement aux Archives nationales, du moment que le délai d'utilité administrative aura expiré. Vu le flou qui entoure la notion d'utilité administrative, et la marge d'interprétation qu'elle laisse dès lors, mais également pour des raisons pratiques, ce dernier cas se présentera de façon assez fréquente, ce qui fait d'ailleurs que les associations professionnelles consultées s'en inquiètent. Le dispositif prévu en l'occurrence interférera par ailleurs à ce moment-là avec le régime général d'accès aux documents détenus par l'administration qui se trouve en voie d'instance. Le Conseil d'État a, pour sa part, une nette préférence pour la mise en place d'un régime général couvrant l'accès aux documents qui constituent des archives publiques, ce régime général étant complété à la rigueur par un dispositif spécifique léger permettant de tenir compte d'éventuelles particularités de l'archivage définitif, et de l'accès à ce type d'archives, entre autres au niveau des Archives nationales. Il serait notamment indiqué de veiller à

l'endroit du texte sous revue à ce qu'il y ait un délai raisonnable entre l'intégration des archives publiques aux Archives nationales et le moment où elles y deviendront accessibles, ceci afin de permettre que l'intégration se passe dans les meilleures conditions possibles. La construction d'un dispositif autour de l'expiration du délai d'utilité administrative comme pierre angulaire, serait, dans cette perspective, superflue.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} prévoit qu'un règlement grand-ducal peut déterminer les cas où la communication des archives peut être restreinte. Le Conseil d'État pour sa part recommande que ce soit le législateur qui, du moins dans leurs grandes lignes, définisse ces restrictions à l'accès aux archives publiques et règle cette matière particulièrement importante. Cet accès relève en effet de la liberté du citoyen de s'informer, en cela compris le droit d'avoir accès à l'information détenue par des organismes publics. Cette liberté de s'informer constitue un corollaire de la liberté d'expression, garantie par l'article 24 de la Constitution, et se trouve consacrée par des instruments internationaux comme l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'État note, dans le même contexte, que le paragraphe 2 prévoit un autre règlement grand-ducal relatif à des archives publiques soumises à des délais de communication prolongés. Il énumère par ailleurs d'une façon tout à fait générale les hypothèses dans lesquelles l'instauration de tels délais prolongés peut être envisagée. Ce règlement grand-ducal pourra également définir les conditions dans lesquelles ces archives publiques pourront être communiquées, reproduites ou publiées avant l'expiration des délais prolongés.

Le Conseil d'État constate tout d'abord que les règlements grand-ducaux visés par l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} et par le paragraphe 2 concernent dans leur substance les mêmes matières, à savoir d'éventuelles restrictions à la communicabilité des documents archivés, ce qui plaiderait pour leur fusion. Le Conseil d'État fait ici encore valoir les mêmes objections que celles mises en avant concernant le règlement grand-ducal prévu par l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}. Enfin, et en ce qui concerne les motifs qui pourraient justifier des délais de communication prolongés, le Conseil d'État constate que le libellé de ces motifs diffère d'une législation à l'autre, sans qu'une logique à ces différences n'apparaisse avec la clarté de l'évidence. Le Conseil d'État recommande pour sa part de procéder à une harmonisation des concepts utilisés.

En toute hypothèse, l'interface nécessaire avec la législation relative à une administration transparente et ouverte, qui règle l'accès par le citoyen à l'information dont dispose l'administration et qui se trouve en voie d'instance devra être défini avec tout le soin nécessaire en ce qui concerne, par exemple, les motifs pouvant empêcher ou limiter un accès aux documents archivés, les modalités et, entre autres, le caractère payant ou non payant de cet accès, etc.

Le paragraphe 3 a trait à la communication des minutes et répertoires des notaires. Le texte afférent précise que les documents en question ne peuvent être communiqués à des fins de consultation à des tiers qu'après l'expiration des délais de communication prolongés à fixer par le règlement grand-ducal dont question au paragraphe 2. Le Conseil d'État note que le projet de règlement grand-ducal, qui est joint au projet et qui est censé

apporter des précisions concernant notamment les délais de communication prolongés, ne mentionne cependant pas les minutes et répertoires des notaires. Le Conseil d'État reviendra à cette constatation lors des développements qu'il consacrera à l'article 27 du projet de loi.

Article 17

L'article 17 soumet en son alinéa 1^{er} toute personne chargée de la collecte ou de la conservation d'archives, en application des dispositions de la loi en projet, au secret professionnel.

L'alinéa 2 instaure des sanctions pénales en cas de violation du secret professionnel, et cela par rapport aux dispositions de l'article 458 du Code pénal.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation de principe à formuler quant à ces dispositions, si ce n'est que leur libellé tout à fait général laisse planer un doute sur les intentions des auteurs du texte. D'après le commentaire des articles, le dispositif concernerait « entre autres » les employés privés, stagiaires et étudiants ainsi que les personnels des sous-traitants chargés de la gestion d'archives publiques. Quelles seraient dans ce cas les autres catégories de personnel visées ? Les personnels de l'État, qui sont concernés au premier chef par la matière sous revue, sont en effet tenus au secret de par leur statut ou leur régime, de sorte que leur mention au niveau de la disposition sous examen serait superflue. Le Conseil d'État demande dès lors aux auteurs du projet de loi de clarifier leur approche. En outre, le choix fait par les auteurs du projet de loi de faire figurer le texte au chapitre consacré à la communication des archives ne semble pas tout à fait approprié au Conseil d'État. Il serait de l'avis du Conseil d'État préférable d'intégrer le texte au chapitre consacré à la protection des archives publiques.

