

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage

Vanreck, Odile

Published in:

Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vanreck, O 2018, Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage. dans *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR): analyse approfondie*. Cahiers du CRIDS, numéro 44, Larcier , Bruxelles, pp. 837-863.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 19

Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage

Odile VANRECK^{1,2}

Introduction

1. Le règlement général sur la protection des données³ (ci-après, le « RGPD »), qui est entré en application le 25 mai 2018, impacte toute personne et tout secteur d'activité : le citoyen dont les données à caractère personnel sont traitées – que le régime qualifie de « personne concernée » – et tous les services publics et entreprises, qui collectent, utilisent, communiquent et/ou conservent des données à caractère personnel. Ces entités agissent dès lors en tant que responsables de traitement ou sous-traitants au sens du texte européen⁴.

2. Alors que la personne concernée voit son droit à la protection des données renforcé par le RGPD⁵, les responsables de traitement et sous-traitants, tenus au respect des règles prévues dans le texte, ont généralement été amenés à modifier leurs processus de travail afin d'effectuer les traitements auxquels ils procèdent conformément aux nouvelles règles.

Parmi les activités de traitement effectuées par un responsable de traitement ou un sous-traitant, le simple fait de conserver – à long terme ou non – des données concernant une personne physique constitue une opération soumise au RGPD⁶.

¹ Je remercie sincèrement la Professeur Cécile de Terwangne pour sa relecture.

² Chercheuse au sein du CRIDS et avocate au barreau du Brabant wallon (dkw-law.com).

³ 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.

⁴ Sur ces notions, nous renvoyons au titre 2 du présent ouvrage.

⁵ À cet égard, nous renvoyons au titre 9 du présent ouvrage.

⁶ La conservation est explicitement citée comme une des opérations consistant en un traitement. Voy. art. 4.2 du RGPD.

Cette contribution a vocation à examiner, sous l'angle des exigences du règlement général sur la protection des données, les spécificités de l'activité d'archivage ou de conservation à long terme des données à caractère personnel.

3. Au préalable, il est nécessaire d'explicitier ce que recouvrent les notions d'« archivage » et d'« archive » au sens de cette contribution.

Les archives sont définies comme « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité »⁷. Cette définition est large en ce qu'elle vise les archives en version papier et en version électronique, des archives venant d'une personne physique, d'une personne morale ou d'un organisme du secteur public mais également des documents qui sont encore en cours d'utilisation, contrairement au sens commun donné à cette notion.

D'un point de vue archivistique, le cycle de vie d'une archive est subdivisé en trois périodes. Durant la première période de sa vie, l'archive est un document qui est produit et utilisé de manière quotidienne par une personne physique ou morale ou un organisme du secteur public ou par leurs services respectifs. Cette archive est qualifiée de « dynamique » ou « courante ». Dans un second temps, l'archive est un document qui n'est plus quotidiennement utilisé et qui n'est que peu fréquemment consulté. Durant cette période intermédiaire, l'archive est dite « semi-dynamique » et est conservée car l'entité y trouve un intérêt. Ainsi, les organismes du secteur public conservent une archive tant que son délai d'utilité administrative n'est pas expiré⁸. En général, les personnes physiques et morales conservent des documents soit en raison d'obligations légales – la loi précisant dans ce cas la durée de conservation⁹ – soit pour leur utilité à des

⁷ M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, 2016, Bruxelles, Politeia, p. 33.

⁸ En Belgique, au niveau fédéral, cette conservation doit notamment être effectuée conformément à la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 12 août 1955. Voy. égal. l'arrêté royal du 18 août 2010 sur la surveillance archivistique, *M.B.*, 23 septembre 2010 ; l'arrêté royal du 18 août 2010 sur le transfert des archives, *M.B.*, 23 septembre 2010 ; l'arrêté royal du 16 septembre 2011 sur la consultation des archives déposées aux Archives générales du Royaume, *M.B.*, 30 septembre 2011 ; le décret wallon du 6 décembre 2001 relatif aux archives publiques, *M.B.*, 20 décembre 2001 ; l'ordonnance relative aux archives de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 mars 2009, *M.B.*, 26 mars 2009 ; le décret flamand du 9 juillet 2010 relatif à l'organisation des archives administratives et de gestion, *M.B.*, 5 août 2010.

⁹ À titre exemplatif, en droit belge, les originaux des livres et des documents de l'entreprise (tels que les documents statutaires ou les PV établis en exécution du Code des sociétés)

fins de preuve¹⁰. Dans ce cas, l'archive est généralement conservée durant la période de prescription. À la fin de cette période intermédiaire, un tri a lieu entre les archives qui seront conservées et celles qui seront éliminées. L'archive qui est conservée est alors qualifiée de « statique », « définitive » ou d'« historique » et est détenue pour une durée illimitée¹¹.

La notion d'« archivage » recouvre toutes les opérations de traitement (collecte, conservation, utilisation, communication, destruction,...) qui sont réalisées sur une archive. Dans le cadre de cette contribution, nous prenons le parti d'exclure les archives dynamiques, pour nous concentrer sur les archives semi-dynamiques et définitives (à savoir celles qui sont conservées à long terme).

4. Du point de vue de la protection des données, les difficultés posées par la conservation sur de longues périodes des documents apparaissent immédiatement : comment se conformer aux principes de la limitation de la durée de conservation ou de la limitation des finalités, comment répondre aux demandes notamment d'effacement venant des personnes concernées alors que ces documents sont utiles pour l'organisme ou ont un intérêt historique ou encore comment s'assurer que le prestataire d'archivage – agissant généralement en qualité de sous-traitant – auquel l'organisme a recours respecte les règles du RGPD ?

En principe, l'opération de conservation des documents ne doit pas être examinée différemment des autres opérations de traitement. Il s'agit généralement d'une opération parmi d'autres dans le cadre d'une activité de traitement.

Toutefois, il est également possible que des documents soient traités pour des raisons archivistiques car leur conservation a un intérêt pour des raisons historiques, patrimoniales ou culturelles. Le RGPD a alors instauré un régime spécifique applicable aux traitements réalisés « à des fins

doivent être conservés pendant la vie de la société et cinq ans après la clôture de la liquidation de celle-ci (art. 195 C. soc.) et les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables doivent être conservés pendant sept années (art. 315 du Code d'impôt sur les revenus).

¹⁰ À ce sujet, voy. not. E. BUYENS, « Conservation des archives : quels délais ? », *Cah. Jur.*, 2013/1, pp. 22-26 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *Let's go digital – Le juriste face au numérique / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 207-209 ; O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le Règlement n° 910/2014 », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larquier, 2016, p. 218 ; A.-M. VASTESAEGER, « Les tableaux de tri. Les entreprises privées », *Question d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, p. 216.

¹¹ M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, 2016, Bruxelles, Politeia, pp. 33-34.

archivistiques dans l'intérêt public ». Dans ce cas, des dérogations à certains principes et à certaines règles du RGPD sont prévues par le texte. En parallèle, le RGPD a également prévu un régime particulier pour les traitements de données à caractère personnel effectués « à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ».

