

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'archivage électronique et le droit

Demoulin, Marie

Published in:

L'archivage électronique et le droit

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Demoulin, M 2012, L'archivage électronique et le droit: entre obligations et précautions. dans *L'archivage électronique et le droit*. Collection du CRIDS, numéro 34, Larcier , Bruxelles, pp. 13-35.

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.

CHAPITRE I

L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions

Marie DEMOULIN*

Introduction

D'ordinaire, l'archivage des documents n'attise guère la curiosité du juriste. La question lui évoque, tout au plus, de vieilles dispositions légales sur les rapports entre les administrations et les Archives générales du Royaume¹, et diverses obligations de conserver des documents qui s'accumulent sur une étagère poussiéreuse. Pourtant, avec la multiplication des documents sous forme électronique, les archives suscitent aujourd'hui un regain d'intérêt et des questions juridiques épineuses, sinon nouvelles. Pour bien saisir la problématique, il convient de brosser à grands traits le contexte dans lequel elle se pose, au-delà du droit.

À l'évidence, la préservation des documents électroniques à plus ou moins long terme ne s'inscrit pas exclusivement dans une perspective juridique. Il s'agit aussi de répondre à de multiples nécessités, notamment d'ordre archivistique, historique, patrimonial, culturel, scientifique, stratégique ou de bonne gouvernance.

D'un point de vue technique et organisationnel, les difficultés sont aussi nombreuses que délicates. Le volume de données à conserver est souvent tel qu'il convient de les organiser, de les rationaliser et de les

* Chercheuse, doctorante et assistante au Centre de recherche information, droit et société (C.R.I.D.S.) de l'Université de Namur (F.U.N.D.P.), membre fondatrice de FedISA Belgium. La présente contribution est le fruit de recherches menées dans le cadre du Centre d'expertise en ingénierie et qualité des systèmes (projet C.E.-I.Q.S.), cofinancé par l'Union européenne et la Wallonie: «Le Fonds européen de développement régional et la Wallonie investissent dans votre avenir».

¹ Voy. la loi du 24 juin 1955 sur les archives, *M.B.*, 12 août 1955. On relève cependant que cette loi a été modifiée récemment, par les art. 126 à 132 de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009.

documenter avec soin pour pouvoir les retrouver au moment opportun. Les données électroniques non protégées peuvent être aisément accessibles, modifiées, copiées, transmises ou effacées. Dès lors, des mesures de sécurité doivent être prises, proportionnées à la valeur et à la sensibilité des données, afin de les préserver contre des altérations accidentelles ou frauduleuses, et de réserver si nécessaire leur accès aux seules personnes autorisées. Enfin, la lisibilité des données électroniques doit être assurée dans le temps : les supports de stockage, le matériel (*hardware*) et les logiciels (*software*) évoluent et se succèdent rapidement, si bien qu'il est difficile de lire des fichiers enregistrés sous des formats périmés, ou sur des supports obsolètes ou altérés.

On relève par ailleurs que l'archivage électronique peut non seulement concerner des documents créés sous forme électronique, mais également des copies numériques de documents papier. En effet, il peut s'avérer opportun ou tentant de numériser des archives, tout comme on les microfilmait autrefois, pour faciliter leur gestion et leur accès, préserver l'information d'un manuscrit menacé par la corrosion, voire gagner de la place en détruisant les originaux papier. Cette opération soulève, à elle seule, un certain nombre de difficultés qui viennent s'ajouter au processus d'archivage électronique proprement dit.

L'archivage électronique se présente ainsi comme une opération complexe, requérant la mise en place d'outils techniques et organisationnels pointus en vue de garantir l'intégrité, la traçabilité et la lisibilité des documents électroniques. Autant dire que le défi est de taille. Sur ce terrain, les préoccupations des techniciens et des archivistes rejoignent celles des juristes, tant l'écrit est au cœur de notre système juridique.

Il importe d'ailleurs de souligner le caractère nécessairement pluridisciplinaire de l'archivage électronique. La mise sur pied d'un projet en la matière exige la réunion de tous les protagonistes pour saisir le projet dans ses diverses dimensions. On relève, en passant, que cette pluridisciplinarité n'est pas sans susciter des difficultés de communication, chacun utilisant son propre jargon. Or, certaines notions, en apparence communes, ont un sens différent selon les disciplines et les secteurs. Ainsi, on utilisera avec prudence les termes d'authenticité (ou d'authentification), d'intégrité, d'original ou de copie, en veillant toujours à se mettre d'accord sur leur signification. Nous reviendrons ultérieurement sur leur portée dans le domaine du droit.

Alors que certains acteurs du marché se plaisent à parler d'« archivage légal », force est de constater que cette expression n'a guère de signification sur le terrain juridique. Il s'agit, tout au plus, d'une commodité de langage, voire d'un argument de vente. Mais aux yeux du droit, il n'existe pas de label « légal » pour les systèmes d'archivage électronique, dont la

valeur juridique sera laissée à l'appréciation souveraine du juge ou des autorités de contrôle, selon les cas. D'emblée, il nous faut avertir le lecteur que nombre d'incertitudes demeurent, dans la mesure où le cadre juridique de l'archivage électronique est loin d'être clair. La principale explication à ce flou juridique est que la plupart des règles organisant la preuve et la conservation des documents sont largement imprégnées par la culture du papier et que leur application à des documents dits « dématérialisés » est parfois délicate, en dépit des divers ajustements opérés par le législateur ces dix dernières années.

S'il n'est pas toujours possible d'apporter des réponses précises et sur mesure aux questions soulevées par l'archivage électronique au regard du droit, nous tâcherons de livrer quelques clés de lecture pour permettre d'en cerner les enjeux, les problèmes et les pistes de solution. Naturellement, la mise en place d'un système d'archivage électronique implique bien d'autres considérations de bonne gouvernance, de rationalisation, de sécurité et de préservation du patrimoine, qui ne sont pas examinées ici². Dans la seule discipline juridique, la question de l'archivage électronique peut faire l'objet de développements spécifiques, que le présent ouvrage vise à rassembler. En guise d'entrée en matière, notre étude s'attache à donner un aperçu du cadre juridique de l'archivage électronique, envisagé à la fois comme une obligation légale et comme un mode de préconstitution de preuves (section 1). Nous examinons ensuite les règles applicables à travers un certain nombre de questions pratiques (section 2). Notons que notre propos se veut général et vise tant le secteur privé que le secteur public. Pour des considérations plus spécifiques au secteur public, nous revenons au chapitre II du présent ouvrage.

SECTION 1. – Le contexte juridique

§ 1. Panorama des règles juridiques à prendre en considération

Le moins que l'on puisse dire, c'est que les règles applicables à la conservation de documents sont multiples. Certaines ont un caractère transversal, d'autres visent des secteurs ou des documents spécifiques. Ainsi, on sait que les règles de preuve du Code civil s'appliquent à de nombreuses situations, bien que des régimes particuliers soient parfois d'application (en matière commerciale ou fiscale, par exemple). Il en va de même des

² Voy. toutefois les pistes de réflexion proposées dans le présent ouvrage par S. SOYEZ et M. DEMOUIN, *infra*, chap. II.

règles de prescription. En outre, dans la mesure où de nombreuses archives sont susceptibles de contenir des données à caractère personnel, les règles relatives à la protection de la vie privée vont souvent interférer, quels que soient le secteur d'activité ou le document concernés³. En ce qui concerne les documents électroniques, on rappelle que des dispositions spécifiques ont été adoptées en vue d'accorder une reconnaissance juridique aux signatures électronique⁴ et à l'écrit électronique⁵.

