

SAE mutualisé

Groupe de travail thématique : Modalités juridiques phases 2 et 3

Compte rendu réunion 17 mai 2013 (14H /16H DAJ Cub)

Présents :

CR : Agathe Rousselet (service juridique)

CG : Véronique Pisani (service archives) ; Marlène Besnard (service juridique)

Cub : Aude Banabera (service juridique et archives)

Ville de Bordeaux : Frédéric Marquet (service juridique)

Après présentation des éléments de contexte et de l'amorce d'analyse juridique joints en annexe, il a été décidé :

Action	Acteur	Terme
Saisine officielle du SIAF sur les problématiques juridiques propres à l'externalisation d'archives publiques définitives (point IV-2-4-2 infra)	Véronique Pisani Marlène Besnard Aude Banabera	Réunion vendredi 24 mai AM
Étude possibilité de recourir à un syndicat mixte	Marlène Besnard	Envoi aux membres du GP avant la prochaine réunion (21 juin 14H CG)
Étude possibilité de recourir à une association ou un GIP	Agathe Rousselet	Idem
Étude possibilité de recourir à une SPL	Aude Banabera	Idem
-Préparation du tableau comparatif des différents montages Étude possibilité de recourir à un groupement de commande ou à une entente	Frédéric Marquet	Idem

La prochaine rencontre est fixée au 21 juin 14-16H salle 4-052 à l'immeuble Gironde (nouveau bâtiment du conseil général).

I Rappel du contexte

Les partenaires CR, CG, Cub, V Bx, se sont engagés aux termes de la convention de juin 2012 (cf préambule, art 5, art 6 -1) **à réfléchir aux modalités juridiques et techniques des phases 2 et 3, le but étant (cf Art 3) de construire ensemble une offre d'archivage électronique de confiance, qui pourra être ouverte à d'autres utilisateurs autour des membres fondateurs.**

l'art 4 pose quelques orientations stratégiques :

- utilisation de logiciels libres
- faire émerger des bonnes pratiques basées sur des normes (OAIS, SEDA...)
- principe d'étanchéité des fonds entre partenaires.
- système pouvant accueillir la plus grande variété d'archives
- le versement d'archives courantes et intermédiaires (AC/AI) demeurera optionnel pour chaque partenaire
- principe de mise en œuvre d'une gouvernance des risques conforme au référentiel général de sécurité (RGS).

II Enjeux

II Enjeux de l'archivage électronique

- Généralisation des échanges dématérialisés et montée en puissance des services d'e-administration
- Transfert de la preuve de l'écrit papier vers le numérique.
- Extrême fragilité de l'écrit numérique qui « ne se conserve pas tout seul » :
 - sans signature électronique l'écrit natif numérique a très peu de valeur juridique (falsification aisée sans traces).
 - sans précautions techniques la valeur de la signature électronique n'est pas durable (courte durée de validité des certificats, risques de rupture de l'empreinte)
 - sans indexation et organisation, l'écrit numérique se perd facilement vu les volumes produits (constitution de « vracs numériques » difficilement exploitables à posteriori)
 - sans surveillance ni mise en œuvre de dispositifs adaptés, l'écrit numérique devient illisible rapidement (obsolescence récurrente des matériels, logiciels et formats).
- Un cadre légal et réglementaire contraignant est défini pour fiabiliser les services d'administration électroniques : Ordonnance du 8 décembre 2005, Référentiel Général de Sécurité (RGS), Référentiel Général d'Interopérabilité (RGI) et Référentiel Général d'Accessibilité (RGAA)

II-2 Enjeux d'une plate-forme de SAE mutualisée

- Partage des bonnes pratiques au regard de l'état de l'art et des textes
- Solidarité avec les petites collectivités territoriales (CT)
- Partage des coûts techniques et d'exploitation liés à la conservation de la valeur probatoire des archives intermédiaires électroniques (AIE) et à la conservation sur le très long terme des archives définitives électroniques

(ADE)

- Archivage des AIE /ADE de la CT dans un système conforme aux obligations légales issues du code du patrimoine et des textes applicables à l'e-administration

III Choix du montage juridique pour les phases 2 et 3

III-1 Phase 2

Des délibérations des partenaires seront nécessaires pour prolonger la convention initiale pour la durée de la phase 2 et définir les modalités financières et juridiques relatives aux développements complémentaires (possibilité d'intégrer de nouveaux partenaires comme villes de Pessac et de Mérignac)

III-2 Phase 3

III-2-1 La feuille de route du groupe juridique :