En ce qui concerne la fin de la phrase de l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État propose d'en améliorer le style et de se référer aux « informations contenues dans les archives aussi longtemps qu'elles ne peuvent pas être communiquées au public » ou « aussi longtemps qu'elles ne sont pas communicables au public ».

Enfin, il est en principe surabondant de prévoir que les personnels visés sont soumis à l'article 458 du Code pénal qui prévoit que les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie sont susceptibles de tomber sous le coup des sanctions prévues à l'article 458 du Code pénal lorsqu'ils révèlent ces secrets, à l'exception des cas où ils sont appelés à en rendre témoignage en justice ou lorsque la loi les oblige à les faire connaître. En effet, l'énumération des personnes liées par le secret professionnel visées par cet article n'est pas limitative et les termes « état ou profession » sont assez larges pour embrasser l'exercice d'autres professions que celles énumérées à l'article 458 du Code pénal. Pour que l'article 458 du Code pénal trouve application, il suffit que, par son état et sa profession, une personne soit dépositaire des secrets et que la confiance qu'elle a reçue ait été obligatoire de la part de ceux qui l'ont faite. La référence à l'article 458 pourrait dès lors être omise

en l'occurrence⁶ où les personnels visés sont clairement dépositaires d'un secret qui sera protégé par la loi. Pour éviter tout problème d'interprétation de la loi en projet, le Conseil d'État peut toutefois s'accommoder de la disposition proposée.

Article 18

D'après l'article 18, le directeur des Archives nationales devra mentionner tout refus de communication abusif d'archives par un détenteur d'archives publiques dans son rapport annuel. Le Conseil d'État ne voit pas la valeur ajoutée de cette disposition qui, théoriquement, pourrait obliger le directeur des Archives nationales de commenter un refus de communication de sa propre administration dans son rapport. Que faut-il entendre par refus de communication abusif d'archives ? En principe, un tel caractère abusif ne pourrait être constaté qu'au terme d'un recours intenté contre une décision de refus de l'administration de communiquer un document donné. Le commentaire des articles envisage d'ailleurs cette hypothèse en précisant que « (le) chercheur confronté à un refus de communication d'archives publiques par leur détenteur peut introduire un recours devant le tribunal administratif et/ou en informer le directeur des Archives nationales qui en fait mention dans le rapport prévu à l'article 10 du présent texte ». En cas de nécessité, la disposition afférente aurait plutôt sa place au niveau de l'article 10 où le rapport du directeur des Archives nationales est mentionné une première fois. Le Conseil d'État propose pour sa part de renoncer au texte de l'article 18 du texte en projet.

Chapitre X – Renseignements donnés aux personnes concernées et contestation

Article 19 (18 selon le Conseil d'État)

L'article 19 (18 selon le Conseil d'État) définit un certain nombre de règles selon lesquelles les Archives nationales fourniront les données, contenues dans des archives versées aux Archives nationales et soumises au droit d'accès prévu par l'article 28 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, aux personnes qui sont concernées par ces données. Le Conseil d'État en est à se demander si l'accès à des données à caractère personnel contenues dans les archives publiques ne devrait pas tout simplement se faire selon les modalités prévues à l'article 28 de la loi précitée du 2 août 2002, avec, le cas échéant, quelques aménagements ce qui permettrait de faire l'économie d'un dispositif supplémentaire tel qu'il est prévu en l'occurrence. Il semble en effet difficilement envisageable au Conseil d'État que, du fait de leur transfert aux Archives nationales, les données à caractère personnel visées changent de statut et que les droits des personnes concernées au niveau de l'accès aux données s'en trouvent amoindris. Avec l'entrée en vigueur du 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, et abrogeant la directive 95/46/CE, les marges dont disposent actuellement les autorités nationales pour définir des dispositifs spécifiques à ce niveau seront fortement encadrées. Ce texte met

⁶ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (correctionnel), jugement du 15 juin 2011, n° 2025/2011

en balance les intérêts en présence, à savoir la protection des données à caractère personnel et les traitements de ces mêmes données à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. Le dispositif européen a comme objectif premier l'établissement de règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de règles relatives à la libre circulation de ces données. Dans cette perspective, il protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel (article 1^{er}). Dans son article 89, il prévoit ensuite des dérogations applicables aux traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. Ces dérogations, qui pourront être prévues par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre, porteront, le cas échéant, entre autres sur le droit d'accès de la personne concernée, le droit de rectification, le droit à la limitation du traitement et le droit d'opposition. Elles sont toutefois soumises à des conditions et à des limitations très strictes.

Au vu du texte du règlement européen précité, il semble notamment tout à fait critiquable au Conseil d'État que les Archives nationales puissent restreindre la communication de renseignements, sous-entendu des données à caractère personnel, lorsqu'elle est incompatible avec « une gestion administrative rationnelle » comme le prévoit l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}. Si le Conseil d'État peut comprendre le souci qui s'exprime à travers cette disposition, il estime cependant que les contours en sont insuffisamment précisés, ce qui crée une insécurité juridique qui est inacceptable dans un domaine aussi sensible que celui des données à caractère personnel. Le Conseil d'État se voit dès lors amené à s'opposer formellement à cette disposition.