On note pour mémoire que le législateur belge avait l'ambition d'adopter un cadre juridique pour l'archivage électronique. À cet effet, il avait préparé le terrain par une loi du 15 mai 2007 sur certains prestataires de services de confiance, qui devait être suivie d'arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux déterminant, notamment, la reconnaissance juridique des données numérisées, archivées de manière électronique, et horodatées de manière électronique, ainsi que les conditions de cette reconnaissance⁶. Aucun arrêté royal n'étant intervenu dans les délais légaux⁷, cette loi se présente comme une coquille vide, énonçant quelques obligations générales d'impartialité, de confidentialité, d'information du client et de solidité financière⁸. On ne peut que déplorer cette occasion manquée. Pour l'heure, les relations avec un prestataire de services d'archivage électronique sont donc largement soumises à la volonté des parties, par le biais de clauses contractuelles⁹. On note toutefois qu'un projet serait actuellement en préparation au sein de l'administration afin de remédier à la situation et de finaliser le cadre juridique des services d'archivage. Le sort de la loi du 15 mai 2007 est à cet égard assez incertain, dans la mesure où la tentation est grande de procéder purement et simplement à son abroga-

³ Voy. art. 8, C.E.D.H., art. 22, Const., ainsi que la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, et ses A.R. Exéc. Pour un examen détaillé des principes applicables en la matière, voy. *infra*, les contributions de R. ROBERT et de C. BURTON et M. GUFFLET, chap. III et IV du présent ouvrage.

⁴ Voy. art. 1322, al. 2, C. civ., ainsi que la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 juillet 2001.

⁵ Voy. l'art. 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. Cette disposition ne vaut toutefois que pour l'écrit électronique dans le cadre d'un processus contractuel, à l'exception des contrats visés par l'art. 17 de cette loi.

⁶ Art. 16, 2°, de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *M.B.*, 17 juillet 2007.

⁷ L'A.R. aurait dû être adopté avant le 1^{er} décembre 2007 (voy. l'art. 16 de la loi du 15 mai 2007).

⁸ Voy. les art. 4 à 10 de la loi du 15 mai 2007.

⁹ Sur cette question, voy. les développements de F. COPPENS et M. DEMOULIN, dans le présent ouvrage (*infra*, chap. V).

tion. Une possibilité serait en effet d'intégrer le nouveau dispositif relatif à l'archivage électronique dans la loi du 9 juillet 2001 sur les signatures électroniques et les prestataires de services de certification¹⁰.

À côté de ces règles générales, un certain nombre de dispositions particulières peuvent entrer en scène, en fonction du secteur d'activité ou du type de document concerné. Ainsi, dans le secteur public, il faut tenir compte, principalement, de la loi sur les archives et de ses arrêtés royaux d'exécution¹¹, ainsi que de la loi sur la publicité de l'administration¹², et des textes équivalents adoptés au niveau des Communautés et des Régions¹³. Nous ne nous attardons pas ici sur ces textes¹⁴. Dans le secteur privé, diverses règles peuvent s'appliquer en fonction de l'activité (banques, assurances, guichets d'entreprises, aéronautique, industrie pharmaceutique...) ou des documents concernés (dossier médical, livres de comptes, factures, rapport d'expert...). Il est impossible de dresser ici un relevé complet des dispositions applicables à chaque situation, mais nous citerons les dispositions les plus illustratives tout au long de cette contribution.

§ 2. Quelques repères face au droit de la preuve

On verra dans la seconde section que l'archivage électronique soulève un certain nombre de questions au regard du droit de la preuve. Pour mieux comprendre le problème, il semble utile de rappeler brièvement les enjeux et les principes de base en matière de preuve et de relativiser quelque peu l'exigence de la preuve par un écrit signé. Les règles exposées ici relèvent du droit commun de la preuve en droit civil, sachant que des règles spécifiques peuvent y déroger dans certaines matières (comme en droit commercial ou en droit fiscal, p. ex.).

A. Principes de base

Les juristes soulignent unanimement l'importance pratique de la preuve pour démontrer en justice que l'on a un droit ou que l'on a correctement

¹⁰ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 juillet 2001.

¹¹ Loi du 24 juin 1955 sur les archives, *M.B.*, 12 août 1955, modifiée par les art. 126 à 132 de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 19 mai 2009. Voy. aussi A.R. du 18 août 2010 pris en exécution de la loi sur les archives : A.R. sur la surveillance archivistique, A.R. sur le transfert des archives, *M.B.*, 23 septembre 2010.

¹² Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994.

¹³ Pour un relevé complet des textes applicables au secteur public, par entité, voy. le site des Archives de l'État : http://arch.arch.be/content/view/949/286/lang/fr_BE/.

¹⁴ Voy. *infra*, S. SOYEZ et M. DEMOULIN, ainsi que R. ROBERT, chap. II et III du présent ouvrage.

exécuté ses obligations¹⁵. Il ne suffit pas d'avoir un droit: encore faut-il pouvoir prouver son existence¹⁶.

La preuve s'inscrit dans un litige ou en prévision de celui-ci, qu'il s'agisse d'un problème contractuel, d'un testament ou d'un contentieux avec l'administration. On rappelle qu'en principe, il revient à chaque partie au procès de prouver les éléments qu'elle allègue¹⁷. Même en l'absence de problème, il est toujours prudent de se ménager des preuves, « au cas où... » (preuves préconstituées). Idéalement, il est préférable de disposer des meilleurs éléments de preuve, mais il faut bien reconnaître que la preuve juridique n'est pas une preuve scientifique¹⁸. Dans bien des cas, il faudra se contenter d'une probabilité ou d'une vraisemblance pour trancher le litige. En tout état de cause, le but est de convaincre le juge, qui est obligé de résoudre le différend, même en l'absence de certitude, sous peine de déni de justice. À cet égard, le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation important sur le caractère convaincant des éléments de preuve qu'on lui soumet.

Certains aspects du droit de la preuve sont cependant réglementés par le législateur, qui détermine qui a la charge de la preuve, quels sont les procédés de preuve admissibles et quelle est leur force probante. Nous n'entrons pas ici dans le détail de ces règles, en nous contentant d'évoquer les grands principes de base¹⁹.

La recevabilité est l'admissibilité d'un mode de preuve en justice. Une preuve irrecevable est rejetée d'office par le juge, sans examen. Ainsi, lorsque la loi exige une preuve par un écrit signé, les autres modes de preuve sont en principe irrecevables, sous réserve des exceptions prévues par le législateur. On note également qu'une preuve obtenue en violation du secret professionnel ou de la vie privée peut, dans certaines circonstances, être irrecevable²⁰, bien que la Cour de cassation ait assoupli sa position à cet égard²¹. Nous renvoyons sur ce point à la contribution de Romain Robert dans le présent ouvrage (*infra*, chap. III).