5. Sous le régime de la directive 95/46/CE¹², alors que des dérogations étaient prévues pour les traitements réalisés à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, le texte légal ne visait pas expressément les traitements à des fins archivistiques. Toutefois, dans de nombreux États membres, ce traitement particulier avait été intégré dans la notion de traitements à des fins historiques, statistiques ou scientifiques de sorte que les traitements effectués pour des raisons archivistiques bénéficiaient de dérogations¹³.

6. Après avoir démontré – succinctement – que les règles du RGPD sont applicables lors de l'activité d'archivage de documents (peu importe leur support, papier ou électronique) (Chapitre 1), nous mettrons en avant certains points d'attention lors de la réalisation de cette activité (Chapitre 2). Ensuite, nous exposerons les dérogations aux exigences du RGPD dont bénéficient les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. Application des règles en matière de protection des données à l'activité d'archivage

7. L'activité d'archivage des documents, que celle-ci soit réalisée par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale, implique en principe des traitements de données à caractère personnel du fait des définitions très larges données aux notions de « donnée à caractère personnel » et de « traitement ».

¹² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.*, L 281, 23 novembre 1995, pp. 0031-0050.

¹³ Voy. à cet égard European Commission, « Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States », p. 41, cité par I. TAYLOR, « The general data protection regulation (EU 2016/679) : White paper », disponible sur https://interparestrust.org/assets/public/dissemination/Archivar2_2017_Taylor.pdf.

Pour rappel, la donnée à caractère personnel est « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (...) », alors que le traitement est défini comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel (...) »¹⁴. Cette définition du traitement se poursuit par une énonciation d'opérations constituant des traitements au sens du RGPD¹⁵. Dans le cadre de la présente contribution, puisque nous avons fait le choix de nous concentrer sur les archives semi-dynamiques et définitives, les opérations susceptibles d'être effectuées sur des données à caractère personnel sont principalement la conservation et, à titre plus anecdotique, la consultation, l'utilisation, la communication ou la destruction.

8. Le RGPD s'applique si les activités de traitement entrent dans son champ d'application matériel et territorial¹⁶. Nous ne nous attardons pas sur le champ d'application territorial¹⁷ et partons du postulat que le responsable de traitement ou le sous-traitant procédant à l'archivage est établi dans un des États membres de l'Union européenne.

Au niveau du champ d'application matériel, le RGPD s'applique à tout « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »¹⁸. Tant les archives sur support électronique que les archives sur support papier sont comprises dans cette définition. En effet, les archives papier sont généralement conservées suivant une structure et avec une possibilité d'accès selon des critères spécifiques de sorte qu'elles constituent un fichier au sens du RGPD¹⁹.

¹⁴ Voy. respectivement art. 4.1 et 4.2 du RGPD. Pour des explications complémentaires sur ces notions de « donnée à caractère personnel » et de « traitement », nous renvoyons au titre 2 du présent ouvrage.

¹⁵ À savoir « la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

¹⁶ Pour plus de précisions à cet égard, nous renvoyons au titre 2 du présent ouvrage.

¹⁷ Prévu à l'article 3 du RGPD.

¹⁸ Voy. art. 2.1 du RGPD. Le fichier est défini comme « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique ».

¹⁹ À cet égard, voy. F. PLISNIER, « Aspects juridiques et réglementaires. La consultation », *Questions d'archivage*, 2016, Bruxelles, Politeia, p. 75.

9. Toutefois, certains traitements de données seront exclus du champ d'application du RGPD. Ainsi, l'article 3.2.d du RGPD précise que le texte ne s'applique pas au traitement effectué par « une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique ». Le considérant n° 18 du RGPD apporte un éclairage sur cette notion, en précisant que cela vise les traitements de données à caractère personnel effectués par une personne physique « au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques et donc sans lien avec une activité professionnelle ou commerciale ». Une telle exception jouera uniquement pour les opérations de traitement (dont la conservation) effectuées par une personne physique à des fins strictement personnelles. Les organismes du secteur privé ou public qui conservent des documents ou données contenant des données à caractère personnel ne pourront pas bénéficier de cette exception.

Par ailleurs, le RGPD, par le biais de deux considérants, exclut de son champ d'application le traitement des données à caractère personnel des personnes décédées²⁰. Le considérant n° 27 du RGPD stipule toutefois que les États membres sont libres de « prévoir des règles relatives au traitement des données à caractère personnel des personnes décédées ». Sur cette question, il sera donc nécessaire d'analyser les lois nationales prises par les États membres pour compléter ou mettre en œuvre le RGPD²¹.

10. La personne physique ou morale ou l'organisme du secteur public, qu'il agisse comme responsable du traitement ou sous-traitant²², qui effectue des opérations de traitement dans le cadre de son activité d'archivage, est tenu de respecter les règles du texte européen dès lors que celles-ci entrent dans le champ d'application du RGPD.

²⁰ Considérant n° 27 du RGPD : « Le présent règlement ne s'applique pas aux données à caractère personnel des personnes décédées. Les États membres peuvent prévoir des règles relatives au traitement des données à caractère personnel des personnes décédées » ; considérant n° 158 du RGPD : « Lorsque les données à caractère personnel sont traitées à des fins archivistiques, le présent règlement devrait également s'appliquer à ce traitement, étant entendu qu'il ne devrait pas s'appliquer aux des personnes décédées ».

²¹ Sous le régime de la directive 95/46/CE, certains pays, tels que l'Italie, avait prévu des règles spécifiques applicables aux traitements de données à caractère personnel des personnes décédées.

²² Par exemple, un prestataire de service d'archivage. Dans sa recommandation n° 06/2017 du 14 juin 2017, la Commission belge de protection de la vie privée (nouvellement dénommée « autorité de protection des données ») cite comme exemple de sous-traitant « les sociétés de stockage de données auxquelles il est fait appel faute de conservation en interne ».

CHAPITRE 2. Points d'attention lors de l'activité d'archivage

11. Certains principes ou obligations prévus dans le RGPD sont particulièrement sensibles lors de traitements de données à caractère personnel dans le cadre de l'archivage. Sans prétendre être exhaustif, nous développons ci-dessous les règles auxquelles il convient d'être attentif dans ce contexte.

SECTION 1. – Licéité du traitement

12. L'article 5.1.a du RGPD impose que les données à caractère personnel soient traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (application des principes de licéité, de loyauté et de transparence). Afin d'être licite, tout traitement de données, telle que la conservation à longue durée, doit reposer sur un des fondements de licéité (ou « bases légales ») listés à l'article 6 du RGPD²³.

13. Dans le cadre des activités de conservation à long terme, plusieurs de ces fondements sont envisageables.

Tout d'abord, une personne concernée peut avoir consenti à des traitements sur ses données (art. 6.1.a du RGPD)²⁴. Le consentement doit notamment être obtenu pour une ou plusieurs finalités spécifiques (et non pas pour une ou plusieurs opérations de traitement). Par exemple, si un commerçant (responsable de traitement) propose à un client (personne concernée) d'avoir recours à une carte de fidélité et fonde les opérations de traitement sous-jacentes à ce programme de fidélisation sur le consentement de la personne concernée, ce consentement couvrira toutes les opérations du traitement – dont la conservation – effectuées sur ses données d'identification et probablement ses habitudes d'achat.