En définitive, le Conseil État recommande aux instances concernées de remettre l'ensemble du texte proposé sur le métier, et cela à la lumière du règlement européen précité.

À titre tout à fait subsidiaire, il suggère d'écrire *in fine* de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} que la communication doit se faire « dans la mesure où les personnes concernées peuvent fournir des renseignements précis en vue de l'identification des données les concernant ».

Chapitre XI – Reproduction et publication des archives

Article 20 (19 selon le Conseil d'État)

L'article 20 (19 selon le Conseil d'État) définit la façon de procéder lorsque des archives publiques ou des archives privées détenues par les Archives nationales sont reproduites ou publiées, en instaurant un régime d'autorisation par le détenteur d'archives en cas de reproduction et un régime de notification en cas de publication, en tout ou en partie, d'archives. Dans le sillage de ce qui est proposé par le VLA, le Conseil d'État insiste à ce que l'article soit reformulé de façon à clairement faire ressortir quels sont les documents archivés qui sont visés à chaque fois : archives dans leur ensemble, archives publiques ou archives privées. Le texte manque en effet de clarté dans cette perspective. Enfin, la précision que toute publication des archives publiques par un utilisateur doit être effectuée « dans le respect des

lois en vigueur et des contrats conclus entre les Archives nationales et le propriétaire d'archives privées » semble superfétatoire au Conseil d'État, étant donné qu'elle ne reflète qu'une évidence sans créer de substance normative supplémentaire.

Chapitre XII – Exemple justificatif

Article 21 (20 selon le Conseil d'État)

L'article 21 (20 selon le Conseil d'État) prévoit qu'un exemplaire des travaux et des publications qui se fondent sur les archives conservées aux Archives nationales doit être déposé gratuitement aux Archives nationales. Comme le Procureur général d'État et la VLA, le Conseil d'État donne à considérer s'il ne convient pas d'étendre le dispositif créé en l'occurrence en faveur des Archives nationales à d'autres organismes gérant d'importantes archives publiques comme le Centre national de l'audiovisuel ou encore le Centre national de littérature.

Chapitre XIII – Conseil des archives

Article 22 (21 selon le Conseil d'État)

L'article 22 (21 selon le Conseil d'État) instaure un Conseil des archives, en définit les missions (paragraphe 1^{er}), la composition (paragraphe 2) et certaines modalités de son fonctionnement (paragraphe 2 et 3).

En ce qui concerne les missions du Conseil des archives, le Conseil d'État estime qu'il ne lui appartient pas de promouvoir les missions des seules Archives nationales, mais d'agir dans l'intérêt de l'ensemble des organismes publics qui gèrent des archives publiques. Le texte devrait dès lors être revu sur ce point.

L'alinéa 2 du paragraphe 2 prévoit que les membres et le secrétaire du Conseil des archives, ainsi que les experts auxquels le Conseil peut recourir touchent un jeton de présence dont le montant est fixé par le Gouvernement en conseil. Or, la loi ne peut pas investir les membres du Gouvernement, pris individuellement ou collectivement, d'un pouvoir réglementaire⁷. L'article 76, alinéa 2, de la Constitution réserve cette prérogative au seul Grand-Duc. Par voie de conséquence, le Conseil d'État est amené à s'opposer formellement au texte proposé.

Il est, par ailleurs, superfétatoire de prévoir explicitement à l'alinéa 2 du paragraphe 2, que les membres, experts et secrétaires bénéficieront du remboursement de leurs frais de déplacement. En effet, cette matière est déjà réglée dans le règlement grand-ducal du 14 juin 2015 sur les frais de séjour ainsi que sur les indemnités de déménagement des fonctionnaires et employés de l'État⁸.

⁷ Cour constitutionnelle, arrêt du 6 mars 1998, n° 1/98, et arrêts du 18 décembre 1998, nos 4/98, 5/98 et 6/98 (Mémorial A n° 19 du 18 mars 1998, p. 254 et N° 2 du 18 janvier 1999, pp. 15, 16, 17).

⁸ **Art. 1^{er}**. Le présent règlement fixe les conditions et les modalités du paiement des frais de route et de séjour à l'occasion de voyages de service ainsi que des indemnités de déménagement effectués par les fonctionnaires et les employés de l'État ainsi que par les personnes assimilées en vertu de l'article 9, désignés ci-après par le terme

Enfin, le paragraphe 3 relègue la définition du fonctionnement interne du Conseil des archives à un règlement grand-ducal. Si les grandes lignes du fonctionnement du Conseil des archives peuvent effectivement être fixées par voie de règlement grand-ducal, le fonctionnement de détail en interne du même Conseil devrait pouvoir être fixé dans un règlement d'ordre intérieur.

Chapitre XIV – Archives des communes

Article 23 (22 selon le Conseil d'État)

L'article 23 (22 selon le Conseil d'État) définit un certain nombre de modalités pour la conservation et la gestion des archives des communes.