¹⁵ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, n° 3, p. 64; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 1, p. 5, et réf. cit. par ces auteurs.

¹⁶ Voy. l'adage *Idem est non esse aut non probari*.

¹⁷ Art. 870, C. jud., et art. 1315, C. civ.

¹⁸ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 17, p. 80.

¹⁹ Pour plus de détails, voy. D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit.

²⁰ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 14-2, p. 74.

²¹ On note que, dans sa jurisprudence *Antigone*, la Cour de cassation a adopté une position plus souple au regard des preuves illégales, qui ne peuvent être automatiquement considérées comme inadmissibles. Voy. not. Cass. 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N; Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P041127N; Cass., 2 mars 2005, R.G. n° P041644F; C. const., 22 décembre 2010, n° 158/2010, disponibles sur www.cass.be.

La valeur probante d'une preuve est son caractère convaincant, « son aptitude à emporter la conviction du juge »²². Quant à la force probante, elle est déterminée par la loi pour marquer « l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties »²³.

La loi prévoit ainsi une hiérarchie entre les modes de preuve. L'écrit signé, l'aveu et le serment sont des modes de preuve « parfaits »: ils sont en principe toujours admissibles et leur force probante s'impose au juge. L'aveu et le serment sont plutôt tombés en désuétude, de sorte qu'à l'heure actuelle, l'écrit signé constitue, dans notre système juridique, la preuve par excellence. Par contre, les témoignages et les présomptions sont des preuves imparfaites, car leur admissibilité est limitée, leur force probante est inférieure à celle de l'écrit signé et ils n'emportent pas nécessairement la conviction du juge²⁴.

B. Relativiser la règle de l'écrit signé

Dans notre système juridique, l'écrit signé occupe la première place au sein de la hiérarchie des preuves. On entend par écrit signé aussi bien l'acte authentique, passé devant un officier public avec les solennités requises (comme l'acte notarié), que l'acte sous seing privé, signé par un ou plusieurs particuliers, sans intervention d'un officier public.

En vertu de l'article 1341 du Code civil, un écrit signé est exigé comme mode de preuve dans deux hypothèses: pour prouver tout acte juridique d'une valeur supérieure à 375 euros, ou pour contredire un autre écrit signé produit en justice par l'autre partie, quels que soient les montants en jeu.

On souligne cependant que dans un grand nombre de cas, un écrit signé ne sera pas exigé, et tout mode de preuve sera recevable. Ainsi, *a contrario*, s'il s'agit de prouver un acte d'une valeur inférieure à 375 euros, on peut recourir aux témoignages ou aux présomptions. On note également que l'article 1341 ne s'applique qu'à la preuve des actes juridiques: la preuve des faits peut donc s'opérer par tout moyen. Il est important de le souligner, car en matière Informatique, il s'agit souvent de prouver un fait: le bon fonctionnement d'un système de sécurité, le maintien de l'intégrité d'un document, les processus d'identification des personnes, mais aussi la force majeure, la faute, la négligence... Autant de faits qui peuvent être prouvés autrement que par un écrit signé.

L'article 1341 ne s'applique qu'aux parties ayant participé à l'acte. Un tiers peut donc prouver par toutes voies de droit l'existence d'un acte

²² D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 14-2, p. 75.

²³ *Ibid.*

²⁴ D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 6, p. 66.

juridique, ou contredire un écrit signé auquel il n'a pas été partie. De même, l'article 1341 ne s'applique pas entre commerçants ou à l'égard d'un commerçant : dans ce cas, la preuve peut être administrée librement, comme le prévoit l'article 25 du Code de commerce. On note aussi que le régime de la preuve civile est supplétif, ce qui signifie que des parties contractantes peuvent convenir d'y déroger, en prévoyant, par exemple, que d'autres modes de preuve sont admissibles.

Enfin, le Code civil prévoit deux exceptions à la règle de l'écrit signé. Lorsqu'un justiciable ne dispose pas d'un véritable écrit signé, mais seulement d'un commencement de preuve par écrit, il peut s'en servir comme preuve en justice, à condition de le compléter par des témoignages ou des présomptions²⁵. Un commencement de preuve par écrit est un écrit qui émane de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué. Ainsi, un juge a considéré qu'un courrier électronique reçu par son destinataire pouvait être utilisé comme commencement de preuve par écrit contre l'expéditeur, du moins si ce dernier ne conteste pas l'avoir écrit et ne prétend pas qu'il est falsifié, même s'il dit ne pas se souvenir du contenu²⁶. Des éléments complémentaires, comme un fichier log ou l'adresse IP de l'expéditeur, viendront renforcer le caractère vraisemblable des allégations et permettront d'établir l'origine du message. Il faut encore y ajouter d'autres preuves de nature à renforcer le fait allégué, comme des témoignages, des extraits de comptes, etc.

La seconde exception prévue par le Code civil vise l'hypothèse où il est impossible d'apporter une preuve par écrit²⁷. Divers cas d'impossibilité sont ainsi visés. D'abord, l'impossibilité matérielle, lorsque les parties n'ont eu ni le temps ni les moyens de rédiger un écrit, en raison des circonstances. On vise ici des circonstances assez exceptionnelles, par exemple une situation d'urgence (incendie, naufrage) où il importe de mettre des biens à l'abri en les mettant en dépôt chez quelqu'un, sans établir de contrat. Dans les années 80, certains auteurs ont estimé que l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit devait être admise lorsqu'on était en présence d'un procédé de transmission de données dématérialisées²⁸. Cette

doctrine a toutefois été vivement critiquée par divers auteurs et n'est plus guère défendue aujourd'hui²⁹. On note que l'impossibilité peut également être morale ou résulter des usages (entre un médecin et ses patients ou dans le secteur de l'hôtellerie, p. ex.), mais cette exception n'est guère utile en matière informatique, où les usages ne sont pas encore établis. Enfin, l'impossibilité peut résulter de la perte de l'écrit signé. Il faut cependant que la perte résulte d'un cas de force majeure et non d'une négligence de la partie qui se prévaut de l'exception. Ainsi, la destruction des archives dans un incendie ou une inondation, ou le vol de certains documents peuvent être considérés comme une perte par cas de force majeure. Il en va autrement si les archives ont été détruites volontairement (p. ex., après avoir été numérisées) ou à la suite d'une négligence dans la gestion du système d'archivage électronique. On ajoute que si l'impossibilité de prouver par écrit est démontrée, il faut encore disposer d'éléments de preuve permettant de convaincre le juge, sous forme de témoignages ou de présomptions.

On voit que dans un certain nombre d'hypothèses, la preuve peut être administrée autrement que par un écrit signé, en recourant à des témoignages, des présomptions et des commencements de preuve par écrit. Cependant, ces preuves imparfaites devront être suffisamment convaincantes aux yeux du juge, qui appréciera souverainement leur valeur probante.

§ 3. Les risques juridiques

En cas de contrôle ou de litige, il importe de pouvoir restituer un document électronique sous une forme lisible et préservée de toute altération. Le défaut de conservation de certains documents peut avoir des conséquences parfois lourdes sur le plan juridique, de sorte que la décision de conserver ou de détruire un document doit reposer sur une analyse des risques. Or, la gamme des sanctions est assez variée à cet égard et diffère d'un cas à l'autre.