Choix d'une organisation convenant aux membres fondateurs qui :

- soit conforme aux obligations légales en matière d'externalisation des AI/AD auprès de l'entité à mettre en place ou du service commun (code du patrimoine)
- respecte le droit communautaire (règles de la commande publique)
- correspond à un montage admissible au regard du CGCT
- permette l'adhésion future d'autres CT. (NB : le versement aux archives départementales d' AIE et ADE des établissements publics (EP) et services déconcentrés de l'État est de droit au titre des articles L212-8 et R212-62 du code du patrimoine. Dès lors, celles-ci devraient être fondues dans les archives du CG, sans qu'il soit nécessaire que ces EP ou l'État adhèrent à la structure.)

III-2-2 Prérequis

- Le dispositif n'emportera ni transfert, ni délégation de compétence.
- Le projet concerne une mutualisation des moyens, bonnes pratiques, assistance des utilisateurs. Le pouvoir de décision et les responsabilités légales liées à la bonne conservation/valorisation des archives publiques resteront propres à chaque membre fondateur :
 - le service offert par le SAE correspondra uniquement à un service d'opérateur d'archivage mutualisé :
 - chaque collectivité utilisatrice souscrira une convention organisant ses relations avec l'entité responsable de la plate-forme, établira sa politique d'archivage, modélisera ses profils, définira ses exigences et les niveaux de services correspondants, choisira ses contrats de versement
 - chacune conservera en interne la responsabilité d'autorité d'archivage et sera donc à ce titre, seule responsable des modalités de gestion, traitement, conservation, communication et valorisation des archives versées au SAE .
 - l'opérateur d'archivage se conformera aux instructions reçues de chaque collectivité, dans le respect de la politique de service

d'archivage.

- l'entité responsable de la plate-forme devra être agréée « tiers archiveur » pour les AIE (<http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/static/5497>) et avoir obtenu l'autorisation explicite du SIAF, pour conserver les ADE des partenaires

III-2-3 Contexte juridiques

III-2-3-1 Éléments du statut des archives publiques

- les archives qui procèdent de l'activité, dans le cadre de leurs missions de service public, de l'État, des établissements publics et des autres personnes morales publiques ou privées, chargées d'une telle mission, ont le statut d'archives publiques¹, quels que soient leurs dates, lieu de conservation, forme, support²
- les archives sont conservées dans l'intérêt du public³ (quel que soit leur âge)
- les archives publiques sont imprescriptibles, nul ne peut les détenir sans droits ni titres⁴
- les CT et groupements de collectivités territoriales (GCT⁵) sont propriétaires de leurs archives⁶
- les archives publiques relèvent du domaine public mobilier⁷ des collectivités qui en sont propriétaires
- leur conservation est une dépense obligatoire pour communes et EPCI⁸
- la conservation des AC/AI/AD incombe aux CT et GCT qui en sont propriétaires⁹. Elle s'exerce sous le contrôle scientifique et technique de l'État, via le conservateur des archives départementales¹⁰
- Toutefois :
 - les CT peuvent déposer leurs AI, sous certaines conditions, auprès de personnes physiques ou morales agréées à cet effet par le SIAF¹¹. Ce contrat de service (stockage sécurisé) n'emporte aucun transfert de responsabilité des CT propriétaires des AI ; le prestataire n'effectue de communications / restitutions, qu'au profit de l'administration déposante.
 - les régions peuvent confier par convention leurs AI/AD auprès du service des archives départementales¹²

1 L211-4 Code du patrimoine

2 L211-1 Code du patrimoine

3 Cf L211-2 code patrimoine

4 L212-1 Code du patrimoine

5 Cf L5111-1 CGCT : Forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles [L. 5711-1](#) (« fermés » : communes et EPCI ou EPCI seuls) et [L. 5721-8](#). (« ouverts » associant uniquement des CT et EPCI) les pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales.