L'alinéa 1^{er} consacre le principe d'après lequel les communes gèrent de façon autonome leurs archives. Le texte précise que les communes conservent elles-mêmes les archives conformément à la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Le Conseil d'État note que la loi en question fait état de la gestion des archives à un seul endroit, en chargeant le collège des bourgmestre et échevins de la garde des archives, des titres et des registres de l'État civil (article 57).

L'alinéa 2 prévoit la possibilité de la conclusion de contrats de coopération entre l'État et les communes qui le souhaitent « concernant leurs archives ».

L'alinéa 3 enfin instaure l'obligation pour les communes, qui n'ont pas conclu de contrat de coopération avec l'État, d'informer le directeur des Archives nationales avant toute destruction de leurs archives.

Pour justifier la configuration du dispositif proposé, les auteurs du projet de loi font référence au principe de l'autonomie communale.

Concernant ce dernier point, l'ALBAD et le VLA estiment que l'obligation qui est faite aux communes d'informer les Archives nationales de leur projet de destruction d'archives est en contradiction avec le principe susvisé, l'ALBAD suggérant de remplacer cette obligation par une autre obligation qui serait celle de proposer leurs archives destinées à la destruction aux Archives nationales sous forme d'une proposition de versement. Le Conseil d'État estime pour sa part qu'un tel dispositif établirait un juste équilibre entre la préservation de l'intérêt communal et de l'intérêt général qui en l'occurrence est également en jeu, comme le souligne l'article 1^{er} du projet de loi. Il serait en outre indiqué de préciser dans la future loi quel sera le contenu des contrats de coopération entre les communes et les Archives nationales et, s'il était décidé de maintenir la procédure d'information du directeur des Archives nationales avant toute destruction d'archives communales, quelle serait la procédure à suivre au cas où le directeur des Archives nationales s'opposerait à un projet de destruction d'archives. La solution proposée à titre d'alternative aurait l'avantage de contourner ce problème.

« agent ». **Art. 9.** Par décision du Ministre d'Etat les personnes étrangères à l'administration effectuant un voyage dans l'intérêt de l'Etat peuvent être assimilées aux fonctionnaires et employés de l'Etat aux fins du remboursement de leurs frais de route et de séjour conformément aux dispositions du présent règlement.

Chapitre XV – Dispositions modificatives

Article 24 (23 selon le Conseil d'État)

L'article 24 (23 selon le Conseil d'État) modifie la loi modifiée du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'État sur un certain nombre de points.

Le paragraphe 1^{er} reformule ainsi l'article 7 de la loi précitée du 25 juin 2004 pour compléter l'énumération des missions des Archives nationales qui y est faite.

Cette réécriture de l'article 7 de la loi modifiée du 25 juin 2004 appelle un certain nombre de remarques de la part du Conseil d'État.

En ce qui concerne la mission de recherche mentionnée au deuxième tiret, le Conseil d'État insiste à ce qu'elle se déroule dans le cadre défini pour les activités de recherche des instituts culturels par l'article 3 de la loi précitée du 25 juin 2004. Il serait indiqué d'ajouter cette précision au texte proposé. À la limite, la disposition proposée pourrait même, en présence de l'article 3 de la loi précitée du 25 juin 2004, être considérée comme étant superflue.

La mission de surveillance figurant au quatrième tiret devra, le cas échéant, être reformulée si les auteurs du projet de loi suivent les avis émis concernant le texte en projet et ainsi que celui du Conseil d'État qui proposent de remplacer la mission de surveillance par une mission d'encadrement des producteurs et détenteurs d'archives.

Les auteurs du projet de loi ont ensuite complété les missions de base des Archives nationales par toute une série d'attributions d'importance inégale, et le plus souvent, mineure qui n'ont pas leur place au niveau de la définition des missions des Archives nationales par la loi. Ainsi, le Conseil d'État ne croit pas qu'il soit nécessaire de mentionner dans le présent contexte la rédaction d'un rapport annuel par le directeur des Archives nationales ou encore la gestion des relations avec les producteurs ou détenteurs d'archives publiques, attribution qui découle nécessairement des nombreuses interactions que la loi organise entre les Archives nationales et les producteurs ou détenteurs d'archives publiques. Il en est de même de la gestion du réseau des personnes responsables pour l'archivage auprès des producteurs ou détenteurs d'archives publiques. S'agit-il en l'occurrence des personnes visées au paragraphe 3 de l'article 9 aux termes duquel les chefs d'administration sont chargés de l'archivage et font partie d'un réseau coordonné par le directeur des Archives nationales ? En toute hypothèse, cette disposition qui touche à l'organisation interne de l'administration n'a pas sa place au niveau de l'énumération des missions de l'administration. Il en est encore ainsi de la coordination des activités des Archives nationales avec celles des autres instituts culturels. Cette disposition ne fait qu'énoncer une évidence et devrait dès lors être supprimée. Quelles sont par ailleurs les « institutions culturelles » auxquelles la même disposition fait référence ? Le Conseil d'État ne voyant pas à quel contenu concret ce concept pourrait renvoyer, propose de renoncer à son utilisation. Enfin, la présidence du Conseil des archives par les Archives nationales, qui est prévue par la loi en projet, renvoie ici encore à un point d'organisation interne à l'administration

qui ne devrait pas être élevé au rang de mission des Archives nationales. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que de toute façon ce ne sont pas les Archives nationales, mais bien le directeur de ce service de l'État qui présidera, le cas échéant, le Conseil des archives. En guise de conclusion sur ce point, le Conseil d'État propose de concentrer la définition des missions des Archives nationales sur l'essentiel, c'est-à-dire les missions d'archivage, de surveillance – ou d'encadrement selon l'orientation qui sera donnée en définitive au projet de loi – du processus de gestion et de conservation des archives publiques, de recherche et enfin de sensibilisation, y compris l'organisation d'expositions ou de conférences.