Le premier risque est celui de perdre son procès, ou de voir celui-ci déboucher sur un jugement moins favorable, si l'on n'a pu produire de preuves (document détruit ou illisible) ou que celles-ci n'étaient pas suffisamment convaincantes (doute sur l'intégrité du document ou sur son

²⁵ Art. 1347, C. civ.

²⁶ C. trav. Gand, 23 septembre 2003, inédit.

²⁷ Art. 1348, C. civ.

²⁸ Voy. not. X. MALENGREAU, «Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents», *Ann. dr. Louvain*, 1981/2, p. 116; F. CHAMOIX, «La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve», *JCP-G*, 1981, I 3008, n° 21; G. PARLÉANI, «Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce (Rédaction de la loi du 12 juillet 1980)», *D.*, 1983, Chron. XII, p. 68, n° 16; X. THUNIS et M. SCHAUS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Cahiers du C.R.I.D., n° 1, Namur, E. Story-Scientia, 1988, p. 46, n° 73.

²⁹ J. HUET et H. MASL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 664, n° 594; M. BOZARD, «Preuve des paiements par cartes bancaires et signature informatique (à propos de l'arrêt de la Cour de Montpellier, 1^{re} ch. D, du 9 avril 1987)», *Cah. Lamy dr. informatique*, 1988, E, p. 12, n° 20; A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987, pp. 374-375, n° 318.

auteur). Un document peut également être nul pour vice de forme ou réputé inexistant s'il n'a pas été dressé conformément à certaines règles de validité (signature, mentions...). Ce problème ne concerne l'archivage électronique que dans la mesure où celui-ci ne permettrait pas de maintenir le lien entre un document et son auteur, à défaut d'avoir conservé les données afférentes à la signature électronique et les informations de traçabilité du document.

Certaines obligations de conservation de documents sont assorties de sanctions spécifiques, pénales ou administratives. Ainsi, une peine d'amende peut être appliquée en cas de violation de l'obligation de conservation des documents comptables et des pièces justificatives, et notamment des factures³⁰. Il va de soi que toute dissimulation ou destruction de documents dans une intention frauduleuse est passible de peines pénales plus lourdes (amendes et/ou prison)³¹. Des amendes administratives peuvent également être appliquées, comme en matière fiscale³². À cet égard, un redressement fiscal est également à redouter si l'on n'a pas conservé les pièces justificatives, notamment les factures, servant à établir l'assiette de l'impôt. Par ailleurs, toute personne exerçant une fonction publique s'expose à des poursuites s'il détourne, vole ou détruit, volontairement ou par négligence, des archives publiques³³.

Une autre sanction administrative, et non des moindres, est parfois prévue sous la forme d'un retrait d'agrément, lorsque l'obligation de conservation de documents fait partie des conditions de cet agrément. Ainsi, selon certains auteurs, la destruction de ses dossiers médicaux par un hôpital avant le terme du délai de conservation pourrait lui faire perdre son agrément³⁴. On peut se demander dans quelle mesure ce type de sanction pourrait être à craindre pour les guichets d'entreprise agréés, dont l'une des missions légales est précisément l'archivage des documents liés à l'inscription de ses clients³⁵.

³⁰ Il s'agit d'amendes de 50 à 10 000 €, en vertu de l'art. 16 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 4 septembre 1975; et de 25 à 2 500 € par infraction, en vertu de l'art. 70, § 4, C.T.V.A.

³¹ Voy. l'art. 16 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises; l'art. 449, C.I.R.; l'art. 73, C.T.V.A.

³² Art. 445, C.I.R.; et art. 70, § 2, C.T.V.A.

³³ Art. 240 à 242 du Code pénal.

³⁴ Voy. les art. 15, 17 et 70 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, tels qu'analysés par S. BRILLON et S. CALLENS, « La conservation du dossier patient », *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 177.

³⁵ Voy. les art. 43, 5°, 54 et 61 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets d'entreprises agréés et portant diverses dispositions, *M.B.*, 5 février 2003.

SECTION 2. – Le droit mis en pratique

§ 1. La délicate question du tri

Une question lancinante en matière d'archives est celle de la sélection des documents qui méritent d'être conservés et de ceux qui peuvent être détruits. À cet égard, une bonne politique d'archivage (électronique ou non) passe nécessairement par l'élaboration d'un tableau de tri. De tels tableaux existent parfois de manière sectorielle, sous la forme de circulaires ou de directives plus ou moins officielles³⁶. Mais dans la majorité des cas, il est nécessaire de procéder à une réflexion en interne qui soit adaptée aux besoins de l'entité pour laquelle des documents sont conservés. Cette réflexion doit notamment tenir compte des aspects juridiques de la question, mais d'autres considérations peuvent également influencer sur le tri des documents à conserver.

Un certain nombre de textes imposent la tenue et la conservation de documents. Certaines exigences légales de conservation visent des types de documents précis, tels le dossier médical au sein de l'hôpital, les factures, les livres de comptes, différents registres, etc. D'autres sont beaucoup plus vagues, tel le Code des sociétés, qui exige la conservation des « livres et documents » de la société³⁷, ou le Code de l'impôt sur les revenus qui mentionne les « livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables »³⁸.

En dehors des textes qui imposent une obligation légale de conservation de documents, il convient de tenir compte des raisons juridiques implicites pour lesquelles un document doit impérativement être conservé. La règle générale en la matière repose sur le simple bon sens : il faut conserver tout document pouvant servir à prouver l'existence d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation (légale ou contractuelle). Il ne s'agit évidemment pas que de la conservation des contrats, mais également des documents ayant trait à l'activité de la personne physique ou morale concernée, émanant d'elle-même ou de l'extérieur, susceptibles d'être produits en justice ou devant une autorité en cas de litige avec l'État, un tiers, un cocontractant, ou dans l'hypothèse d'un contrôle administratif.

En tout état de cause, la sélection des documents à conserver est une opération délicate. L'équilibre est difficile à trouver entre la tentation de

³⁶ Par ex., en ce qui concerne les archives de certaines administrations publiques, voy. les différents tableaux de tri élaborés par les Archives de l'État et disponibles en ligne à l'adresse : http://arch.arch.be/content/view/full/679/254/lang_fr_BE/.

³⁷ Art. 195, C. soc.

³⁸ Art. 315 et 315bis, C.I.R.

se débarrasser de la paperasse encombrante et celle de tout conserver par prudence excessive, voire par habitude. Il s'agit de tenir compte de tous les usages auxquels le document est destiné, de sa valeur en tant qu'archive, de son influence potentielle sur un éventuel litige... de sorte qu'une certaine part de risque doit être acceptée dans la décision de procéder à la destruction d'un document. On rappelle que, dans le secteur public, cette destruction ne peut avoir lieu sans l'autorisation de l'Archiviste général du Royaume (voy. *infra*, chap. II du présent ouvrage).

§ 2. Les délais de conservation

Une autre question récurrente, directement liée à celle du tri, est celle des durées de conservation des documents. De nouveau, s'il existe parfois des tableaux de tri avec indication des délais de conservation, ceux-ci sont sectoriels et ne recouvrent généralement qu'une partie des documents conservés par une entité³⁹. On trouve parfois sur Internet des sites représentant les durées de conservation afférentes à divers types de documents⁴⁰, mais ces tableaux sont purement indicatifs, et pas toujours à mis à jour.