6 Cf L212-6 et L212-6-1 code du patrimoine

7 Cf L2112-1 2° CGPPP

8 Cf L2321-2 CGCT

9 Cf L212-6 ; L212-6-1 code du patrimoine

10 Cf L212-10, R212-2, R212-3, R212-4 ; R212-49 à R212-56 code du patrimoine

11 Cf. L212-4 et R 212-19 et suivants du code du patrimoine

12 Cf L212-6 code du patrimoine

- les GCT peuvent confier leurs AI/AD par convention au service d'archives de l'une des communes membre du groupement ou au service des archives départementales compétent ¹³
- les communes peuvent déposer leurs AD anciennes (état civil >150 ans ; plans et registres cadastraux > 30 ans ; autres archives > 100 ans) à la direction des archives départementales (DAD) ou, par délibération, aux archives du GCT dont elles sont membres ou, par convention, aux archives de la commune désignée par celui-ci ¹⁴,

Les modalités du dépôt des archives municipales au service des archives départementales sont légalement organisées ¹⁵: la commune en conserve la propriété, aucune élimination ne peut avoir lieu sans l'autorisation du conseil municipal ; le service des archives départementales procède à la conservation, le classement et la communication des archives déposées, dans des conditions identiques à celles qu'il applique à ses propres archives. Il établit des instruments de recherche sur les fonds déposés et les communique à l'administration d'origine¹⁶. Dans la mesure où ils ne sont pas communicables, les documents restent à la disposition exclusive du service d'origine¹⁷;

Si une dérogation est demandée pour une communication anticipée à des tiers, d'archives non communicables au titre des textes applicables¹⁸, le service des archives départementales est tenu de recueillir l'accord de l'autorité dont émane le document¹⁹.

III-2-3-2 La question de l'externalisation des ADE des partenaires

Si le code du patrimoine autorise explicitement, sous conditions, l'externalisation des AI des CT auprès d'organismes agréés, il ressort en revanche que :

- les régions ne peuvent externaliser leurs AD que vers la DAD
- les CGT (EPCI et certains SM) ne peuvent externaliser leurs AD que vers une commune membre ou la DAD
- les communes ne peuvent déposer que leur AD anciennes vers le GCT dont elles sont membres ou une commune désignée par celui-ci ou la DAD

Il en résulte que :

- seule la Ville de Bx pourrait légitimement externaliser ses ADE anciennes vers une entité type SM ,
- sinon, le plus petit commun dénominateur serait une mutualisation des ADE au sein de la DAD33, ce qui n'est pas l'objectif du projet.

Une saisine du SIAF sur ce point semble nécessaire.

13 Cf L212-6-1 code du patrimoine

14 Cf L212-11 ; L212-12 ; L212-14 code du patrimoine;

15 cf. L212-14 , R212-58 du code du patrimoine

16 cf. R 212-17 du code du patrimoine

17 Cf R 212-18 du code du patrimoine

18 L213-1 et L213-2 code du patrimoine

19 cf. L213-3 du code du patrimoine

III-2-3-3 Les modes de coopération envisageables au regard du droit européen

L'exception du contrat « in house » ou de « quasi régie » avec une entité prestataire (« coopération verticale » : par contrat entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridique distincte qu'il contrôle)

Cf. arrêt Teckal 1999 , art 3 CMP et L1411-12 CGCT

3 critères cumulatifs :

- **le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité prestataire un « contrôle analogue »** à celui sur ses propres services (**contrôle hiérarchique , maîtrise des organes statutaires, de la composition et du capital : celui-ci doit être 100% public** - cf CJCE 2005 Stadt Halle- donc, exclusion à ce titre des SEML)
- **le pouvoir adjudicateur est le destinataire de l'essentiel de l'activité économique de l'entité prestataire²⁰**
- **l'entité prestataire doit respecter les règles de la commande publique** pour la passation de ses propres marchés

Le contrôle peut être exercé conjointement Cf. arrêt Coditel Brabant SA CJCE 2008 points 48 à 54 : des prestations de service et concessions peuvent être conclues entre communes et groupements intercommunaux, hors règles de la commande publique, même si la commune ne contrôle pas majoritairement la structure intercommunale , dès lors qu' ensemble, les communes contrôlent cette structure et que celle -ci réalise l'essentiel de son activité pour elles (« ***in house par contrôle de la maison commune*** »)

Mais, si plusieurs autorités publiques recourent à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, **le contrôle ne doit pas reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire**. Chaque CT doit détenir une part du capital quelle que soit sa proportion et participer aux organes de direction de l'entité (cf CJUE 29 11 2012 Econord SpA c/ Comune di Cagno et Comune di Varese ; CAA Lyon 7 11 2012 association de défense cadre de vie Marsennay-la-cote).