Le paragraphe 2 adapte l'article 8 de la loi précitée du 25 juin 2004 qui détaille l'organisation des Archives nationales. À cet endroit, le Conseil d'État voudrait, comme il a déjà eu l'occasion de le faire⁹, attirer l'attention des auteurs sur le fait que l'article 4 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État prévoit que « [l]e programme de travail et l'organigramme de l'administration sont établis par le chef d'administration et soumis à l'approbation du ministre du ressort ». S'il devenait, par ailleurs, nécessaire de définir des postes à responsabilité particulière, ceci se fera sur la base de l'organigramme et conformément à ce qui est prévu à l'article 16 de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État, article 16 qui dispose que « [l]e ministre du ressort désigne les fonctionnaires occupant ce poste à responsabilité particulière en tenant compte, s'il y a lieu, des résultats de l'appréciation des compétences professionnelles et personnelles. Le chef d'administration soumet au ministre du ressort son avis au sujet : a) des postes à responsabilités particulières de son administration... ». Ces dispositions d'ordre général sont entrées en vigueur au 1^{er} octobre 2015 et le Conseil d'État estime que depuis lors des dispositions spécifiques organisant le détail d'une administration n'ont plus leur place dans un texte de loi du type de celui sous revue. À défaut d'explications concernant la nécessité de déroger en l'occurrence au droit commun, le Conseil d'État ne peut pas s'accommoder de la disposition sous examen.

Articles 25 et 26 (24 et 25 selon le Conseil d'État)

Les articles 25 et 26 (24 et 25 selon le Conseil d'État) précisent les missions du Centre de documentation et de recherche sur la résistance ainsi que du Centre de documentation et de recherche sur l'enrôlement forcé institués respectivement par la loi du 20 décembre 2002 portant création d'un Centre de Documentation et de Recherche sur la Résistance¹⁰ et par la loi du 4 avril 2005 portant création a) d'un Comité directeur pour le Souvenir de l'Enrôlement forcé ; b) d'un Centre de Documentation et de Recherche sur l'Enrôlement forcé¹¹. Il convient de faire abstraction de ces deux dispositions, alors qu'il est prévu d'intégrer le Centre de documentation et de recherche sur la résistance et le Centre de documentation et de recherche sur l'enrôlement forcé au nouvel Institut pour l'histoire du temps présent qui fonctionnera au niveau de l'Université du Luxembourg. Un premier pas dans cette direction vient d'être franchi à

⁹ Avis du Conseil d'État du 25 mars 2016 concernant le projet de loi modifiant la loi modifiée du 15 juin 2004 portant réorganisation de l'Administration des bâtiments publics (CE n° 51.511, doc. parl. n° 6939)

¹⁰ Doc. parl. n° 5021

¹¹ Doc. parl. n° 5348

travers le vote d'une loi du 21 juin 2016, loi qui précisément supprime les deux Centres de documentation et de recherche¹².

Article 27 (24 selon le Conseil d'État)

L'article 27 (24 selon le Conseil d'État) a trait à l'archivage des minutes des notaires et plus précisément aux délais dans lesquels celles-ci doivent être proposées par leurs détenteurs aux Archives nationales. Il modifie dans cette perspective l'article 69 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

Les auteurs du projet de loi notent qu'il y a à l'heure actuelle contradiction entre la loi précitée du 9 décembre 1976 et le règlement grand-ducal du 15 janvier 2001 sur la consultation des fonds d'archives aux Archives nationales. L'article 69 de la loi précitée du 9 décembre 1976 prévoit en effet que « les minutes ayant plus de soixante ans de date doivent être déposées par leur détenteur aux archives du Gouvernement ». L'article 5 du règlement grand-ducal du 15 janvier 2001 définit de son côté une série de délais spéciaux pour la communicabilité de certains documents déposés aux Archives nationales, délais spéciaux qui dérogent au délai normal de trente ans pour la communication des documents dont la communication n'était pas libre avant leur dépôt aux Archives nationales. Il prévoit ainsi un délai de cinquante ans à compter de la date de l'acte pour la communicabilité des minutes des notaires.