²³ Pour plus de précisions sur les hypothèses de fondement légitime, nous renvoyons au titre 3 du présent ouvrage.

²⁴ Le consentement est défini comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (art. 4.11 du RGPD). Voy. aussi considérant n° 32 du RGPD.

Une seconde hypothèse de base légale d'un traitement est le cadre contractuel existant entre la personne concernée et le responsable de traitement (art. 6.1.b du RGPD). De fait, un traitement peut avoir lieu s'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci. Ainsi, lorsqu'une personne concernée conclut un contrat avec une entreprise (responsable de traitement) qui s'engage à lui livrer les meubles achetés à son domicile, celle-ci devra collecter les informations pertinentes (comme l'adresse), qu'elle conservera ensuite.

Par ailleurs, l'opération de conservation des données pourrait se fonder sur une troisième hypothèse prévue à l'article 6 du RGPD : celle de l'obligation légale. Un traitement sera considéré comme licite s'il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis. Par exemple, en droit belge, une ASBL doit tenir, en vertu de l'article 10 de la loi sur les ASBL²⁵, un registre listant ses membres (qui peuvent être des personnes physiques). La loi ne précise pas la durée de conservation de ce registre. Un second exemple applicable en droit belge serait la conservation des statuts d'une entreprise (reprenant notamment le nom des gérants ou administrateurs, pouvant être des personnes physiques) qui constitue un des documents que l'entreprise doit conserver pendant cinq ans à partir de la clôture de la liquidation²⁶. Le responsable de traitement est dès lors tenu de conserver sur une longue période des données à caractère personnel, en raison d'obligations légales.

Ensuite, un traitement de données à caractère personnel est aussi licite s'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement (art. 6.1.e du RGPD). Ainsi, cette hypothèse peut constituer le fondement légal pour les opérations d'archivage effectuées par les organismes nationaux chargés de la conservation des archives ayant une valeur historique, culturelle ou patrimoniale.

Enfin, est également légitime le traitement qui est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement (ou par un tiers) sauf si les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée prévalent. Ainsi, un commerçant (responsable de traitement) se fonde sur cette base de légitimité lorsqu'il obtient d'un client (personne concernée) son adresse *email* pour lui transmettre une version électronique du contrat de vente conclu et qu'il lui envoie par la suite de la publicité personnalisée liée à l'achat réalisé (pour des finalités

²⁵ Loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, *M.B.*, 1^{er} juillet 1921, p. 5409.

²⁶ En vertu de l'article 195 du Code des sociétés belge.

de marketing direct). Dans ce cadre, le responsable de traitement conservera des données à caractère personnel sur ce client à des fins de gestion de la clientèle.

SECTION 2. – Principe de limitation des finalités

14. En vertu du principe de limitation des finalités, les données à caractère personnel doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités » (art. 5.1.b du RGPD).

La finalité est la raison pour laquelle des données à caractère personnel sont traitées (telles qu'aux fins de la gestion de la clientèle, de l'administration du personnel d'une entreprise, de la sécurité, de la comptabilité, de la délivrance de permis, de l'administration de soins de santé, de marketing direct, ...) ²⁷. Ainsi, préalablement à chaque traitement, le responsable du traitement doit déterminer la finalité de son traitement. Cette finalité doit en outre être précisée dans le registre des activités de traitement devant, à certaines conditions, être tenu par le responsable de traitement ²⁸.

15. De manière générale, la conservation à long terme, par une personne physique ou morale ou par un organisme du secteur public, ne constitue pas une finalité en tant que telle mais bien une opération de traitement. Dès lors, le responsable du traitement ne peut, en principe, pas estimer qu'il collecte, utilise et puis conserve des données à caractère personnel uniquement pour des raisons d'archivage. Il le fera plutôt à des fins de preuve, par exemple.

Il existe toutefois des exceptions à ce principe, puisque certains organismes du secteur public, personnes physiques ou morales pourraient décider de conserver des documents en raison de leur intérêt historique, culturel ou patrimonial ²⁹. Dans ce cas, la conservation à long terme constitue la raison d'être du traitement, la finalité. Si les données n'ont

²⁷ À cet égard, nous renvoyons au titre 3 du présent ouvrage.

²⁸ Art. 30.1.b du RGPD. Pour plus de précisions sur la tenue du registre des activités de traitement, nous renvoyons au titre 4 du présent ouvrage.

²⁹ Par exemple, il existe, dans les États membres, des organismes chargés de la conservation des archives ayant une valeur historique, culturelle ou patrimoniale qui sont déposées par des organismes du secteur public principalement mais également par des personnes physiques ou morales (archives définitives). Le considérant n° 158 du RGPD précise que « (l)orsque les données à caractère personnel sont traitées à des fins archivistiques, le présent règlement devrait également s'appliquer à ce traitement (...) ».

pas initialement été collectées pour cette finalité (ce qui sera, selon nous, généralement le cas), le responsable de traitement devra s'interroger sur la compatibilité entre le traitement effectué pour cette nouvelle finalité et le traitement effectué pour les finalités initiales³⁰.

En réponse à cette interrogation, l'article 5.1.b du RGPD précise que « le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales ». Un tel traitement pour de telles finalités est dès lors conforme au principe de la limitation des finalités.

SECTION 3. – Principe de minimisation des données

16. Le principe de la minimisation des données impose que les données doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (art. 5.1.d du RGPD).

Concrètement, ce principe exclut qu'un responsable de traitement décide de collecter et/ou de conserver des données à caractère personnel, alors que celles-ci ne sont pas pertinentes au regard des finalités du traitement.

SECTION 4. – Principe de la limitation de la conservation

17. Le principe de la limitation de la conservation, inscrit à l'article 5.1.e) du RGPD, prévoit que les données à caractère personnel doivent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ».

Ainsi, le responsable de traitement doit faire concorder la durée de conservation des données avec les finalités du traitement. Il est donc indispensable de déterminer préalablement au traitement, et pour chaque catégorie de données à caractère personnel traitée, la durée durant laquelle ces données seront conservées. À l'issue de cette durée, les données devront

³⁰ Voy. à ce sujet au considérant n° 50 du RGPD qui apporte un éclairage sur les hypothèses de traitements compatibles des données à caractère personnel pour des finalités différentes de celles pour lesquelles les dites données avaient été collectées. Voy. aussi le titre 3 du présent ouvrage.

soit être détruites, soit être anonymisées (de manière à ce que la personne concernée ne soit plus identifiable).

18. Contrairement aux données pseudonymisées qui peuvent, par le recours à des informations supplémentaires, être réattribuées à une personne concernée déterminée³¹, il n'est plus possible de faire le lien entre une personne concernée et des données anonymes, l'anonymisation devant être totalement irréversible³². Dès lors, de telles données anonymes ne constituent pas des données à caractère personnel et le RGPD ne s'applique plus aux traitements effectués sur ces données³³.