L'objet de l'étude n'est pas de dresser la liste des délais de conservation, mais plutôt de pointer, à travers quelques exemples, les éléments à prendre en considération pour déterminer combien de temps un document doit être conservé.

On sera d'abord attentif au fait que les délais ne sont pas toujours harmonisés au sein d'une même matière, et à l'existence de délais plus longs que le délai de principe dans certains cas particuliers. On sait, par exemple, que le délai de conservation des factures a été ramené de 10 à 7 ans à partir du 1^{er} janvier suivant leur date⁴¹. Dans un souci de cohérence que l'on peut saluer, ce délai de 7 ans s'applique également aux livres de comptes et aux pièces justificatives⁴², ainsi qu'aux documents nécessaires à la détermination des revenus imposables⁴³. On note toutefois quelques discordances dans cette harmonisation. Ainsi, alors que le délai de conservation des documents comptables figurant dans la loi sur la comptabilité des entreprises a été ramené de 10 à 7 ans, le délai de conservation prévu par l'arrêté royal portant exécution de cette loi

³⁹ Voy. les différents tableaux de tri élaborés par les Archives de l'État et disponibles en ligne à l'adresse : http://arch.arch.be/content/view/full/679/254/lang_fr_BE/.

⁴⁰ Voy., à titre indicatif, les délais de conservation recommandés par la société Merak sur son site <http://www.merak.be/belg/fr/products/bewaartemijn.asp?menu=producten&type=1>.

⁴¹ Art. 60, C.T.V.A.

⁴² Art. B de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁴³ Art. 315, C.I.R.

n'a pas été modifié, sans doute par inadvertance, de sorte qu'il impose toujours un délai de 10 ans⁴⁴. Étant donné la hiérarchie des normes, c'est évidemment le délai légal de 7 ans qui doit s'appliquer, et non le délai réglementaire de 10 ans. On note également que le délai de conservation n'est pas de 7 ans, mais de 15 ans pour les factures relatives aux biens d'investissement qui ont un délai de révision de 15 ans, notamment la construction d'un bâtiment neuf⁴⁵.

Les durées de conservation sont éminemment variables et peuvent parfois être illimitées dans le temps, comme c'est le cas pour les actes notariés. Deux sortes de règles peuvent s'appliquer de manière cumulative à un même document. D'une part, il arrive que des règles spécifiques à certains secteurs ou à certains documents fixent des délais de conservation : 5 ans pour les documents sociaux, 7 ans pour les factures et les documents comptables... D'autre part, les règles de prescription gouvernent la matière par défaut. Un délai de prescription est un délai au terme duquel une action en justice ne peut plus être intentée. Autrement dit, jusqu'à l'expiration du délai de prescription, il est prudent de conserver les documents potentiellement utiles en justice. On note que les délais de prescription sont éminemment variables en fonction du type d'action en justice et que les délais généraux prévus par le Code civil connaissent un grand nombre de dérogations particulières, dans le Code lui-même ou dans des lois particulières, ce qui ne facilite pas le travail de tri opéré par l'archiviste. Pour ne reprendre que les délais généraux, rappelons que le délai de prescription est de 30 ans pour les actions réelles⁴⁶ et de 10 ans pour les actions personnelles⁴⁷. Une action en responsabilité extra-contractuelle est prescrite 5 ans après la connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de l'auteur du dommage, avec un maximum de 20 ans après l'acte dommageable.

Pour le calcul du délai, la plus grande attention doit naturellement être portée au point de départ de celui-ci. Parfois, le délai commence à courir dès la création du document, ou dans l'année qui suit⁴⁸. Cependant, il est fréquent que le délai de conservation d'un document commence à courir bien après sa création. Ainsi, les livres et documents d'une société doivent

⁴⁴ Voy. art. 9, A.R. du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁴⁵ Voy. l'art. 48, § 2, C.T.V.A., et art. 9, § 1^{er}, et art. 11, § 4, A.R. n° 3 du 10 décembre 1969 relatif aux déductions pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée.

⁴⁶ Par ex., les actions qui portent sur un droit de propriété, une servitude, un usufruit, une hypothèque...

⁴⁷ Par ex., une récupération de créance.

⁴⁸ Par ex., les factures doivent être conservées pendant 7 ans à partir du 1^{er} janvier qui suit leur date.

être conservés pendant 5 ans... à dater de la dissolution de la société⁴⁹, ce qui signifie pendant toute la durée de vie de la société plus 5 ans.

Certains événements peuvent interrompre le délai de prescription et remettre le compteur à zéro, de sorte qu'un nouveau délai recommence à courir⁵⁰. L'introduction d'une action en justice a précisément cet effet interruptif. D'autres événements ont pour effet de suspendre le délai de prescription, de sorte que le compteur est momentanément à l'arrêt⁵¹. Le fait d'être mineur d'âge a ainsi pour conséquence de suspendre le délai, qui ne commencera à courir qu'à la majorité de la personne susceptible d'introduire l'action en justice.

Il convient enfin d'être attentif aux doubles délais. Certains documents peuvent en effet être conservés à la fois par obligation, en vertu d'une règle imposant un délai de conservation spécifique, et par précaution, dans l'hypothèse d'une action en justice. Dans ce cas, il convient naturellement de préserver le document pendant le délai le plus long, pour éviter toute destruction hâtive.

Le dossier médical du patient offre un cas d'application intéressant de toutes ces questions⁵². La loi sur les hôpitaux impose à ces derniers l'obligation de tenir et de conserver un dossier médical pour chaque patient⁵³. La durée de conservation de ce dossier est fixée à 30 ans par un arrêté royal⁵⁴. De manière plus générale, pour tous les médecins, le Code de déontologie médicale s'est aligné sur ce délai de 30 ans, pour tenir compte à la fois des délais de prescription d'une éventuelle action en justice et de l'intérêt de la continuité des soins pour le patient. L'arrêté royal régissant la tenue du dossier médical à l'hôpital ne précise pas quand le délai commence à courir. En revanche, le Code de déontologie médicale stipule que ce délai court «après le dernier contact avec le patient»⁵⁵. On peut se demander si c'est l'intégralité du dossier qui doit être conservée pendant cette période, ou si chaque document de plus de 30 ans peut être éliminé au fur et à mesure. Il ressort en tout cas d'un avis du Conseil national de l'Ordre des médecins qu'un tri est possible dans les éléments du dossier. «Les données médicales qui sont essentielles aux soins à donner éventuellement par la suite au patient doivent certainement être conservées

⁴⁹ Art. 195, C. soc.

⁵⁰ Art. 2242 à 2250, C. civ.

⁵¹ Art. 2251 à 2259, C. civ.

⁵² Pour plus de développements sur ces questions, voy. A.-M. VASTESAEGER et al., «Conservation des données en milieu médical et en matière de santé», *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2012, à paraître.

⁵³ Art. 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987.

⁵⁴ Art. 1, § 3, A.R. du 3 mai 1999.

⁵⁵ Art. 46, C. déonto. méd.

pendant trente ans et parfois même plus longtemps si l'intérêt du patient le requiert. Il serait cependant acceptable qu'après un délai raisonnable de dix ans, par exemple, un médecin traitant ventile ses dossiers médicaux en accord et en collaboration avec son conseil médical. Si le rapport médical final comporte toutes les données utiles à la continuité des soins, les autres documents rédigés par le soussigné ne doivent plus être conservés, mais bien tous ceux qui émanent d'autres médecins-consultants»⁵⁶. Ces considérations relativement souples sont toutefois en apparence contradictoire avec d'autres avis du Conseil national, dans lesquels il rappelle que le délai trentenaire s'applique également aux tracés électro-encéphalographiques et aux clichés radiographiques⁵⁷.

Si l'on considère le dossier médical sous l'angle des délais de prescription, celui-ci doit être conservé tant qu'une action en responsabilité peut être intentée contre l'hôpital ou le médecin par le patient ou ses ayants droit. Autrement dit, au mois pendant 20 ans après dernier soin dispensé. On rappelle que si le patient est mineur, ce délai sera suspendu jusqu'à sa majorité. Ainsi, s'il est âgé de 3 ans au moment du soin, le délai ne commencera à courir que 15 ans plus tard, lorsqu'il aura atteint l'âge de 18 ans. En définitive, entre le moment du soin et l'expiration du délai de prescription, il se sera écoulé 35 ans, soit un délai plus long que le délai réglementaire et déontologique de 30 ans. Un élément auquel les pédiatres devraient être attentifs.

Dès qu'une action en justice est intentée contre le médecin ou l'hôpital, il est évident qu'il convient de poursuivre la conservation du dossier médical jusqu'à ce que l'affaire soit définitivement tranchée⁵⁸, même si le délai de 30 ans est déjà dépassé. On rappelle, si besoin était, que le délai de conservation de 30 ans s'applique également au dossier médical d'un patient décédé⁵⁹.

On notera encore que d'autres considérations, d'ordre scientifique ou thérapeutique, pourraient motiver une conservation prolongée du dossier médical. Le Conseil national de l'Ordre des médecins estime à cet égard «qu'un délai justifié de conservation de données médicales supérieur à

⁵⁶ Avis du 20 avril 1985 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 33, p. 57, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

⁵⁷ Voy. not. l'avis du 20 janvier 2001 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 98, p. 5, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

⁵⁸ Ce qui implique de tenir compte de l'éventualité d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, voire d'une action devant une juridiction internationale...

⁵⁹ Avis du 20 avril 1985 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 33, p. 57, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

trente ans dépend de la nature des données, de la symptomatologie et de l'âge du patient»⁶⁰.

Face aux difficultés croissantes rencontrées par les hôpitaux dans la conservation de leurs archives, la commission «Normes en matière de télématique au service des soins de santé» (en abrégé «Commission télématique») a proposé, dans un avis de 2002, de ramener le délai de conservation des dossiers médicaux à 20 ans, pour l'aligner simplement sur les délais de prescription⁶¹. Passé ce délai, seul un «dossier patients de synthèse» devrait être conservé, ce qui soulève de délicates questions au regard du tri des pièces du dossier⁶². Cette proposition a fait l'objet de vives réticences, notamment du Conseil national de l'Ordre des médecins⁶³, et n'a pour l'instant pas été suivie par le législateur.

§ 3. Les modalités de conservation

Il est évident qu'un bon système d'archivage électronique conservant des données de mauvaise qualité ne donnera pas plus de valeur à l'information archivée: il ne transformera pas une copie en original ou un document invalide en document conforme. C'est pourquoi il convient, dès la création du document, de considérer les règles qui conditionnent sa validité et celles qui détermineront sa valeur probante. À l'inverse, un document valable ou un original pourront perdre toute valeur s'ils sont archivés par un système électronique inadéquat. Pour garantir et préserver la valeur juridique d'une archive, il est donc nécessaire de veiller à conserver une information de qualité avec un système d'archivage de qualité.

La règle générale en la matière procède ici encore du bon sens: il s'agit de conserver un document électronique de manière à préserver toutes ses qualités pendant tout son cycle de vie. De manière plus spécifique, on rencontre parfois dans la loi des modalités d'archivage spécifiques. Certains documents doivent être conservés sous forme originale, d'autres peuvent

⁶⁰ Avis du 21 septembre 2002 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 92, p. 3, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

⁶¹ Avis n° 7 de la Commission «Normes en matière de télématique au service des soins de santé», Groupe de travail «Archives», «Conservation long-terme des dossiers patients hospitaliers», 18 juin 2002, disponible à l'adresse <http://www.health.belgium.be/>.

⁶² En ce sens, A.-M. VASTESAEGER *et al.*, «Conservation des données en milieu médical et en matière de santé», *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2012, à paraître.

⁶³ Voy. l'avis du 21 septembre 2002 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 92, p. 3, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>. Voy. aussi A.-M. VASTESAEGER *et al.*, «Conservation des données en milieu médical et en matière de santé», *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2012, à paraître.

être conservés sous forme de copie⁶⁴. Des exigences de lisibilité, d'intégrité ou d'inaltérabilité sont parfois imposées⁶⁵. Des critères de sécurité et de confidentialité sont à respecter, comme c'est le cas pour la conservation de données à caractère personnel⁶⁶. Il est parfois explicitement requis de conserver la documentation relative aux systèmes informatiques utilisés, comme c'est le cas en matière comptable ou fiscale⁶⁷. Les autorités doivent pouvoir disposer d'un droit d'accès aux données à des fins de contrôle sur simple demande⁶⁸.

§ 4. Le lieu de conservation

En principe, l'archivage (électronique ou papier) peut être fait n'importe où, du moment que le procédé d'archivage préserve l'intégrité, la lisibilité, l'authenticité et la confidentialité des données conservées. On relève cependant des hypothèses où la loi se montre plus contraignante sur le choix du lieu de conservation des documents.

Ainsi, la loi sur les hôpitaux prévoit que le dossier médical du patient doit être conservé «à l'hôpital»⁶⁹. Cette exigence semble un obstacle à la conservation des dossiers médicaux en dehors de l'hôpital, *a fortiori* par un tiers de confiance autre que l'hôpital. L'enjeu est de taille, puisque les archives accumulées au sein des hôpitaux occupent un espace considérable, et que leur conservation sous forme électronique à long terme nécessite un savoir-faire spécifique et un espace de stockage important, en particulier pour l'imagerie médicale, avec les coûts que cela implique. La question est encore controversée, semble-t-il. En réponse à une question parlementaire, le ministre de la Santé a indiqué en 2000 que le stockage de dossiers médicaux en dehors de l'hôpital n'est pas autorisé⁷⁰. Toutefois, quelques mois plus tard, le Conseil national de l'Ordre des médecins a interpellé le ministre, en soutenant une position différente. À son avis, étant donné que l'obligation d'archivage avait pour objectif d'assurer la

⁶⁴ Voy. art. 8, § 2, de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises; art. 9, A.R. du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁶⁵ Voy. art. 61, C.T.V.A.; art. 33, C. pén. soc.; art. 9, A.R. du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁶⁶ Art. 16 de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

⁶⁷ Art. 315bis, C.I.R., art. 60, § 2, C.T.V.A.