L'alinéa 1^{er} de l'article 69 de la loi précitée du 9 décembre 1976 dans sa nouvelle teneur réduirait le délai endéans lequel les minutes doivent être proposées aux Archives nationales de soixante à cinquante ans. Ce délai correspond en fait au délai maximal dont disposent les producteurs ou détenteurs d'archives publiques pour proposer le versement de leurs archives instauré à l'article 3 du projet de loi en complément au critère de l'utilité administrative. Le Conseil d'État note que le délai réduit de cinquante ans pour la formulation de la proposition de versement est censé coïncider à son tour avec le délai de communication que les auteurs du projet annoncent vouloir fixer à cinquante ans à partir de la date de l'acte pour les minutes des notaires et à dix ans après le décès de la personne visée par la voie d'un règlement grand-ducal prévu à l'article 16, paragraphe 3 du projet de loi. Est visée en l'occurrence la communication à des tiers, c'est-à-dire à des personnes autres que les personnes intéressées en nom direct ou leurs héritiers et ayants droit. Le Conseil d'État voudrait cependant attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que le projet de règlement grand-ducal qui est joint au projet de loi et qui devra régler le détail de la communication, de la reproduction et la publication des archives ne mentionne pas les minutes des notaires et reste muet sur le point sous revue. Le Conseil d'État a bien noté que les auteurs du projet de loi mentionnent les minutes et répertoires des notaires au niveau du commentaire de l'article 16, paragraphe 3, du projet de loi en relation avec les documents qui contiennent des informations d'ordre personnel ou privé et dont la communication serait contraire à la protection du respect de la vie privée et

¹² Loi du 21 juin 2016 portant création d'un Comité pour la mémoire de la Deuxième guerre mondiale et portant 1. modification de la loi modifiée du 25 février 1967 ayant pour objet diverses mesures en faveur de personnes devenues victimes d'actes illégaux de l'occupant ; 2. abrogation de la loi du 20 décembre 2002 portant création d'un Centre de Documentation et de Recherche sur la Résistance 3. abrogation de la loi du 4 avril 2005 portant création a) d'un Comité directeur pour le Souvenir de l'Enrôlement forcé ; b) d'un Centre de Documentation et de Recherche sur l'Enrôlement forcé (doc. parl. n° 6960)

que le projet de règlement grand-ducal précité prévoit effectivement un dispositif spécifiquement consacré aux archives qui contiennent des renseignements relatifs à une personne, mais qui, de par sa configuration, ne convient pas au traitement des minutes des notaires. Les auteurs des textes soumis au Conseil d'État devront dès lors préciser leur démarche sur ce point.

La disposition de l'alinéa 2 de l'article 69 de la loi précitée du 9 décembre 1976 qui est nouvelle, constitue une mesure qui d'après le commentaire des articles, serait rendue nécessaire par la réduction du délai de versement actuel des minutes des notaires de soixante ans à cinquante ans. Cette modification risquerait en effet d'entraîner des situations où des documents devraient déjà être versés aux Archives nationales alors que la personne qui se trouve à leur origine ne serait pas encore décédée, d'où la nécessité de prévoir une dérogation pour les minutes comportant des dispositions unilatérales pour cause de mort pour lesquelles la proposition de versement ne pourra avoir lieu qu'après le décès du testateur ou donateur. Le Conseil d'État note ici encore qu'il semble y avoir contradiction avec ce que les auteurs du projet de loi annoncent au niveau du commentaire des articles, à savoir l'instauration par voie de règlement grand-ducal d'un délai de dix ans après le décès de la personne concernée pour la communicabilité de certaines minutes de notaire en sus du délai de principe de cinquante ans à partir de la date de l'acte.

Le Conseil d'État renvoie ici encore à ses observations déjà formulées à l'encontre des dispositions de l'article 16 du projet de loi qui relèguent au niveau d'un règlement grand-ducal la définition des cas dans lesquels la communication des archives peut être restreinte ou être soumise à des délais de communication prolongés.

Les autres dispositions de l'article 27 n'appellent pas d'observation de principe de la part du Conseil d'État. Elles ne font que reprendre les dispositions de la loi précitée du 9 décembre 1976.

Article 28 (25 selon le Conseil d'État)

L'article 28 (25 selon le Conseil d'État) règle l'archivage des bulletins de vote des élections communales, archivage qui sera désormais fait au ministère de l'Intérieur, et non plus aux Archives nationales, jusqu'à leur destruction prévue par les articles 225, alinéa 2, et 261, alinéa 2, de la loi électorale. Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 29 (26 selon le Conseil d'État)

L'article 29 (26 selon le Conseil d'État) modifie l'article 56 du décret modifié du 18 juin 1811 contenant règlement pour l'administration de la justice en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police, et tarif général des frais par un ajout qui précise que l'accord du Procureur général d'État pour l'accès des parties à une procédure pénale et des tiers à certains documents ne sera nécessaire que pendant le temps correspondant aux délais de communication prolongés prévus par la réglementation sur l'archivage prise en application de la loi en projet. Dans son avis du 10 mars 2016, le Procureur général d'État fait sienne cette approche, tout en proposant, pour des raisons de clarté du dispositif, de reprendre, au niveau

du décret précité du 18 juin 1811, les dispositions spécifiques définissant les conditions d'accès aux dossiers en matière criminelle, correctionnelle et de simple police qui seront intégrées à la réglementation sur l'archivage, et plus précisément au projet de règlement grand-ducal sur la communication, la reproduction et la publication des archives. Le Conseil d'État se rallie à cette proposition. Il conviendrait cependant de veiller à ce qu'elle ne débouche pas sur des redites au niveau de l'article 56 du décret modifiée du 18 juin 1811 et qu'il soit précisé que la disposition nouvellement introduite se réfère à la période avant l'expiration des délais de communication prolongés « prévus par la loi du... sur l'archivage et ses règlements d'exécution ».