L'exception de la coopération fonctionnelle entre autorités publiques sans relation de subordination (coopération horizontale, par convention directe, sans création d'une entité « ad hoc »)

- Cf arrêt CJCE Déchets de Hambourg, Commission/RFA 2009 : un contrat conclu entre des collectivités territoriales relatif au traitement des déchets de trois collectivités dans l'installation d'une quatrième n'est pas soumis au droit des marchés publics, dès lors (critères cumulatifs) :
 - qu'il **met en place une véritable coopération** entre ces organismes (les trois collectivités s'engageaient à stocker les

²⁰ Aucun chiffre ne définit le seuil au-delà duquel l'activité accessoire tolérée ne serait plus considérée comme marginale. Un projet de révision de la directive 2004/18 le fixerait à 10% de l'activité totale de l'entité « in house »

- surplus de la quatrième) : notion de mise en commun de moyens et d'engagements réciproques (assistance mutuelle)
- qu'il a **pour objet l'exécution d'une mission de service public qui leur est commune afin de réaliser le service aux conditions économiques les plus favorables** : chaque CT doit disposer de la compétence en cause et le contrat ne doit pas emporter de transfert de responsabilité
 - qu'il ne présente pas un caractère économique : **principe de neutralité financière** (aucune rémunération , mais un simple remboursement des frais (cf point 43)
 - **aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.**
- La Commission Européenne a synthétisé cette jurisprudence dans un rapport de 2011 : ne sont pas couverts par les règles communautaires relatives à la commande publique les contrats qui répondent à trois conditions :
 - « *l'arrangement ne concerne **que des pouvoirs adjudicateurs, sans participation de capitaux privés** ;*
 - *l'accord porte sur une réelle coopération visant à **effectuer conjointement une mission commune**, par opposition à un marché public normal*
 - *leur coopération n'est guidée que par des considérations relatives à **l'intérêt public** »*
 - Trois récentes décisions CJUE 19 12 12, C-159/11 « A.S.L. Lecce » ; CJUE 13 juin 2013, C-386/11 « Piepenbrock » ; CJUE 20 juin 2013 C-352-12« consiglio nazionale degli ingegneri » sont venues préciser que :
 - un contrat n'échappe pas aux règles de la commande publique du seul fait qu'il limite la rémunération au remboursement des frais encourus pour fournir le service en cause ;
 - échappent aux règles de la commande publique, hors exception du « in house », les contrats instaurant une coopération entre entités publiques, satisfaisant aux conditions cumulatives suivantes :
 - ils ont pour objet la mise en œuvre d'une **mission de service public commune à ces entités**
 - il s'agit de contrats **exclusivement souscrits entre personnes publiques**
 - **aucun prestataire privé n'est placé dans une situation privilégiée** par rapport à ses concurrents
 - la coopération envisagée est **uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt général**

Il ressort de ces nouvelles décisions que l'objet du contrat doit correspondre à une véritable « compétence commune », non à une simple « activité annexe » s'apparentant à une tâche indirectement utile aux véritables missions de service public.

Ainsi, ces développements jurisprudentiels pourraient fragiliser les conventions de coopération entre CT et groupements de CT, passées sans mise en concurrence, ne visant qu'à la mutualisation de prestations de services ou de fonctions « support », ce, malgré les dispositions du CGCT organisant spécifiquement ce type de mutualisation²¹ et bien qu'il s'agisse d'un important « vivier » de projets de mutualisation entre personnes publiques.

III-2-3-4 Les prestations de conservation d'archives publiques concernent-elles l'exercice direct d'une mission de service public ?

Pour les services publics d'archives (nationaux et DAD) la conservation d'archives définitives de l'État, des services déconcentrés et des autres archives publiques ou privées visées par le code du patrimoine, est une compétence régalienn²² ;

Le Secrétariat général du gouvernement et le SIAF qualifient l'archivage courant et intermédiaire dans les ministères de « fonction support »²³.

S'agissant des CT et EPCI, en principe tenus de conserver leurs archives publiques eux-mêmes²⁴, leurs services d'archives, responsables de leur conservation dans l'intérêt du public (cf article L211-2 du code du patrimoine), dès leur versement, quel que soit leur âge, exécutent bien, semble-t-il, une mission de service public au sens du droit français²⁵.

III-2-4 Propositions de montages juridiques permettant d'associer communes, EPCI, Régions, Départements, SM :

Groupement d'Intérêt Public cf loi 2011-525 (exception du « in house »)

Solution lourde (autorisation ministérielle), elle ne semble possible que dans la seule mesure où les activités concernées (nécessairement d'intérêt général à but non lucratif) ne pourraient être confiées à aucun des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du CGCT(art L5111-1 et ss) - cf art 98 loi 2011-525 .