⁶⁸ Art. 31, C. pén. soc.

⁶⁹ Art. 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, *M.B.*, 7 octobre 1987.

⁷⁰ Voy. la réponse à la Question n° 191 de M. Filip ANTHUENS du 13 septembre 2000, *Bull. Q.R., Ch.*, sess. ord. 2000-2001, 23 octobre 2000, p. 5823.

continuité des soins au sein de l'hôpital, il convenait de distinguer les archives dites « mortes », « qui ne sont pas immédiatement nécessaires ou utiles à la continuité des soins dans l'hôpital en question, et les archives dites « vivantes » requises pour la continuité des soins d'autre part. En outre, les archives sont de plus en plus informatisées. De ce fait, la disponibilité immédiate des archives informatisées, « dans » l'hôpital, offre la possibilité de stocker ailleurs les archives de base, sans quelconque objection ou inconvénient, du moins en ce qui concerne les archives « mortes »⁷¹. Le Conseil s'est par ailleurs référé à un de ses avis antérieurs, concernant la conservation des archives médicales par une société commerciale, estimant qu'il n'y avait pas d'objection déontologique à recourir aux services d'une telle société à condition de garantir l'accès exclusif à ces archives au médecin responsable des archives ou à une personne désignée par ce médecin, agissant sous la responsabilité médicale et/ou fonctionnelle de ce dernier⁷². Il reste que le recours à un tiers archiver devrait nécessairement être encadré contractuellement, afin de garantir le respect des exigences de la loi sur la protection des données à caractère personnel en ce qui concerne la sous-traitance⁷³ (voy. aussi les chap. III et V du présent ouvrage). On relève à cet égard que la Commission télématique s'est également montrée favorable à un stockage des dossiers médicaux en dehors de l'hôpital par des firmes spécialisées, dans les conditions précitées⁷⁴.

En ce qui concerne l'archivage des factures électroniques, la loi belge prévoit que « les factures qui sont conservées par voie électronique garantissant en Belgique un accès complet et en ligne aux données concernées peuvent [...] être conservées dans un autre État membre de la Communauté à condition que l'administration qui a la taxe sur la valeur ajoutée dans ses attributions en soit informée au préalable »⁷⁵. Dès lors, les factures électroniques ne peuvent être stockées en dehors du territoire de l'Union européenne. De même, à propos du traitement de données à caractère personnel, de sérieuses restrictions existent quant au transfert de telles données vers des pays situés en dehors de l'Espace économique

⁷¹ Avis du 21 avril 2001 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 93, p. 5, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

⁷² Avis du 16 janvier 1999 du Conseil national de l'Ordre des médecins, *Bull.* n° 84, p. 17, disponible en ligne sur <http://www.ordomedic.be>.

⁷³ En ce sens, voy. S. BRILLON et S. CALLENS, « La conservation du dossier patient », *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 180.

⁷⁴ Avis n° 7 de la commission « Normes en matière de télématique au service des soins de santé », Groupe de travail « Archives », « Conservation long-terme des dossiers patients hospitaliers », 18 juin 2002, disponible à l'adresse <http://www.health.belgium.be/>.

⁷⁵ Art. 60, § 3, C.T.V.A.

européen⁷⁶ (voy. aussi les chap. III et IV du présent ouvrage). Il convient d'avoir ces contraintes juridiques à l'esprit lorsqu'on envisage la localisation du site d'archivage électronique, mais également de son site miroir. De même, le recours à un système d'archivage via le *cloud computing* est sujet à caution, étant donné la difficulté à localiser précisément les données, sauf à recourir à un service de *cloud* limité au territoire européen.

§ 5. Le cas particulier des documents numérisés

Étant donné l'important volume occupé par les archives papier accumulées au fil des années, il est de plus en plus tentant d'envisager leur numérisation, afin de pouvoir procéder à la destruction des documents papier et ne les conserver que sous forme électronique. L'opération doit toutefois être envisagée avec prudence sur le terrain juridique, surtout si l'original papier est détruit.

A. La destruction de l'original papier après numérisation

Il existe des autorisations sectorielles de conserver un document sous forme de copie, mais elles sont très limitatives. Par exemple, les factures⁷⁷, les pièces justificatives de comptabilité⁷⁸ ou les documents sociaux⁷⁹ peuvent être conservés sous forme de copie ou d'original.

On trouve également dans la législation des dispositions éparpillées octroyant le statut d'original à des copies, jusqu'à preuve du contraire, du moment qu'elles sont réalisées sous le contrôle de certains acteurs explicitement désignés et dans certaines conditions. Ainsi, les copies de documents réalisées par les entreprises d'assurance et les établissements de crédit valent original jusqu'à preuve du contraire⁸⁰. Mais cette disposition est de stricte application, de sorte que l'on ne peut l'étendre aux copies réalisées par les courtiers d'assurance. De même, les copies réalisées par les institutions de sécurité sociale (parmi lesquelles les secrétariats sociaux) ont « valeur probante jusqu'à preuve du contraire » à condition que les modalités d'enregistrement, de conservation et de reproduction des docu-

⁷⁶ Art. 21-22 de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

⁷⁷ Art. 60, C.T.V.A., et Circ. n° AFER 16/2008 (E.T.112.081) du 13 mai 2008.

⁷⁸ Art. 6 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁷⁹ Art. 24 et 25, A.R. du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 27 août 1980.

⁸⁰ Art. 196 de la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé.

ments soient dûment agréées par le ministre compétent⁸¹. Il est loisible au législateur de déroger aux règles du Code civil relatives à la force probante de la copie, voire de donner délégation au Roi pour le faire⁸². On note toutefois que ces textes peuvent poser problème dans le secteur public, au regard de la loi sur les archives, qui interdit de procéder à une destruction d'archives sans l'autorisation préalable de l'Archiviste général du Royaume (voy. *infra*, Chap. II).

En dehors de ces dispositions très sectorielles, il semble qu'il n'est pas permis de procéder à la destruction de l'original lorsque la loi exige sa conservation. Dès lors, détruire l'original, c'est s'exposer à ce que sa copie numérique ne soit pas opposable à l'administration. Il convient alors de mesurer les risques et sanctions liés à la perte de l'original. La numérisation des documents peut néanmoins conserver un intérêt pour permettre une meilleure gestion des archives et un accès plus aisé à leur contenu.

Sur le terrain de la preuve, le fait de ne pas avoir conservé l'original peut également avoir des conséquences, que l'on examine ci-après avec la question de la valeur probante de la copie.

B. La valeur probante d'une copie par numérisation

Le fichier numérique (une image JPEG, un document PDF...) obtenu après avoir scanné un document papier n'est qu'une copie numérique de celui-ci. Hormis les règles dérogatoires exposées au point précédent, la copie n'a pas la même valeur qu'un original. En vertu du Code civil, on peut toujours contester une copie et réclamer la production de l'original pour lever un doute sur la véracité de son contenu⁸³.