19. Par ailleurs, la durée de conservation (ou le délai prévu pour l'effacement des différentes catégories de données) constitue une des informations qui doit « dans la mesure du possible » être reprise dans le registre des activités de traitement tenu par le responsable de traitement³⁴.

20. Enfin, l'article 5.1.e) du RGPD prévoit une exception au principe de la limitation de la conservation pour les traitements de données à caractère personnel exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. De telles données peuvent être conservées pour des durées plus longues, à certaines conditions. Nous reviendrons sur cette exception.

SECTION 5. – Mesures techniques et organisationnelles appropriées

21. Plusieurs dispositions du RGPD imposent au responsable de traitement et, dans une certaine mesure, au sous-traitant, d'avoir recours à des mesures techniques et organisationnelles appropriées, principalement

³¹ La pseudonymisation est définie à l'article 4.5 du RGPD comme « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ».

³² V. VERBRUGGEN, *Protection des données à caractère personnel : loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Loi Vie privée*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 70.

³³ Voy. à ce sujet considérant n° 26 du RGPD.

³⁴ Art. 30.1.f du RGPD.

pour s'assurer, et être en mesure de démontrer, que le traitement est effectué conformément au règlement général sur la protection des données (art. 24 du RGPD).

22. En premier lieu, l'article 5.1.f du RGPD, consacré au principe d'intégrité et de confidentialité, précise que les données à caractère personnel doivent être « traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées ».

Il est donc essentiel de maintenir un niveau de sécurité approprié durant toute la durée de conservation des données, que cette conservation soit réalisée en version papier ou électronique. Par exemple, s'il a recours à des moyens électroniques, le responsable de traitement devra être attentif à utiliser des supports présentant une garantie de longévité suffisante.

Ce principe se combine avec l'article 32 du RGPD qui impose au responsable du traitement et au sous-traitant de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque pour les droits et libertés des personnes physiques, « compte tenu de l'état des connaissances, des coûts de mise en œuvre et de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques ». Cette disposition contient ensuite d'exemples de telles mesures techniques et organisationnelles appropriées en fonction des besoins³⁵.

23. En second lieu, les principes de la « protection des données dès la conception » et « protection des données par défaut » (prévus à l'article 25 du RGPD) doivent être respectés. Selon ce premier principe, le responsable du traitement doit mettre en œuvre, tant au moment de la détermination des moyens du traitement qu'au moment du traitement lui-même, des mesures techniques et organisationnelles appropriées qui sont destinées à

³⁵ À savoir « a) la pseudonymisation et le chiffrement des données, b) des moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constantes des systèmes et des services de traitement, c) des moyens permettant de rétablir la disponibilité des données à caractère personnel et l'accès à celles-ci dans des délais appropriés en cas d'incident physique ou technique ou d) une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement ».

réaliser les principes relatifs à la protection des données (tels que la minimisation des données). Selon le second principe, le responsable du traitement doit mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour garantir que, par défaut, seules les données à caractère personnel qui sont nécessaires au regard de chaque finalité spécifique du traitement soient traitées. Ces deux principes s'appliquent tant pour la conservation de documents en version papier que celle des données électroniques.

Pour respecter ces principes, le responsable de traitement pourrait par exemple mettre en place un service de gestion documentaire qui restreint automatiquement l'accès au document atteignant le stade d'archive intermédiaire (et qui n'est donc que rarement consulté).

24. En dernier lieu, le responsable de traitement doit également choisir un sous-traitant qui présente des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du RGPD et garantisse la protection des droits de la personne concernée (art. 28 du RGPD). Le contrat devant être conclu entre le responsable de traitement et le sous-traitant doit notamment imposer au sous-traitant de prendre toutes les mesures requises en vertu de l'article 32 du texte européen.

SECTION 6. – Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales

25. Si le responsable de traitement décide d'archiver de manière électronique ses données, il pourrait être tenté d'avoir recours à des services de *cloud computing*. L'installation des serveurs liés à ces services en dehors de l'Espace économique européen³⁶ entraîne l'application des règles particulières en matière de transferts de données vers des pays tiers ou à des organisations internationales. Nous renvoyons à cet égard au titre 6 du présent ouvrage, ainsi qu'aux articles 44 et suivants du RGPD.

³⁶ À savoir les 28 États membres de l'Union européenne et l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein.

SECTION 7. – Exercice effectif des droits des personnes concernées

26. Aussi longtemps qu'il conserve des données à caractère personnel relatives à une personne concernée, le responsable de traitement sera tenu de répondre, en principe « dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande »³⁷, aux demandes d'exercice de ses droits par cette personne³⁸.

Ainsi, pour répondre à la demande d'accès d'une personne concernée, le responsable de traitement doit lui-même être capable d'identifier toutes les données qu'il traite au sujet d'une personne physique.

27. Néanmoins, le RGPD a prévu, ou a accordé la possibilité aux États membres de prévoir, moyennant le respect de conditions, des dérogations à l'exercice des droits des personnes concernées pour les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. Nous y reviendrons dans la suite de cette contribution.

CHAPITRE 3. Dérogations prévues dans le RGPD

28. L'archivage ou la conservation de longue durée des documents peut, dans certains cas, être difficilement combinable avec les règles du RGPD et particulièrement avec les principes de la limitation de la conservation des données ou de la limitation des finalités.

Ces difficultés se posent particulièrement eu égard aux documents qui sont conservés par des organismes nationaux dont la mission est précisément l'archivage à long terme de documents ayant un intérêt historique, patrimonial ou culturel pour le pays. Dans ce cas, l'archivage n'est plus seulement une opération de traitement (la conservation) mais constitue également la finalité des opérations effectuées. Ces traitements sont effectués à des fins archivistiques dans l'intérêt public (ou à des fins historiques) et bénéficient de dérogations à certains principes et règles du RGPD.

³⁷ Art. 12.3 du RGPD.

³⁸ Au sujet des droits dont bénéficient les personnes concernées, nous renvoyons au titre 9 du présent ouvrage.

En contrepartie, le RGPD prévoit que de tels traitements doivent être entourés de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée³⁹.

29. En vue d'analyser ce régime spécifique applicable aux traitements effectués à des fins archivistiques dans l'intérêt public, il est tout d'abord indispensable d'examiner le champ d'application de celui-ci (Section 1). Ensuite, après avoir passé en revue les dérogations dont bénéficient ces traitements (Section 2), certaines réflexions sur le régime, mettant particulièrement en avant les difficultés posées par celui-ci, seront exposées (Section 3).

SECTION 1. – Notion de « traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public »

30. Pour déterminer quels traitements de données à caractère personnel bénéficient des dérogations en raison de leur finalité archivistique dans l'intérêt public, il convient de se référer au considérant n° 158 du RGPD, qui prévoit que :

« [l]es autorités publiques ou les organismes publics ou privés qui conservent des archives dans l'intérêt public devraient être des services qui, en vertu du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, ont l'obligation légale de collecter, de conserver, d'évaluer, d'organiser, de décrire, de communiquer, de mettre en valeur, de diffuser des archives qui sont à conserver à titre définitif dans l'intérêt public général et d'y donner accès ».