Société Publique Locale - cf L1531-1 du CGCT et circulaire 29 avril 2011

(exception du « in house »)

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés

21 Cf notamment L5211-4-2 ; L5111-1, L5111-1-1 , L5721-9, L5215-27

22 cf L212-4 I et L212-8 code du patrimoine

23cf fiche de mutualisation de la fonction archives dans les services déconcentrés de l'état « mutualisation des fonctions support, guide de construction des schémas de mutualisation » SGG mars 2011 et Service Interministériel des Archives de France (SIAF) Séminaire e-megalis 31 janvier 2013 : présentation F Banat Berger SIAF

<http://www.ecoter.org/images/ecoter/telechargement/presentations/31012013Archivage/banat-berger.pdf>,

24 Sauf à les déposer chez un tiers archiver (AC/AI) ou dans un service public d'archives (DAD) ou dans le service d'archives d'un EPCI ou d'une commune membre (AI/AD),

25 Activité rattachable à une personne publique, exercée en vue d'un intérêt public cf Chapus tome 1 11) édition p 527 n°760

publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour exploiter toutes activités d'intérêt général. Elles exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Elles revêtent la forme de société anonyme et sont soumises aux articles 1522-1 et suivants du CGCT.

Elles demeurent soumises à l'ordonnance de 2005 quand elles souscrivent des marchés. Elles n'interdisent pas la réalisation de bénéfices qui seront soit redistribués entre actionnaires soit réinvestis.

Association cf Loi 1901 (exception du « in house »)

Apparemment rien n'interdit que des collectivités territoriales et EPCI concluent des contrats de prestation intégrées avec une association en prenant soin en toutes hypothèses de ne pas encourir le risque d'une gestion de fait.

Le statut privé de cet organe n'apparaît cependant pas adapté à un projet d'archivage d'archives publiques définitives.

GIE cf L. 251-1 du code de commerce (exception du « in house »)

Intermédiaire entre la société et l'association, le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité (il ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.). Une collectivité territoriale peut faire partie d'un GIE, à la condition que :

- les partenaires privés de la collectivité publique au sein du GIE soient des organismes à but non lucratif (ex : associations), et non des sociétés commerciales ;
- le GIE soit lui-même constitué sans capital et sans but lucratif ;
- les activités gérées en commun soient nécessaires à l'accomplissement des missions des membres du GIE (par exemple : mise en commun de ressources informatiques).

Tant les compétences des partenaires que le domaine mutualisé : mise en commun de moyens de conservation des archives électroniques publiques, s'accordent mal avec ces conditions

Mise à disposition (MAD), par un Syndicat Mixte associant exclusivement des CT et des EPCI , de ses services au profit de ses membres, pour l'exercice de leurs compétences (pas de transfert de compétence) cf L5721-9 , (exception du « in house » / exception de la « collaboration fonctionnelle »)

Dans cette hypothèse, une convention prévoit les modalités de la MAD et notamment le remboursement par les utilisateurs des frais de fonctionnement. Les utilisateurs adressent les instructions aux services MAD et contrôlent l'exécution. Possibilité de délégation de signature au chef dudit service MAD (Dans les mêmes conditions, possibilité inverse : MAD des services d'un membre d'un SM au profit de celui-ci).

Dans les 2 cas : passage en CTP cf art 33 loi 84-53 et CAP si impact sur situations individuelles cf art 30 loi 84-53 III-2-2-1-3

Exclusion des recours aux articles L5211-4-1 à L5211-4-3 intéressant uniquement la coopération EPCI/communes

Exclusion des recours aux articles L5111-1 et L5111-1-1 qui concernent uniquement la mutualisation conventionnelle entre régions,, départements, leurs EP, leurs groupements et les SM d'une part, et les EPCI entre eux d'autre part

Groupement de commande art .8 CMP (*collaboration ponctuelle*)

Ententes entre communes, EPCI, SM cf L5221-1 et L5121-2 CGCT
Pas de personnalité morale. Des conventions soumises au CMP peuvent intervenir entre les membres pour entreprendre ou conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune « notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une des personnes publiques agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel.cf CE 3 février 2012 Commune de Veyrier du lac

Indivision cf L5222-1 et suivants CGCT : une personne de droit moral de droit public administrée via une commission syndicale et par les conseils des CT gère les biens indivis

Convention d'utilisation d'un équipement collectif cf L1311-15 du CGCT).
(*inadapté : simple location d'un bien immobilier : temporaire précaire et révocable. Quid du partage de responsabilité?))*

Dans ces 4 derniers cas, l'absence de véritable cadre institutionnalisé définissant les modalités de la coopération durable entre les différents acteurs publics, impose de tout prévoir et organiser conventionnellement.