Article 30 (27 selon le Conseil d'État)

L'article sous revue abroge les articles 12 à 17 de l'arrêté royal grand-ducal modifié du 8 février 1878 portant règlement sur l'organisation et le service des bureaux du Gouvernement. Les articles en question ont trait à la gestion des archives des services des bureaux du Gouvernement. En vertu des principes de la hiérarchie des normes et du parallélisme des formes, il n'appartient cependant pas au législateur de modifier ou d'abroger des dispositifs qui constituent des règlements d'exécution de la loi, comme tel est le cas en l'occurrence. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au texte proposé.

Chapitre XVI – Dispositions abrogatoires

Article 31 (28 selon le Conseil d'État)

L'article 31 (28 selon le Conseil d'État) abroge l'arrêté royal grand-ducal modifié du 15 février 1898 concernant l'élimination des archives de la Chambre des comptes. En vertu des principes de la hiérarchie des normes et du parallélisme des formes, il n'appartient cependant pas au législateur de modifier ou d'abroger des dispositifs qui constituent des règlements d'exécution de la loi, comme tel est le cas en l'occurrence. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au texte proposé.

Chapitre XVII – Dispositions transitoires

Article 32 (29 selon le Conseil d'État)

L'article 32 (29 selon le Conseil d'État) est censé apporter en son alinéa 1^{er} un certain nombre de précisions concernant la façon dont les archives publiques seront gérées pendant la phase transitoire de sept ans instaurée à l'article 6 du projet de loi et pendant laquelle les tableaux de tri des archives seront progressivement établis. Pendant cette phase, les producteurs ou détenteurs d'archives publiques seront dispensés de l'obligation de proposition de versement et de l'obligation de versement aux Archives nationales. Par ailleurs, l'interdiction de destruction prévue à l'article 7, paragraphe 1^{er}, ne s'appliquera pas. L'alinéa 2 déroge à son tour à ce dispositif en prévoyant que les archives publiques ayant plus de soixante-dix ans au moment de la publication de la nouvelle loi devront être proposées au versement aux Archives nationales au plus tard dans un délai d'un an.

Le Conseil d'État voudrait formuler un certain nombre d'observations concernant cette façon de configurer la transition à l'application entière et totale de la nouvelle législation. Il rappelle tout d'abord l'observation faite à l'endroit de la détermination de la période transitoire de sept ans à l'article 6 de la loi en projet, aspect qu'il voudrait voir figurer, dans son principe, au présent article. Ensuite, le Conseil d'État trouve dangereux, et à la limite contraire à l'économie générale du texte, de « suspendre », aux termes du commentaire des articles, l'interdiction de destruction des archives publiques pendant la période de transition. Au minimum, il conviendrait de prévoir que l'administration qui veut, pendant cette phase de transition, procéder à la destruction d'archives doit en demander l'autorisation auprès des Archives nationales.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler à l'égard du texte de l'alinéa 2.

Article 33 (30 selon le Conseil d'État)

L'article 33 (30 selon le Conseil d'État) prévoit un dispositif qui devra permettre de venir à bout des retards de versement qui se sont accumulés au cours des dernières décennies. Ainsi, le versement des archives publiques, conservées auprès du producteur ou détenteur d'archives publiques n'ayant plus d'utilité administrative et ayant plus de dix ans au moment où le tableau de tri sort ses effets, peut être échelonné sur une période de cinq ans. Le Conseil d'État prend note de cette façon de procéder qui, selon les auteurs du projet de loi, est destinée à échelonner dans le temps l'effort administratif et logistique conséquent qui devra être fourni tant du côté des administrations que de celui des Archives nationales. Il attire toutefois l'attention des auteurs du projet de loi sur une contradiction entre le texte de l'article 33 en projet et le commentaire des articles : alors qu'au niveau du texte de l'article 33 le délai accordé pour combler les retards dans le versement d'archives publiques est de cinq ans, le commentaire des articles se réfère à une période de dix ans. Le Conseil d'État estime pour sa part qu'un délai de cinq ans pour échelonner les versements devrait être amplement suffisant, vu que ce délai devrait courir à partir du moment où le tableau de tri aura été établi et sortira ses effets.

Article 34 (31 selon le Conseil d'État)

Aux termes de l'article 34 (31 selon le Conseil d'État), les archives publiques qui auront été versées aux Archives nationales avant la mise en vigueur de la nouvelle loi et qui présentent encore une utilité administrative pour le producteur ou détenteur d'archives publiques seront gérées par les Archives nationales tout au long de leur cycle de vie. Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité d'une telle disposition, alors qu'aucune disposition du texte en projet n'oblige une administration à attendre le moment précis où un document n'aura plus d'utilité administrative pour en proposer le versement aux Archives nationales. Il pourrait dès lors être fait abstraction de la disposition de l'article 34 (30 selon le Conseil d'État). La solution que les auteurs du projet de loi ont voulu consacrer au niveau de la disposition sous revue devrait d'ailleurs prévaloir alors qu'elle ne fait que refléter le bon sens.

Observation d'ordre légistique

Les observations d'ordre légistique qui suivent sont valables pour l'ensemble du projet de loi.

Les auteurs devront veiller, dans l'ensemble du texte et aux endroits occurrents, de supprimer systématiquement les expressions « de la présente loi », ou « du présent paragraphe » ou encore « du présent article », pour être superfétatoire.