Cette méfiance à l'égard des copies remonte à l'époque où les reproductions de documents étaient réalisées par des copistes, à la main, avec la part d'erreurs humaines ou de manipulations que cela impliquait. À l'ère des photocopieurs et des scanners, une telle règle peut sembler désuète, étant donné la précision du processus de reproduction, mais un risque de fraude demeure, de sorte que le législateur n'a pas encore revu sa position à cet égard, préférant agir par le biais de dispositions très sectorielles.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence belge sur la valeur probante des documents scannés, mais il nous semble que l'on peut raisonner à partir de la jurisprudence développée en matière de pho-

⁸¹ A.R. du 22 mars 1993 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, pris en application de l'art. 18 de la loi du 4 avril 1991.

⁸² Il s'agit simplement d'une application de la maxime *Lex specialis derogat legi generali*.

⁸³ Art. 1334, C. civ.

tocopie. Si l'original n'a pas été conservé, la copie n'aura pas beaucoup de valeur probante, mais cela ne signifie pas qu'elle n'aura pas de valeur du tout. D'abord, si elle n'est pas contestée par l'autre partie, elle fera pleine preuve de son contenu⁸⁴. On relève qu'en pratique, devant les tribunaux, la plupart des parties présentent à la cause des photocopies de documents, sans que cela pose le moindre problème. Il devrait en être de même pour les documents scannés. Ensuite, on pourrait regarder la copie numérique d'un document scanné comme un commencement de preuve par écrit⁸⁵. C'est en effet un écrit (électronique) et l'on devrait pouvoir considérer qu'il émane de l'auteur de l'original. Ce raisonnement ne vaut, bien entendu, que si la fidélité de la copie par rapport à l'original ne peut raisonnablement être mise en doute. On ne saurait trop insister sur l'importance capitale d'éléments comme les métadonnées du document, la procédure de scanning et d'archivage électronique, la personne sous le contrôle de laquelle la numérisation a eu lieu, etc., pour convaincre le juge que le processus de numérisation n'a pas été entaché de fraude. On rappelle d'ailleurs que le commencement de preuve par écrit doit être complété par des présomptions ou des témoignages qui corroborent les faits à prouver. La valeur de la copie numérique d'un document papier dépendra donc du caractère convaincant du document et des éléments étayant sa crédibilité, sachant que le juge appréciera souverainement la valeur probante de ce moyen de preuve.

§ 6. Les données à conserver pour la preuve électronique

En comparaison avec l'archivage classique, l'archivage électronique a ceci de particulier qu'il nécessite non seulement la préservation du document électronique lui-même, mais également d'une foule de documents ou d'informations périphériques, relatives au document, à son cycle de vie et à son processus de conservation, voire de numérisation.

Comme le souligne E. Montero, « Profitant de leur pouvoir souverain d'appréciation de la valeur des éléments de preuve produits, les juridictions prennent en considération, avec un évident pragmatisme, l'ensemble des éléments portés à leur connaissance pour décider de la valeur probatoire des documents présentés. [...] En matière de preuve électronique, cette appréciation a une portée plus large. Elle s'étend à l'ensemble du cycle de

⁸⁴ Voy. D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 254, n° 26, et réf. cit.

⁸⁵ Voy., par analogie, le raisonnement développé par D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 245-252, n° 14 et ss., et réf. cit.

vie du document contesté. Autrement dit, c'est tout le processus de création-conservation-gestion du document numérique qui est pris en compte dans l'appréciation des preuves⁸⁶.

Ainsi, il est nécessaire de conserver avec autant de soin les métadonnées du document, les données de traçabilité (personnes impliquées dans le traitement, horodatage de chaque opération...), les données de signature électronique, les politiques de sécurité, de numérisation et d'archivage électronique, bref tous les éléments permettant de démontrer le maintien de l'intégrité du document ou de sa confidentialité, ou encore l'identité de son auteur.

C'est ainsi que, dans une affaire récente, le Conseil du contentieux des étrangers a validé une décision administrative de refus d'asile signée au moyen d'une image numérisée de la signature manuscrite du fonctionnaire habilité⁸⁷. Sans revenir sur les détails de cet arrêt, rappelons qu'il était notamment question d'évaluer si le procédé utilisé par l'administration permettait de garantir l'identité du fonctionnaire signataire, son adhésion au contenu et le maintien de l'intégrité de l'acte. En l'espèce, le Conseil du contentieux des étrangers a estimé que ces garanties et la fiabilité de la procédure étaient établies par une note détaillée, émanant du directeur général I.C.T. du SPF Intérieur, concernant « l'utilisation et le fonctionnement du système de signature scannée dans l'application Evibel » utilisée par l'Office des étrangers⁸⁸. Cet arrêt illustre que la preuve du bon fonctionnement d'un système électronique peut être apportée au moyen d'une documentation et d'une description suffisamment claire et précise des processus mis en œuvre.

Conclusion

En définitive, la valeur juridique d'une archive électronique dépend de tous les éléments développés ci-avant. Elle dépendra d'abord des précautions ayant entouré la création du document lui-même et la conformité aux règles de validité et de préconstitution de la preuve, ou encore du choix du type de signature électronique apposée sur le document. Elle dépendra également de la nature de l'archive électronique, selon qu'il

s'agit d'un original électronique ou d'une copie numérique d'un document papier, auquel cas les modalités de l'opération de scanning conditionneront également le crédit que l'on peut accorder à cette copie. Enfin, le processus d'archivage électronique et sa capacité à garantir l'intégrité, la lisibilité, l'authenticité et la traçabilité du document seront à prendre en considération.

Au terme de ce rapide panorama sur les aspects juridiques de l'archivage électronique, le sentiment qui prédomine est celui de l'incertitude. On peut être perplexe face à la multitude des délais de conservation, et à la difficulté de les répertorier de manière exhaustive. L'absence de critères officiels et généraux pour la reconnaissance juridique des documents numérisés et des archives électroniques freine le développement de politiques d'archivage électronique homogènes et concertées. La possibilité technique d'externalisation de l'archivage, au-delà des frontières du territoire belge ou européen, soulève des interrogations, surtout avec le développement de solutions de *cloud computing*. Ce n'est qu'*a posteriori*, lorsque l'archive sera soumise au juge ou à l'administration, que l'on sera fixé sur sa valeur juridique.

Pour contrer cette insécurité juridique, on peut en tout cas affirmer que la conception des systèmes d'archivage électronique et des procédures de numérisation de document doit se conformer à quatre critères : intégrité, lisibilité, authenticité et traçabilité. Il convient également de se souvenir qu'en matière de preuve, l'important est de convaincre le juge par des éléments solides et fiables.

Il reste que l'on peut souhaiter une intervention législative en la matière, et la mise en place, au niveau belge et européen, d'un cadre juridique clair et cohérent pour déterminer la valeur juridique des archives électroniques et des documents numérisés. Étant donné l'évolution rapide des technologies, un tel cadre juridique devrait rester suffisamment neutre sur le plan technologique, et s'attacher à développer des critères objectifs, tout en encourageant le développement de bonnes pratiques afin de rencontrer ces critères au moyen des techniques les plus efficaces.

⁸⁶ E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A./O.R.*, 2001/98, p. 236.

⁸⁷ Conseil contentieux étrangers, 19 novembre 2009, n° 34.364, disponible sur www.cce-rvv.be. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A./O.R.*, 2001/98, pp. 233 et ss.

⁸⁸ Conseil contentieux étrangers, 19 novembre 2009, n° 34.364, pts 2.2, 3.21 et 3.23-3.25.