Plusieurs conditions ressortent de la description – qui ne constitue pas une véritable définition à nos yeux – du « traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public » : (i) un tel traitement doit consister en la « conservation des archives dans l'intérêt public » (ii) qui est effectué soit une autorité publique, soit un organisme public ou privé ; (iii) un tel « service » doit être soumis à une obligation légale (au niveau national ou européen) (iv) de collecter, conserver, évaluer, organiser, décrire, communiquer, mettre en valeur, diffuser et de donner accès à des archives, (v) qui sont conservées à titre définitif dans l'intérêt public général⁴⁰.

³⁹ Voy. art. 89 du RGPD, ainsi que considérant n° 156 du RGPD.

⁴⁰ Dans la version anglaise du RGPD, cette notion est traduite par « *records of enduring value for general public interest* ».

31. Cette description appelle deux commentaires.

D'une part, certains termes composant cette description sont peu précis et non définis par le texte européen, ce qui peut engendrer des incertitudes (« service », « intérêt public », « intérêt public général », « à titre définitif »).

D'autre part, cette description est restrictive en raison du caractère cumulatif de toutes les opérations citées (« et »)⁴¹ et de la condition de l'existence d'une loi (au sens large) imposant à un service la conservation, ainsi que toutes les autres opérations citées, d'archives ayant une valeur permanente dans l'intérêt public général.

Il reviendra à chaque État membre de déterminer quels seront les organismes qui, au niveau national, seront visés par cette description. À nos yeux, celle-ci vise particulièrement les organismes nationaux chargés par chaque État membre, en vertu d'une loi nationale, de conserver des documents ayant un intérêt historique, culturel ou patrimonial pour ce pays⁴². Nous nous situons dès lors dans la troisième phase du cycle de vie des archives, celle des archives définitives.

32. Pour conclure sur cette notion de traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, nous souhaitons attirer l'attention sur les autres traitements bénéficiant de dérogations en vertu du RGPD et sur les difficultés qui pourront se poser pour distinguer ceux-ci. En effet, le texte européen prévoit également des dérogations pour les traitements « à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ». La différenciation entre un traitement à des fins archivistiques d'intérêt public et un traitement à des fins historiques nous semble ténue⁴³. Les régimes applicables à ces différents traitements, tant au niveau des dérogations prévues que de l'exigence de mettre en place des garanties appropriées, se recoupent toutefois largement⁴⁴.

⁴¹ Ce caractère cumulatif des différentes opérations citées dans le considérant n° 158 du RGPD peut sembler malheureux (notamment les opérations de diffusion et de mise en valeur).

⁴² Par exemple, en Belgique, les Archives générales du Royaume et les Archives de l'État dans les Provinces, au Luxembourg, les Archives nationales de Luxembourg, en France, les services d'archives publiques et leurs différents organismes.

⁴³ Le traitement à des fins historiques n'est pas défini par le RGPD. Le considérant n° 160, consacré à ce traitement, n'est pas très éclairant (« Lorsque des données à caractère personnel sont traitées à des fins de recherche historique, le présent règlement devrait également s'appliquer à ce traitement. Cela devrait aussi comprendre les recherches historiques et les recherches à des fins généalogiques, étant entendu que le présent règlement ne devrait pas s'appliquer aux personnes décédées »).

⁴⁴ Voy. particulièrement les articles 89.1 et 89.2 du RGPD (à comparer avec l'article 89.3 du RGPD).

SECTION 2. – Dérogations aux droits prévus dans le RGPD et applicables au traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public

33. Une fois qu'un traitement est effectué « à des fins archivistiques dans l'intérêt public », le responsable de ce traitement bénéficie de dérogations aux droits et obligations prévus dans le RGPD.

Pour une analyse systématique de ces dérogations, nous les avons subdivisées en deux catégories : d'une part les dérogations reprises dans une série de dispositions spécifiques et faisant référence à l'article 89.1 du RGPD et d'autre part, les dérogations expressément citées à l'article 89.3. du RGPD.

§ 1. Dérogations prévues dans les articles du RGPD et faisant référence à l'article 89.1 du RGPD

34. Certains articles du RGPD, consacrant un principe ou un droit, contiennent en leur sein une dérogation à ce principe ou à ce droit en cas de traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public. Ces dérogations font référence à l'article 89.1 du RGPD et précisent, le cas échéant, les conditions devant être respectées.

35. Les articles contenant des principes ou droits auxquels il peut être dérogé en cas de traitements réalisés à des fins archivistiques dans l'intérêt public sont les suivants.

Premièrement, l'article 5.1.b du RGPD, relatif au principe de la limitation des finalités, prévoit qu'un traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public n'est pas considéré comme incompatible avec les finalités initiales⁴⁵. Cela permet donc de considérer que le traitement de conservation à longue durée, dans l'intérêt public, sera compatible avec toute finalité en vertu de laquelle le traitement aura été préalablement réalisé.

Deuxièmement, en dérogation au principe de la limitation de la conservation, l'article 5.1.e du RGPD permet de conserver des données à caractère personnel pour des durées « plus longues » si celles-ci sont traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public. Cette

⁴⁵ Voy. égal. le considérant n° 50 du RGPD qui précise que « le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public (...) devrait être considéré comme une opération de traitement licite compatible ».

dérogation semble essentielle puisque l'objet même de l'archivage est la conservation des données sur de très longues périodes.

Troisièmement, l'article 9.2.j du RGPD prévoit que l'interdiction de traiter des catégories particulières de données à caractère personnel (couramment dénommées « données sensibles »)⁴⁶ ne s'applique pas lorsque le traitement est nécessaire à des fins archivistiques dans l'intérêt public et est prévu par une loi (nationale ou européenne). Cette loi doit être « proportionné(e) à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée »⁴⁷. Il est donc indispensable que la dérogation à l'article 9.1 du RGPD soit prévue et encadrée par une législation.

Quatrièmement, l'article 14.5.b du RGPD contient une dérogation à l'obligation d'information que le responsable de traitement doit fournir aux personnes concernées lorsque les données à caractère personnel ne sont pas collectées directement auprès de ces personnes. Ainsi, l'obligation d'information, prévue à l'article 14.1 du RGPD, n'est pas applicable lorsque la communication des informations « se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés, en particulier pour le traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public (...) ». Pour bénéficier de cette dérogation, le responsable du traitement doit prendre « des mesures appropriées pour protéger les droits et libertés ainsi que les intérêts légitimes de la personne concernée, y compris en rendant les informations publiquement disponibles ». En vue de déterminer si la communication est impossible ou nécessiterait des efforts disproportionnés, il faut prendre en considération « le nombre de personnes concernées, l'ancienneté des données, ainsi que les garanties appropriées éventuelles adoptées »⁴⁸.

Cinquièmement, l'article 17.3.d du RGPD prévoit une dérogation au droit de la personne concernée, prévu à l'article 17.1 de l'instrument européen, d'obtenir l'effacement de ses données (« droit à l'oubli »). Dès lors, le droit de la personne concernée d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et

⁴⁶ À savoir les « données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique » (art. 9.1 du RGPD).

⁴⁷ Voy. égal. considérant n° 53 du RGPD : « les catégories particulières de données à caractère personnel qui méritent une protection plus élevée ne devraient être traitées qu'à des fins (notamment) archivistiques dans l'intérêt public (...) sur la base du droit de l'Union ou du droit des États membres qui doit répondre à un objectif d'intérêt public ».

⁴⁸ Considérant n° 62 du RGPD.

l'obligation corrélative pour le responsable de traitement d'effacer ces données « ne s'appliquent pas dans la mesure où ce traitement est nécessaire (...) à des fins archivistiques dans l'intérêt public (...) dans la mesure où le droit visé au paragraphe 1 est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement »⁴⁹.

36. Ces cinq dérogations, applicables en cas de traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, font référence à l'article 89.1 du RGPD qui impose que le traitement soit, dans ces cas, soumis au respect de garanties appropriées.

§ 2. Dérogations reprises à l'article 89.3 du RGPD

37. Outre les dérogations inscrites directement dans les articles instituant des principes ou des droits et renvoyant à l'article 89.1 du RGPD, l'article 89.3 du texte énonce une série de dispositions supplémentaires auxquelles les traitements réalisés à des fins archivistiques dans l'intérêt public peuvent déroger. Cette disposition prévoit que :

« Lorsque des données à caractère personnel sont traitées à des fins archivistiques dans l'intérêt public, le droit de l'Union ou le droit d'un État membre peut prévoir des dérogations aux droits visés aux articles 15, 16, 18, 19, 20 et 21, sous réserve des conditions et des garanties visées au paragraphe 1 du présent article, dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités ».

38. Les articles concernés par ces dérogations sont :

- l'article 15 du RGPD relatif au droit d'accès ;
- l'article 16 du RGPD relatif au droit de rectification ;
- l'article 18 du RGPD relatif au droit à la limitation du traitement ;
- l'article 19 du RGPD relatif à l'obligation de notification en ce qui concerne la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel ou la limitation du traitement ;
- l'article 20 du RGPD relatif au droit à la portabilité des données ;
- l'article 21 du RGPD relatif au droit d'opposition⁵⁰.

⁴⁹ Art. 17.3.d du RGPD. Voy. égal. considérant n° 65 du RGPD.

⁵⁰ La dérogation au droit à l'opposition trouve son fondement à l'article 89.3 du RGPD. Assez étonnamment, l'article 21.6 du RGPD fait également référence à l'article 89.1 du texte européen mais pas directement à la dérogation pour les traitements à des fins archivistiques

39. Les dérogations à ces articles doivent être prévues par une législation, nationale ou européenne. Le législateur pourrait donc intégrer dans son ordonnancement juridique, moyennant l'instauration de garanties appropriées, des dérogations aux droits consacrés par les articles susmentionnés si ceux-ci risquent de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation de la finalité d'archivage et si ces dérogations sont nécessaires pour atteindre cette finalité. Il est dès lors nécessaire d'examiner les législations nationales complétant le RGPD pour identifier les dérogations éventuellement mises en œuvre⁵¹.

SECTION 3. – Garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée

40. Les dérogations à certains principes et droits consacrés par le RGPD, que nous avons développées aux deux points précédents, doivent être accompagnées de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée (art. 89.1 du RGPD, auquel renvoie l'article 89.3. du texte). Ces garanties doivent être mises en œuvre par le responsable de traitement.

41. L'article 89.1 du RGPD donne des éclaircissements sur les garanties appropriées attendues :

« Ces garanties garantissent la mise en place de mesures techniques et organisationnelles, en particulier pour assurer le respect du principe de minimisation des données.

Ces mesures peuvent comprendre la pseudonymisation, dans la mesure où ces finalités peuvent être atteintes de cette manière.

Chaque fois que ces finalités peuvent être atteintes par un traitement ultérieur ne permettant pas ou plus l'identification des personnes concernées, il convient de procéder de cette manière ».

dans l'intérêt public. Cette disposition précise toutefois que le droit de s'opposer n'existe pas lorsque le traitement est « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public » (ce qui pourrait comprendre les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public).

⁵¹ Par exemple, en droit belge, il s'agira du Titre 4 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. En droit français, il faut avoir égard à la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (*J.O.R.F.*, n° 0141 du 21 juin 2018), qui modifie la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Loi « Informatique et Libertés »).

Le considérant n° 156 du RGPD apporte également un éclairage sur les garanties à apporter⁵².

Cet article et ce considérant énoncent des exemples de mesures à mettre en place lors des traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public.

SECTION 4. – Commentaires

42. L'examen du régime applicable aux traitements à des fins d'archivistiques dans l'intérêt public, et plus particulièrement, aux dérogations dont bénéficient les responsables de tels traitements, engendre plusieurs commentaires.

43. Premièrement, le praticien pourra s'étonner qu'une définition claire du « traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public » n'ait pas été prévue par le RGPD, qui ne contient en réalité qu'une description du concept au considérant n° 158. Cette description elle-même peut sembler floue, comme nous l'expliquons ci-dessus. Toutefois, selon nous, rien n'empêche les États membres de définir cette notion dans leur législation nationale⁵³ et de désigner les services visés par cette notion.

44. Deuxièmement, il est évidemment heureux que de telles dérogations en cas de traitements de données à des fins archivistiques dans l'intérêt public aient été prévues par le RGPD. En effet, le régime général instauré par le texte européen peut sembler rigide et inadapté aux enjeux spécifiques posés par la conservation à long terme de documents. Nous

⁵² Ce considérant prévoit que « [l]e traitement ultérieur de données à caractère personnel à des fins archivistiques dans l'intérêt public (...) doit être effectué lorsque que le responsable du traitement a évalué s'il est possible d'atteindre ces finalités grâce à un traitement de données qui ne permettent pas ou plus d'identifier les personnes concernées, pour autant que des garanties appropriées existent (comme par exemple la pseudonymisation des données). (...)

Les États membres devraient être autorisés à prévoir, dans des conditions spécifiques et moyennant des garanties appropriées pour les personnes concernées, des dispositions particulières et des dérogations concernant les exigences en matière d'information et les droits à la rectification, à l'effacement, à l'oubli, à la limitation du traitement, à la portabilité des données et le droit d'opposition lorsque les données à caractère personnel sont traitées à des fins archivistiques dans l'intérêt public (...).

Les conditions et garanties en question peuvent comporter des procédures spécifiques permettant aux personnes concernées d'exercer ces droits si cela est approprié eu égard aux finalités du traitement spécifique concerné, ainsi que des mesures techniques et organisationnelles visant à réduire à un minimum le traitement des données à caractère personnel conformément aux principes de proportionnalité et de nécessité ».

⁵³ En attendant un éventuel éclairage de la Cour de justice.

imaginons facilement les difficultés rencontrées par un organisme national en charge de la conservation des archives définitives si une personne concernée formulait à son encontre une demande de droit d'accès à toutes les données la concernant conservées par cet organisme.

Toutefois, il est regrettable que le régime dérogatoire ne s'applique qu'aux traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public telle que cette notion est décrite au considérant n° 158. Nous avons en effet exprimé que seuls semblaient correspondre à cette description les organismes nationaux chargés par chaque État membre, en vertu d'une loi nationale, de conserver des documents ayant un intérêt historique, culturel ou patrimonial – en raison des conditions de « l'obligation légale » d'archiver et du caractère cumulatif des opérations listées par le considérant.

Or, il nous paraît envisageable qu'un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale conserve, de manière temporaire ou définitive, des documents « à des fins archivistiques » mais ne correspondant pas à la description du considérant n° 158. Par exemple, un organisme du secteur public pourrait devoir conserver des documents pendant une certaine période (alors que leur délai d'utilité administrative n'est pas expiré) avant de pouvoir déposer les documents auprès de l'organisme national chargé de la conservation des archives définitives ; une personnalité ou une personne morale, qui a joué un rôle prépondérant dans l'histoire d'un pays, décide de conserver elle-même des archives à des fins purement historiques, culturelles ou patrimoniales ou de les déposer auprès d'une autorité ne rentrant pas dans les conditions du considérant n° 158 du RGPD. Dans ces situations, la conservation ne pourrait pas bénéficier des dérogations pour les traitements « à des fins archivistiques dans l'intérêt public » si l'on s'en tient à la description actuelle donnée à cette notion, qui vise uniquement des organismes ayant comme l'obligation légale de réaliser toutes les opérations citées dans le considérant (dont la mise en valeur et la diffusion des archives).

Par contre, dans ces situations nous nous interrogeons sur la possibilité de se fonder sur un autre traitement dont la finalité permet également de bénéficier de dérogation : le traitement à des fins de recherche historique. Nous estimons que les traitements faisant l'objet des exemples précités pourraient de toute manière bénéficier des dérogations prévues pour de tels traitements, à défaut d'entrer dans la catégorie des traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public⁵⁴.

⁵⁴ Pour les dérogations applicables aux traitements à des fins historiques, nous renvoyons d'une part, aux articles 5.1.b, 5.1.e, 9.1.j, 14.5.b et 17 du RGPD faisant référence à l'article 89.1 du RGPD, et d'autre part, à l'article 89.2 du RGPD (prévoyant la possibilité de déroger aux articles 15, 16, 18 et 21 du RGPD).

45. Troisièmement, les exemples de mesures constituant des garanties appropriées, qui sont listés à l'article 89.1 du RGPD et au considérant n° 156 du RGPD (respect du principe de minimisation des données et pseudonymisation des données), ne semblent pas être adaptés aux activités d'archivage dans l'intérêt public. En effet, l'intérêt de l'archivage est de conserver une version non altérée des documents qui ont une valeur historique. En outre, on peut regretter que ces disposition et considérant ne soient pas plus explicites ou complets.

46. Quatrièmement, la lecture des considérants n°s 73 et 158 du RGPD complexifient l'analyse des dérogations prévues par le texte et plus spécifiquement la subdivision en deux catégories de dérogations que nous proposons. En effet, ces considérants semblent prévoir des hypothèses complémentaires de catégories de dérogations.

Ainsi, l'article 73 du RGPD permet aux États membres (ou à l'Union européenne) de prévoir, par un acte législatif, des limitations à des principes ou des droits des personnes concernées⁵⁵, « dans la mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique » pour garantir « la tenue de registres publics conservés pour des motifs d'intérêt public général (ou) le traitement ultérieur de données à caractère personnel archivées pour fournir des informations spécifiques relatives au comportement politique dans le cadre des régimes des anciens États totalitaires »⁵⁶.

Nous nous interrogeons sur la manière dont le législateur articulera les dérogations prévues par les articles 89.1 et 89.3 du RGPD et celles visées par ce considérant, d'autant plus que ce dernier autorise des limitations à un nombre plus important de principes ou droits octroyés de la personne concernée⁵⁷.

⁵⁵ Plus spécifiquement l'article rend possible les « limitations à certains principes spécifiques ainsi qu'au droit à l'information, au droit d'accès aux données à caractère personnel, au droit de rectification ou d'effacement de ces données, au droit à la portabilité des données, au droit d'opposition, aux décisions fondées sur le profilage, ainsi qu'à la communication d'une violation de données à caractère personnel à une personne concernée et à certaines obligations connexes des responsables du traitement ».

⁵⁶ En effet, ce considérant précise encore que ces limitations doivent respecter les exigences énoncées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵⁷ Le considérant n° 73 du RGPD autorise en effet des « limitations à certains principes spécifiques ainsi qu'au droit à l'information, au droit d'accès aux données à caractère personnel, au droit de rectification ou d'effacement de ces données, au droit à la portabilité des données, au droit d'opposition, aux décisions fondées sur le profilage, ainsi qu'à la communication d'une violation de données à caractère personnel à une personne concernée et à certaines obligations connexes des responsables du traitement ».

Quant à l'avant-dernière phrase du considération 158 du RGPD, elle prévoit que « (l)es États membres devraient également être autorisés à prévoir un traitement ultérieur des données à caractère personnel à des fins archivistiques, par exemple en vue de fournir des informations précises relatives au comportement politique sous les régimes des anciens États totalitaires, aux génocides, aux crimes contre l'humanité, notamment l'Holocauste, ou aux crimes de guerre ». Ce considérant semble permettre aux États membres de prévoir une dérogation supplémentaire à l'article 5.1.b du RGPD (consacrant le principe de la limitation des finalités) lorsque des traitements seraient liés à la fourniture d'information sur certains événements tragiques de notre histoire.

Dans les situations évoquées, une intervention législative est nécessaire pour prévoir de telles dérogations. En tout état de cause, il convient de rappeler que les considérants ont une valeur juridique moindre par rapport à celle accordée aux articles de sorte que la portée de ces potentielles dérogations reste incertaine⁵⁸.

47. Cinquièmement, la subdivision entre les dérogations aux principes et droits inscrite directement dans les dispositions du RGPD auxquelles il est dérogé (notre première catégorie de dérogations) et celles citées à l'article 89.3 du RGPD (notre deuxième catégorie de dérogations) peut laisser perplexe. Nous avons tenté d'identifier deux raisons justifiant cette distinction, bien que chacune comporte une exception.

D'une part, les dérogations de la seconde catégorie nécessitent une intervention législative, en droit national ou européen⁵⁹. À l'opposé, la première catégorie de dérogations ne nécessite pas d'intervention supplémentaire du législateur – national ou européen. Ainsi, c'est au responsable de traitement qu'il revient d'évaluer les garanties appropriées qu'il entend instaurer dans le cadre de ces traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public. Il y a toutefois une exception à cette analyse puisque l'article 9.2.j du RGPD, relatif à la dérogation en cas de traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public de données sensibles, semble imposer l'intervention du législateur national ou européen.

D'autre part, l'article 89.3 du RGPD vise uniquement des dérogations aux droits des personnes concernées (regroupés aux articles 12 à 23 du RGPD). Toutefois, les dérogations au « droit à l'information »⁶⁰ et au droit

⁵⁸ Th. LEONARD et D. CHAUMONT, « Commentaire général du GRPR », disponible sur www.Ulys.be, p. 2.

⁵⁹ « Le droit de l'Union ou le droit d'un État membre peut prévoir des dérogations aux droits visés aux articles 15, 16, 18, 19, 20 et 21 ».

⁶⁰ Le RGPD présente l'obligation d'information à charge du responsable du traitement sous l'angle du droit octroyé à la personne concernée. Voir à cet égard le titre 9 du présent ouvrage.

à l'effacement (respectivement prévues aux articles 14.5.b et 17 du RGPD) sont repris dans la première catégorie de dérogations.

48. Sixièmement, une phrase du considérant n° 156 du RGPD semble octroyer aux États membres, lorsqu'ils instaurent des conditions et garanties appropriées en cas de traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, la faculté de réintroduire la possibilité d'exercice de ses droits pour les personnes concernées, si cela est approprié eu égard aux finalités du traitement spécifique concerné⁶¹. Sur base de ce considérant, les États membres pourraient prévoir des mécanismes permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits, par le biais d'une procédure spécifique, alors que ces droits lui avaient été retirés par une dérogation. Bien que cela ne soit pas mentionné dans le texte, nous estimons que cette possibilité peut viser tant les droits cités à l'article 89.3 du RGPD que ceux des articles 14.5.b et 17.3.d du règlement.

49. En conclusion, le régime applicable au traitement des données à des fins archivistiques dans l'intérêt public est complexe et il doit nécessairement être précisé et complété par des textes législatifs nationaux. En effet, le RGPD laisse une marge de manœuvre importante aux États membres en ce qui concerne le régime applicable aux traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public⁶². Le risque d'une telle ouverture est la création de disparités entre les régimes applicables dans les différents États. De plus, la rédaction de ces textes législatifs, tout comme l'application concrète du régime, sera particulièrement complexe.

Dans ce cadre, nous souhaiterions mentionner qu'un groupe d'archivistes au niveau européen (the European Archives Group) travaille actuellement à l'élaboration d'un code de conduite en vue de faciliter la mise en œuvre de ce régime applicable aux traitements de données à caractère personnel à des fins archivistiques dans l'intérêt public⁶³.

⁶¹ « Les conditions et garanties en question peuvent comporter des procédures spécifiques permettant aux personnes concernées d'exercer ces droits si cela est approprié eu égard aux finalités du traitement spécifique concerné, ainsi que des mesures techniques et organisationnelles visant à réduire à un minimum le traitement des données à caractère personnel conformément aux principes de proportionnalité et de nécessité » (considérant n° 156 du RGPD).

⁶² Voy. à cet égard la note de bas de page 50 dans le présent titre.

⁶³ Bien que l'article 40 du RGPD, consacré aux codes de conduite, ne fasse pas référence à un code pour les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, rien ne semble empêcher la rédaction d'un tel code. Au moment de la rédaction de cette contribution, une version définitive de ce code n'est toutefois pas encore disponible. Voy. I. TAYLOR, « The general data protection regulation (EU 2016/679) : White paper », disponible sur https://interparestrust.org/assets/public/dissemination/Archivar2_2017_Taylor.pdf ; A. ROELLY, « Données à caractère personnel : un nouveau règlement », 18 mai 2016, <https://siafdroit.hypotheses.org/605>

Conclusion

50. L'intérêt de cette contribution est double.

D'une part, il s'agit de mettre en avant les règles du règlement général sur la protection des données auxquelles chaque responsable de traitement ou sous-traitant se doit d'être attentif lorsqu'il procède à des traitements de données à caractère personnel dans la cadre de ses activités d'archivage ou de conservation à long terme. La réflexion, qui doit être menée avant toute mise en place d'un nouveau traitement de données ainsi que tout au long du cycle de vie des documents, permet de passer en revue l'ensemble des règles du RGPD auxquelles ces acteurs doivent se conformer.

D'autre part, nous avons explicité le régime spécifique applicable en cas de traitement de données à des fins archivistiques dans l'intérêt public. Si l'on s'appuie sur une lecture stricte et restrictive de la description donnée au considérant n° 158 du RGPD, ce régime ne vise que les archives définitives et ne profite donc qu'aux organismes nationaux ayant comme mission légale la conservation pour une durée illimitée de documents qui ont une valeur historique, culturelle ou patrimoniale pour l'État membre. En outre, la mise en œuvre concrète du régime dérogatoire applicable aux traitements de données à des fins archivistiques dans l'intérêt public nécessite une intervention législative, ce qui créera des disparités entre les régimes juridiques des États membres.

Ce deux « régimes » pourront toutefois s'appliquer sur un même document, à différents moments de son cycle de vie. En effet, une archive sera généralement soumise au régime général des traitements de données à caractère personnel durant la première et la deuxième période de son cycle de vie (archive dynamique et semi-dynamique) avant d'être soumise, le cas échéant, au régime dérogatoire dans la troisième partie de son cycle de vie (en tant qu'archive définitive).

51. Les réflexions apportées dans cette contribution sont essentiellement juridiques et doivent dès lors nécessairement être envisagées dans un contexte plus large relatif à l'activité de conservation.

Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en avant le caractère intimement multidisciplinaire de la matière de l'archivage, qui fait intervenir des aspects techniques et technologiques ainsi que des préoccupations organisationnelles et de gestion du document durant l'ensemble du cycle de vie du document⁶⁴. En effet, lors de la mise en conformité des trai-

⁶⁴ O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le*

tements de données à caractère personnel avec le RGPD, le praticien ne peut pas nier les implications que cette activité peut avoir dans d'autres secteurs. Ainsi, des connaissances techniques devront intervenir pour respecter les principes de la protection des données dès la conception et par défaut ainsi que pour assurer un niveau de sécurité adéquat. Par ailleurs, des connaissances en archivistiques pourraient s'avérer utiles puisque les règles du RGPD peuvent se recouper avec les exigences de bonne gestion documentaire. De plus, la rédaction du registre des activités de traitement peut partiellement se fonder sur les règles des tableaux de tri, qui constitue un outil très connu des archivistes. Enfin, en ce qui concerne les aspects juridiques, d'autres textes légaux – principalement nationaux – trouvent également à s'appliquer⁶⁵.

La prise en considération des règles ou bonnes pratiques venant de ces différentes disciplines – juridique, archivistique et technique – permettra d'assurer une application correcte du règlement général sur la protection des données lors des activités de conservation de longue durée impliquant des traitements de données à caractère personnel.

règlement eIDAS, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 255 ; O. VANRECK, « Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique », *DAOR*, 2017, liv. 122, p. 49. Voy. aussi M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *Let's go digital – Le juriste face au numérique / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 199 et s.

⁶⁵ À titre purement exemplatif, nous pouvons citer la loi belge du 24 juin 1955 relative aux archives, 24 juin 1955, *M.B.*, 12 août 1955 ou la loi belge du 21 juillet 2016 (loi « Digital Act ») qui introduit le régime juridique applicable au service d'archivage électronique (loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII dans les livres, I, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016). Voy. aussi le Règlement eIDAS qui encadre les activités des prestataires de service de confiance et qui contient plusieurs mentions des règles en matière de protection des données (règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.U.E.*, L 257/73, 28 août 2014).