Lorsqu'il est renvoyé à un paragraphe dans le corps du dispositif d'un article, il faut omettre les parenthèses entourant le chiffre faisant référence au paragraphe dont il s'agit.

Il convient également de systématiquement renvoyer à l' « alinéa 1^{er} » et non pas au « premier alinéa » ou encore à l' « alinéa premier ».

Lorsque les auteurs recourent à une énumération, l'emploi de tirets est à éviter, la référence aux dispositions qu'ils introduisent étant malaisée, tout spécialement à la suite d'ajouts ou de suppressions de tirets ou de signes à l'occasion de modifications ultérieures. Quand il s'agit d'une énumération, il y a lieu de remplacer ces tirets par une suite alphabétique en utilisant des lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante.

Pour ce qui est du groupement d'articles sous un chapitre, l'intitulé de celui-ci est précédé d'un tiret et se termine en règle générale sans point final. (ex. Chapitre I^{er} - Champ d'application).

Intitulé

S'il est acquis que, afin d'éviter que la citation de l'intitulé d'un acte autonome qui modifie un ou plusieurs autres actes ne soit trop longue, il soit procédé à l'introduction d'un intitulé abrégé, également appelé « intitulé de citation », il ne faut pas perdre de vue que l'acte doit néanmoins au moment de sa première publication au Mémorial reprendre l'ensemble des actes à modifier. Ce n'est que pour toutes les références ultérieures à la publication qu'il pourra être fait référence à l'intitulé de citation. L'intitulé actuel est dès lors à modifier en ce sens, c'est-à-dire en y faisant explicitement figurer au niveau de l'intitulé les actes à modifier et à abroger.

Article 1^{er}

Il y a lieu d'écrire « **Art. 1^{er}.** » et non pas « **Art. 1.** »

Article 5

Au paragraphe 2, alinéa 2, il convient d'ajouter une virgule entre les termes « tire » et « les ».

Article 6

Au paragraphe 1^{er}, début de la première phrase, il est stylistiquement maladroit d'écrire « ensemble avec ». Ledit début de phrase doit se lire comme suit : « Les Archives nationales procèdent avec les producteurs... ».

Article 9

Au paragraphe 3, les mots introductifs « Au sein de » seraient avantageusement remplacés par « Au niveau de ».

Article 11

Au paragraphe 3, il conviendrait d'écrire « sans droit ni titre ».

Article 12

Une erreur s'est glissée au paragraphe 2, première phrase ; il s'agit en effet d'écrire correctement « Une demande d'autorisation ... ».

Article 19 (18 selon le Conseil d'État)

Il faut, au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, renvoyer correctement à la loi modifiée du 2 août 2002 par la reprise de l'intitulé entier. À la fin du même alinéa il y a lieu d'écrire « renseignements nécessaires et suffisants ».

La deuxième référence à l'alinéa 1^{er} du même paragraphe à « les personnes concernées » peut être remplacée par celle de « ces personnes ».

Article 20 (19 selon le Conseil d'État)

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il faut correctement écrire « Toute publication... doit être notifiée... ».

Article 22 (21 selon le Conseil d'État)

Au paragraphe 3, il faut encore conjuguer le verbe « être » à l'indicatif présent, les textes n'étant en principe pas rédigés dans la forme du futur.

Article 24 (23 selon le Conseil d'État)

La précision « modifiée » est à ajouter à l'intitulé de la loi du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'État, celle-ci ayant depuis son entrée en vigueur fait l'objet de plusieurs modifications.

Articles 25 et 26 (24 et 25 selon le Conseil d'État)

Il y a lieu d'ajouter un « - » (tiret) au début du nouveau libellé proposé pour les dispositions qui seront modifiées :

« - de recenser, rassembler... »

Article 27 (24 selon le Conseil d'État)

La précision « modifiée » est à ajouter à l'intitulé de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, celle-ci ayant depuis son entrée en vigueur fait l'objet de plusieurs modifications.

Par ailleurs, les auteurs devront également veiller à compléter le libellé proposé, en y faisant figurer la date exacte de la loi sur l'archivage.

Article 29 (26 selon le Conseil d'État)

La précision « modifiée » est à ajouter à l'intitulé du décret précité du 18 juin 1811, celui-ci ayant depuis son entrée en vigueur fait l'objet de plusieurs modifications.

Article 30 (27 selon le Conseil d'État)

La précision « modifiée » est à ajouter à l'intitulé de l'arrêté du 8 février 1878, celui-ci ayant depuis son entrée en vigueur fait l'objet de plusieurs modifications. Finalement, il convient de dire que les articles visés du décret modifié du 18 juin 1811 sont abrogés et non supprimés

Article 32 (29 selon le Conseil d'État)

Dans l'optique d'une éventuelle modification ultérieure, à l'alinéa 2, l'expression « alinéa qui précède » est à remplacer par « alinéa 1^{er} » afin de ne pas rendre ce renvoi incohérent.

Article nouveau

Au vu de l'observation faite à l'endroit de l'intitulé, les auteurs devront ajouter un article nouveau après les dispositions transitoires, article qui portera sur l'introduction d'un intitulé de citation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 21 juillet 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes