

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique

Vanreck, Odile

*Published in:*  
Revue internationale du droit des affaires

*Publication date:*  
2017

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Vanreck, O 2017, 'Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique', *Revue internationale du droit des affaires*, Numéro 122, p. 33-49.

#### 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.

# Le nouveau cadre juridique applicable au service d'archivage électronique

Odile VANRECK<sup>1</sup>

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction	33
I. Quels sont les textes légaux applicables au service d'archivage électronique ?	34
a. Règlement européen eIDAS	34
b. Loi belge du 21 juillet 2016	35
c. Autres textes légaux	38
II. Quels documents et données archiver et pendant combien de temps ?	38
III. Archiver sur support électronique ?	40
IV. Avoir recours à un service d'archivage électronique simple ou qualifié ?	40
a. Service d'archivage électronique simple	41
b. Service d'archivage électronique qualifié	42
c. Exception à cette liberté de choix eu égard au type de service	42
V. À qui confier la tâche de la conservation électronique ?	43
a. Recours à un prestataire de service de confiance	44
b. Archiver pour son propre compte	45
VI. Peut-on conserver une copie numérique et détruire des documents papier qui ont été numérisés ?	47
VII. Existe-t-il un contrôle ?	48
Conclusion	49

## Introduction

**1. Masse de données et documents à gérer et conserver** – Chaque jour, tant les particuliers que les entreprises et les organismes du secteur public sont amenés à créer et gérer un volume important de données et de documents en format papier et numérique. Parmi ces documents, certains présentent une valeur historique, administrative, stratégique ou juridique. Il est donc utile, voire obligatoire, de les conserver durant une période plus ou moins longue. Il n'est cependant pas toujours aisé d'identifier les documents à archiver et la durée de cette conservation. De plus,

l'avènement du numérique offre depuis plusieurs années la possibilité de conserver les documents sous forme dématérialisée sur des serveurs internes ou externes à l'entité. Dès lors, préalablement à la mise en place d'un projet d'archivage de ses données et documents, toute entité doit déterminer s'il est préférable de conserver ceux-ci en version papier et/ou en version numérique, en interne ou en externalisant l'activité de conservation.

**2. Textes législatifs européen et belge** – Conscient du flou qui entourait la matière de la conservation électronique des documents, le législateur belge avait tenté, dès 2007, d'encadrer juridiquement les activités du prestataire de service d'archivage électronique<sup>2</sup>. Cependant, en l'absence d'adoption des actes d'exécution qui auraient dû la compléter, cette loi du 15 mai 2007 n'a constitué qu'une coquille vide<sup>3</sup>. En 2013, une seconde tentative de régler la matière de l'archivage électronique a vu le jour sous la forme d'une proposition de loi<sup>4</sup>. Toutefois, la procédure d'adoption de cette loi a été suspendue par la Commission européenne en raison de l'existence, au niveau européen, d'un texte en cours de rédaction portant en partie sur le même objet<sup>5</sup>. Il s'agit du Règlement européen n° 910/2014 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 (ci-après, le « Règlement eIDAS » ou le « Règlement ») dont la majeure partie des dispositions est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016<sup>6</sup>. Si ce Règlement a encadré juridiquement plusieurs services de confiance (comme la signature électronique ou le recommandé électronique), il n'a toutefois pas reconnu le service d'archivage électronique

1. Chercheuse au Centre de recherches Information, Droit et Société (CRIDS) de l'université de Namur et avocate au Barreau du Brabant Wallon au sein du cabinet Dear Krzewinski & Willez. Je tiens particulièrement à remercier Bénédicte LOSDYCK, Hervé JACQUEMIN et Jean-Benoît HUBIN pour leur relecture et leurs apports pertinents et instructifs à cette contribution.

2. Loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *M.B.*, 17 juillet 2007. Le prestataire de service d'archivage électronique était défini dans cette loi comme « toute personne physique ou morale qui offre un service de conservation de données électroniques, normalement contre rémunération et à la demande d'un destinataire du service, la conservation de ces données électroniques étant un élément essentiel du service offert » (art. 2, 2°, de la loi).

3. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligation et précautions », *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 36 ; 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, Larcier, 2016, p. 234.

4. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001.

5. La procédure prévue par la directive (UE) 2015/1535 impose aux États membres souhaitant légiférer dans certaines matières (telle que celle des services de la société de l'information) de notifier leur proposition de texte à la Commission et aux autres États membres. De cette manière, ceux-ci peuvent examiner la conformité du texte avec la législation en vigueur au sein de l'Union européenne. Étant donné qu'à l'époque de la notification par le législateur belge, le Règlement n° 910/2014 faisait l'objet de négociation au niveau européen, la Commission a logiquement suspendu la proposition de loi.

6. 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.

comme un service de confiance et n'a pas édicté un corps complète de règles applicable à ce service.

En Belgique, afin de « booster la transformation numérique des pouvoirs publics et de l'économie »<sup>7</sup>, ce texte européen a été mis en œuvre et complété par la loi du 21 juillet 2016<sup>8</sup>, couramment qualifiée de *Digital Act*.

**3. Plan** – Dans cette contribution, nous proposons à toutes les personnes physiques et morales, ainsi qu'aux organismes du secteur public, qui souhaitent mettre en place un service d'archivage électronique une analyse du nouveau cadre juridique applicable à cette matière au travers des différentes questions qu'ils seront amenés à se poser lors de la mise en œuvre d'un tel service. Dans un souci de facilité, nous désignerons ces entités sous le vocable de « producteur d'archives » dans la suite de cet article<sup>9</sup>.

Après avoir pris connaissance des textes légaux applicables (I.), le producteur d'archives devra identifier les documents et données qu'il souhaite ou est tenu de conserver, ainsi que la durée de cette conservation (II.). Ensuite, il sera confronté au choix du recours à un archivage en version papier ou en version électronique (III.). S'il opte pour une conservation électronique, il devra décider s'il est préférable d'avoir recours à un service non qualifié (que nous appelons « simple » dans la suite de la contribution) ou qualifié (IV.). Le producteur d'archives pourra faire appel à un prestataire externe pour procéder à la conservation ou archiver en interne (V.). Dans certains cas, il souhaitera conserver des copies numériques de documents originaux papier, qui auront été détruits (VI.). Enfin, ces activités de numérisation et de conservation, par le biais d'un service d'archivage électronique, sont soumises au contrôle d'un organe de contrôle (VII.).

## I. Quels sont les textes légaux applicables au service d'archivage électronique ?

### a. Règlement européen eIDAS

**4. Raison d'être du Règlement** – Se rendant compte que son développement économique et social dépendait de l'instauration d'un climat de confiance dans l'environnement dématérialisé, et du sentiment de sécurité juridique qu'il induit, l'Europe a adopté le Règlement eIDAS. L'ambitieux objectif de ce texte est de « susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques au sein du marché intérieur en fournissant un socle commun pour des interactions électroniques sécurisées entre les citoyens, les entreprises et les autorités publiques et en accroissant ainsi l'efficacité des services en ligne publics et privés, ainsi que de l'activité économique et du commerce électronique dans l'Union »<sup>10</sup>.

**5. Quasi-absence d'encadrement juridique du service d'archivage électronique** – Bien que le Règlement eIDAS ait vocation à régir la fourniture des services de confiance, il n'encadre malheureusement pas juridiquement le service d'archivage électronique et ne le consacre donc pas au rang de service de confiance<sup>11</sup>. Il contient néanmoins plusieurs dispositions ayant trait à l'idée de conservation<sup>12</sup>.

**6. Le document électronique** – D'abord, le Règlement consacre l'existence du document électronique, qu'il définit comme « tout contenu conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel »<sup>13</sup>. En faisant référence à l'idée de conservation dans la définition, le législateur européen a mis l'accent sur la pérennisation dans le temps du document plutôt que sur son processus de création. Le Règlement n'édicte toutefois pas de règles qui encadreraient la conservation en tant que telle du document électronique.

En vertu du Règlement, le document électronique bénéficie – à l'instar des autres services de confiance consacrés dans le texte européen – du principe de non-discrimination, en vertu duquel son effet

7. Voir [www.decroo.belgium.be/fr/digital-act-elektronische-aangetekende-zending](http://www.decroo.belgium.be/fr/digital-act-elektronische-aangetekende-zending).

8. Loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) 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, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique 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<sup>er</sup>, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016, p. 67478.

9. Le producteur d'archives est défini comme « tout organisme ou toute personne (ou groupe de personnes) qui, dans l'exercice de ses fonctions ou activités, constitue ou a constitué des archives ». Voir M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, p. 36.

10. Considérants 1 et 2 du Règlement eIDAS.

11. Le Règlement encadre toutefois les services de confiance suivants : la signature électronique, le cachet électronique, le recommandé électronique, l'horodatage électronique et l'authentification de site internet. Au sujet des raisons de l'absence d'encadrement du service d'archivage électronique, voir O. VANRECK, *op. cit.*, p. 239.

12. Voir *infra*, points 6 et 7.

13. Art. 3.35 du Règlement eIDAS. Voir aussi considérant 63 du Règlement eIDAS.

juridique et sa recevabilité comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique<sup>14</sup>.

**7. La conservation des signatures et cachets électroniques qualifiés** – Ensuite, le législateur européen ne s'est pas totalement désintéressé de la question de l'archivage des données, puisqu'il a encadré, aux articles 34 et 40 du Règlement, la fourniture du service de conservation qualifié des signatures et des cachets électroniques qualifiés. La question de la conservation est ici envisagée en tant qu'accessoire à ces deux services de confiance encadrés par le Règlement.

Ainsi, le service de conservation qualifié des signatures électroniques (et des cachets électroniques) qualifiés ne peut être fourni que par un prestataire de services de confiance qualifié qui utilise des procédures et des technologies qui permettent d'étendre la fiabilité de ces procédés au-delà de la période de validité technologique. L'objectif est d'encadrer la conservation d'informations en vue d'assurer la validité juridique des signatures et cachets électroniques (qualifiés) sur de longues durées et de garantir qu'ils pourront être validés indépendamment de l'évolution technologique.

Le Règlement a également prévu que la Commission européenne puisse déterminer des normes applicables à ce service par le biais d'actes d'exécution. Le service de conservation qualifié qui respectera ces normes sera présumé satisfaire à l'exigence du maintien de la fiabilité de la signature ou du cachet au-delà de la période de validité technologique. Toutefois, au moment d'écrire ces lignes, la Commission n'a pas encore pris de tels actes d'exécution.

**8. Marge de manœuvre laissée aux États Membres** – Le Règlement eIDAS ne réalise pas une harmonisation complète des règles applicables aux services de confiance. Il laisse aux États membres désireux de préciser le régime juridique applicable à certains de ces services – et/ou d'en consacrer d'autres – une marge de manœuvre pour ce faire. Ainsi, alors que le considérant 24 stipule que les États membres peuvent conserver ou instaurer des dispositions nationales

ayant trait aux services de confiance qui ne sont pas complètement harmonisés par le Règlement<sup>15</sup>, le considérant 25, quant à lui, précise que les États membres ont la faculté « de définir d'autres types de services de confiance, en plus de ceux qui figurent sur la liste fermée des services de confiance prévus par le présent règlement, aux fins de leur reconnaissance au niveau national comme des services de confiance qualifiés ».

#### b. Loi belge du 21 juillet 2016

**9. Intervention du législateur belge** – Le Règlement eIDAS n'abordant que partiellement la question de la conservation des documents et des données, le législateur belge s'est saisi de la possibilité laissée par le texte européen (et exprimée en son considérant 25) de définir de nouveaux services de confiance. Dans cette optique, il a adopté la loi du 21 juillet 2016 qui met en œuvre et complète ce Règlement<sup>16</sup>.

Cette loi insère principalement un titre 2 contenant « *Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance* » dans le livre XII du Code de droit économique (ci-après C.D.E.) intitulé « *Droit de l'économie électronique* ». Outre la détermination des règles à respecter lorsque l'on fournit ou exploite un service d'archivage électronique en Belgique, les nouvelles dispositions permettent également d'assurer sa reconnaissance au niveau national en tant que service de confiance.

Les dispositions insérées dans notre ordonnancement juridique par la loi du 21 juillet 2016 ont comme objectif de résoudre les difficultés qui découlaient de l'absence de cadre légal général applicable à la matière de la conservation électronique des documents, telles que l'incertitude quant à la qualité ou la fiabilité du service d'archivage électronique fourni et l'insécurité juridique en matière de reconnaissance des copies numériques.

**10. Entrée en vigueur et absence d'effet rétroactif** – La majorité des dispositions insérées dans notre régime juridique par la loi du 21 juillet 2016 est entrée en vigueur le 28 septembre 2016<sup>17</sup>.

14. Art. 46 du Règlement eIDAS. À ce sujet, voir D. GOBERT « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *R.D.T.L.*, 2014/3, n° 56, p. 49. Au sujet de la question de l'articulation entre le principe de non-discrimination et la clause d'assimilation d'un procédé électronique à un écrit (prévue à l'art. XII.15, § 2, C.D.E.), voir H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 117 et 118.

15. Le législateur belge s'est saisi de cette possibilité et a notamment complété le régime applicable à l'envoi de recommandé hybride (art. XII.30 et annexe II C.D.E.), à la révocation, la suspension et l'expiration des certificats qualifiés de signature et de cachet électroniques (art. XII.31 à XII.33 C.D.E.), à la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié (art. XII.34 et XII.35 C.D.E.) et à l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié (art. XII.36 à XII.38 C.D.E.).

16. Nous évoquerons également dans la suite de cette contribution quelques dispositions pertinentes issues de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015 relative à l'archivage électronique et portant modification de l'article 1334 du Code civil, de l'article 16 du Code de commerce et de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. En vertu de son article 1<sup>er</sup>, cette loi a comme objectif de (i) définir les conditions de dématérialisation d'originaux au sens de la loi et les conditions de conservation de copies et d'originaux numériques, (ii) déterminer les conditions dans lesquelles les copies susmentionnées peuvent bénéficier d'une présomption de conformité à l'original et (iii) fixer les règles applicables à l'activité de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation.

17. Initialement, le législateur belge souhaitait que les dispositions de la loi entrent en vigueur le même jour que la majorité des articles du Règlement eIDAS (soit le 1<sup>er</sup> juillet 2016). Cela n'a pas été le cas et, à l'exception des articles XII.25, § 5, alinéa 3, § 7, alinéa 2, XII.34 et XII.35 du C.D.E. dont l'entrée en vigueur a été reportée, les dispositions de la loi sont en vigueur depuis le 28 septembre 2016. Voir arrêté royal du 14 septembre 2016 fixant l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) 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, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique 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<sup>er</sup>, XV et XVII du Code de droit économique, *M.B.*, 28 septembre 2016, p. 67541.



Ces dispositions n'ont pas d'effet rétroactif. Cela signifie notamment que les copies numériques, réalisées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi et par le biais d'un mécanisme de numérisation qui rempliraient les exigences des articles 1334, alinéa 2, du Code civil et XII.25, § 6, du C.D.E. ne pourraient pas bénéficier des effets accordés par ces dispositions<sup>18</sup>.

**11. Champ d'application** – Les nouvelles dispositions du C.D.E. s'appliquent lorsque le service d'archivage électronique est fourni par un prestataire de service établi en Belgique ou est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale établi en Belgique<sup>19</sup>.

Eu égard au champ d'application territorial, l'exposé des motifs de la loi du 21 juillet 2016 prévoit qu'un prestataire établi dans un autre État membre pourrait décider de se soumettre volontairement au cadre légal belge relatif au service d'archivage électronique afin de bénéficier des présomptions prévues dans celui-ci<sup>20</sup>. À l'opposé, on ne peut garantir que le bénéfice des présomptions prévu en droit belge suite au respect des exigences du cadre ne soit reconnu dans les autres États membres<sup>21</sup>.

Par ailleurs, l'article XII.24, § 3, du C.D.E. exclut du champ d'application matériel des nouvelles dispositions du C.D.E. « *les composants utilisés pour (...) l'archivage électronique, fournis (...) par une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en exécution des missions qui lui sont confiées par ou en vertu d'une loi* »<sup>22</sup>. Ce paragraphe met en application une dérogation prévue dans le Règlement eIDAS en faveur des systèmes fermés<sup>23</sup>. Cette exclusion permet d'assurer que le nouveau régime général mis en place par la loi du 21 juillet 2016 ne préjudicie pas les systèmes « *mis en place dans certains services publics particuliers par le biais de lois spéciales* »<sup>24</sup>. Ainsi, certains services publics (par exemple dans le domaine de la sécurité sociale et de la santé) sont exclus du champ d'application des nouvelles règles (notamment celles en matière d'archivage électronique) au motif qu'ils ont déjà mis en place des systèmes ayant nécessité d'importants investissements<sup>25</sup>.

**12. Définitions insérées dans le livre I<sup>er</sup>, titre 2 du C.D.E.** – Il est essentiel d'examiner avec précision ce que recouvrent les notions de « service d'archivage électronique » et de « service d'archivage électronique qualifié », définies au titre 2 du livre I<sup>er</sup> du C.D.E.<sup>26</sup>.

**13. Service d'archivage électronique simple** – L'article I.18, 17<sup>o</sup>, du C.D.E. définit le service d'archivage électronique simple comme le « *service de confiance supplémentaire à ceux visés par l'article 3, paragraphe 16, du règlement 910/2014, qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance au sens de l'article 3, paragraphe 19, du règlement 910/2014 ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale* ».

Il ressort de cette définition que deux types de documents sont visés : les données originairement électroniques (*born-digital archives*) et les documents antérieurement papier qui ont été numérisés (*digitized records*). Une distinction est également opérée entre deux types d'entités pouvant mettre en œuvre un service d'archivage : les tiers prestataires de services de confiance auquel un utilisateur a recours et l'organisme du secteur public, la personne physique ou morale archivant pour son propre compte.

La définition du service d'archivage électronique peut entraîner une certaine confusion entre l'activité de création de données électroniques par la numérisation d'un document papier et l'activité de conservation de ce document originairement papier ou de toutes les autres données électroniques. Ces deux activités (numérisation et conservation) sont fortement différentes, tant en ce qui concerne leur objectif qu'en égard aux systèmes et technologies à mettre en place.

Selon nous, il aurait été plus clair de circonscrire la définition du service d'archivage électronique à l'activité de conservation ou à tout le moins, de distinguer, dans le cadre légal, cette activité de celle de la création de données électroniques par la numérisation.

18. Voir *infra* points 50 à 53.

19. Voir art. XII.24, §§ 1<sup>er</sup> et 2, C.D.E.

20. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, p. 12.

21. C'est dans ce contexte qu'il est regrettable que le législateur européen n'ait pas encadré juridiquement la matière de la conservation électronique des données et documents (comme il l'a fait pour d'autres services de confiance).

22. Art. XII.24, § 3, C.D.E.

23. Art. 2.2. du Règlement. Sur cette notion de système fermé, voir H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, pp. 108 et 109.

24. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, pp. 14 et 15.

25. Sachez toutefois que, si dans le cadre de ces systèmes fermés, le législateur a prévu le recours à un service de confiance qualifié (au sens du Règlement eIDAS et de la loi belge), les prestataires offrant ces services et les services eux-mêmes doivent respecter les exigences applicables en vertu du Règlement et du C.D.E. Voir *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, p. 15.

26. Les termes non définis par le législateur belge doivent recevoir le sens que le Règlement eIDAS leur donne (art. XII.25, § 2, C.D.E.).

Il a également été suggéré que le service d'archivage électronique aurait pu être présenté comme « une technique qui consiste à conserver des données électroniques, que ces données aient été directement produites sous forme électronique, ou bien qu'elles résultent de la numérisation de documents originellement produits sur support papier »<sup>27</sup> ou bien aurait pu être défini comme le service de confiance « qui consiste en la conservation de données électronique, résultant, le cas échéant, de la numérisation de documents papier »<sup>28</sup>.

**14. Vision archivistique de l'archivage électronique** – Il est pertinent de confronter cette définition légale du service d'archivage électronique avec la vision qu'offre le secteur archivistique sur cette notion. Ainsi, il a été écrit que « l'archivage électronique consiste en l'organisation, la gestion et la conservation des documents qui ont une valeur probante et/ou culturelle, historique. Il s'agit d'un processus spécifique et complexe devant mettre en œuvre des méthodes et des outils pour exploiter et conserver des informations – quel que soit le support – sur le long terme. En outre, l'archivage électronique implique également de garantir aux documents leur authenticité, leur intégrité (garante de leur fiabilité) et leur parfaite lisibilité (garante de leur exploitabilité). Sans cela, l'objectif de l'archivage n'est pas atteint et les documents conservés peuvent perdre tout valeur »<sup>29</sup>.

À la lecture de cette description, on constate que l'archivage électronique, tel que perçu d'un point de vue archivistique, ne concerne que la gestion et la conservation de documents ayant une valeur probante (et/ou culturelle, historique). L'objectif de l'archivage est justement de permettre la préservation de la valeur des documents conservés. En réalité, bien que cela ne ressorte pas de la définition juridique du service d'archivage électronique, le nouveau cadre légal ne vise que la conservation de données ou documents ayant une valeur juridique et a comme but la conservation de cette portée juridique. Cela est expliqué dans l'exposé des motifs de la loi du 21 juillet 2016 : sont principalement visés par le service d'archivage électronique les documents « établis à des fins juridiques »<sup>30</sup> ou « présentant une valeur juridique »<sup>31</sup> ; ce cadre juridique « n'est pas particulièrement destiné à s'appliquer aux systèmes informatiques que les organisations utilisent dans un but de fonctionnement optimal de ces dernières, pour stocker des données

de tous types n'ayant pas de valeur juridique particulière »<sup>32</sup>. Ceci paraît d'ailleurs logique puisque l'objectif du cadre légal est d'accorder aux documents conservés de manière électronique (et aux copies numériques) une valeur juridique qui serait équivalente à celle accordée aux documents “papier”. Il ne peut donc viser que des documents qui possèdent une valeur juridique spécifique (par exemple, un original)<sup>33</sup>.

Ensuite, pour que le document archivé de manière électronique conserve sa valeur, il ressort de la description archivistique que les fonctions de ce document doivent être garanties (l'authenticité, l'intégrité et la lisibilité). Bien que ces fonctions ne soient pas citées dans la définition légale du service d'archivage électronique, elles sont reprises à l'article XII.25, § 5, alinéa 2, du C.D.E et aux points c) et d) de l'annexe 1 du livre XII de ce Code. Un auteur a d'ailleurs récemment exprimé son regret face à l'absence de référence aux fonctions que doit remplir le service d'archivage électronique dans sa définition<sup>34</sup>.

Enfin, contrairement à l'article I.18.17° du C.D.E. qui ne contient pas explicitement l'idée de conservation sur une longue période, la vision archivistique envisage l'exploitation et la conservation des informations sur le long terme.

**15. Service d'archivage électronique qualifié** – Le service d'archivage électronique qualifié est défini par l'article I.18., 18°, du C.D.E. comme le « service d'archivage électronique fourni par un prestataire de services de confiance qualifié au sens de l'article 3, paragraphe 20, du règlement 910/2014 se conformant aux dispositions du titre 2 et de l'annexe I du livre XII ou exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale et se conformant aux dispositions du même titre et de la même annexe, à l'exception des e), i), j) et k) ».

Le recours à un service d'archivage électronique qualifié implique de respecter une série d'exigences légales (se trouvant dans le Règlement eIDAS, dans le titre 2 du livre XII du C.D.E. et dans l'annexe 1 de ce même livre). Nous notons également que le producteur d'archives qui procède à la conservation en interne bénéficie d'un régime légèrement moins contraignant suite aux dispenses accordées.

27. J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Larcier, Bruxelles, 2017, p. 121.

28. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, p. 201. H. JACQUEMIN met en avant le fait que la numérisation du document papier est la conversion de ce document en données électronique ce qui constitue une opération préalable « à leur conservation ultérieure au format électronique (mais qui se distingue de la conservation en tant que telle) ».

29. M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, pp. 307 et 308.

30. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, p. 8.

31. *Ibid.*, p. 10.

32. *Ibid.*

33. Pour plus de clarté, le législateur belge aurait pu, à l'instar du législateur luxembourgeois (voir art. 1<sup>er</sup>(2) et 2(b) de la loi du 25 juillet 2015), préciser dans la loi que le service d'archivage électronique visait la conservation de documents ou de données ayant une valeur juridique.

34. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 201.

**16. Consécration du service d'archivage électronique au rang de service de confiance** – Au travers de ces définitions, le législateur belge consacre les services d'archivage électronique simple et qualifié au rang de service de confiance. Ainsi, ces services, et les prestataires qui les fournissent, sont assimilés respectivement aux services de confiance et aux prestataires de service de confiance encadrés par le Règlement. Par conséquent, les règles applicables à tout service de confiance et à tout prestataire de service de confiance en vertu du Règlement doivent également être appliquées au service d'archivage électronique et au prestataire d'un tel service<sup>35</sup>.

## c. Autres textes légaux

**17. Existence de règles spécifiques** – Avant l'adoption de la loi du 21 juillet 2016, il n'y avait pas de cadre légal général applicable en matière d'archivage électronique<sup>36</sup>. La matière de la conservation électronique des documents était régie de manière disparate, par des textes spécifiques s'appliquant à certains secteurs d'activités déterminés ou à certains documents, moyennant le respect de conditions précises. En raison de la volonté de conserver des documents sous forme de copie combinée à celle d'avoir recours à des procédés électroniques, il y a eu une multiplication de textes légaux ou réglementaires spécifiques qui permettaient la conservation sous forme de copie ou de manière électronique ou qui octroyaient aux copies une force probante équivalente à celle des documents originaux<sup>37</sup>. Toutefois, outre le fait que les exigences légales ou réglementaires n'étaient pas cohérentes entre elles, uniquement certaines entités (par exemple du secteur public ou du secteur bancaire et des assurances) ou certains documents en bénéficiaient. Il apparaissait donc nécessaire de prévoir un cadre juridique qui fixerait les principes communs pour la reconnaissance juridique de tous les documents et données conservés sous forme électronique<sup>38</sup>.

**18. Règle applicable aux prestataires d'un service d'archivage électronique** – Outre les règles prévues dans le Règlement eIDAS et le C.D.E., les prestataires proposant des services d'archivage électronique sont soumis à d'autres réglementations telles que, le cas

échéant, celles applicables aux services de la société de l'information, aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs ou encore au droit des contrats<sup>39</sup>.

**19. Loi du janvier 24 janvier 1955 relative aux archives** – L'article XII.24, § 2, alinéa 2, du C.D.E. stipule que les dispositions du titre 2 du livre XII de ce Code ne portent pas préjudice aux dispositions de la loi du 24 janvier 1955 relative aux archives<sup>40</sup>.

## II. Quels documents et données archiver et pendant combien de temps ?

**20. Identification des documents/données à conserver** – Après avoir examiné les textes légaux auxquels il est soumis, le producteur d'archives qui envisage la mise en place d'un projet d'archivage devra identifier les documents ou données qu'il doit ou souhaite archiver et déterminer la période durant laquelle chaque type de documents sera conservé.

Un outil utile pour l'aider dans cette tâche, qui peut être ardue suivant la quantité de documents qu'il est amené à produire et gérer, est le tableau de tri<sup>41</sup>. Alors qu'il existe de nombreux tableaux de tri spécifiques à des institutions et organes du secteur public (et disponibles sur le site des Archives de l'État), un tel tableau officiel n'existe pas pour les documents produits par les organismes du secteur privé et les particuliers, ceux-ci n'étant pas soumis au contrôle des Archives de l'État<sup>42</sup>.

En l'absence de l'existence d'un tel tableau, chaque entreprise doit elle-même identifier les documents et données qu'elle gère et déterminer s'il est opportun de les conserver (en raison d'une obligation légale sous peine de sanction ou d'un choix stratégique) et, si tel est le cas, la durée de cette conservation. Pour aider les entreprises dans ce travail, certains auteurs ont classé les documents gérés par une entreprise et/ou compilé les durées de conservation de documents spécifiques<sup>43</sup>.

35. Ceci est confirmé aux articles XII.27 et XII.28 du C.D.E. Voir *infra* points 44 et 45.

36. Voir *infra* point 2.

37. Moyennant le respect de conditions. Voir *infra* points 21 à 23.

38. Malgré l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016, ces dispositions applicables à des secteurs spécifiques ou à certains documents (et qui permettent la conservation sous forme de copie ou de manière électronique ou qui octroient aux copies une force probante équivalente à celle des documents originaux) restent, selon nous, valables. Voir aussi J. DUMORTIER, « Elektronische archivering. Wet van 21 juli 2016 », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2017, pp. 133 et 173. L'auteur fait notamment référence à l'article II.2 du C.D.E. (qui prévoit que « Sous réserve de (...) législations particulières, le présent Code contient les dispositions générales applicables aux matières économiques qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale ») et soutient que le Code de droit économique constitue une « *lex generalis* ».

39. À ce sujet, voir F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 135 ; *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 1893/001, p. 10.

40. Ce principe trouvera une application à l'article XII.25, § 6, du C.D.E. eu égard à la présomption octroyée à la copie numérique. Voir *infra* point 51.

41. Le tableau de tri est défini comme « une liste systématique des séries d'archives produites par une institution, qui mentionne leur délai de conservation administrative et qui stipule quels documents sont destinés à une conservation permanente et quels sont ceux qui pourront être éliminés après expiration de leur délai de conservation administrative ». Voir [www.arch.be/index.php?l=fr&m=fonctionnaire&r=faq-gestion-des-documents&p=tri-d-archives#4](http://www.arch.be/index.php?l=fr&m=fonctionnaire&r=faq-gestion-des-documents&p=tri-d-archives#4).

42. A.-M. VASTESAEGER, « Les tableaux de tri. Les entreprises privées », *Question d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, p. 216.

43. Ainsi, A.-M. VASTESAEGER propose une classification des documents des entreprises suivant les six catégories suivantes : (i) les documents relatifs à la personnalité juridique de l'entreprise, (ii) les documents comptables et fiscaux, (iii) les documents sociaux, (iv) les documents contractuels et/ou générateurs de droits, (v) les documents internes de fonctionnement de l'entreprise, (vi) les documents relatifs au cœur de métier de l'entreprise. Voir A.-M. VASTESAEGER, « Les tableaux de tri. Les entreprises privées », *op. cit.*, pp. 216 à 227. Voir aussi E. BUYENS, « Conservation des archives : quels délais ? », *Cah. jur.*, 2013/1, pp. 22 à 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 à 209.



En tout état de cause, ce travail permettra également au producteur d'archives de mettre de l'ordre dans ses documents et données, afin d'en améliorer la gestion, l'accès et la conservation.

**21. Détermination de la raison et de la durée de la conservation** – Pour chaque catégorie de documents, le producteur d'archives doit déterminer si la conservation est nécessaire pour des raisons juridiques implicites (conservation à titre de preuve) ou est rendue obligatoire par la loi.

D'une part, de nombreux textes légaux ou réglementaires spécifiques imposent la conservation de documents et définissent la durée de celle-ci<sup>44</sup>. La difficulté réside ici dans la recherche, au sein de notre arsenal juridique, des dispositions pertinentes.

D'autre part, une entreprise peut décider de conserver certains documents (par exemple les documents contractuels et/ou générateurs de droits) pour des raisons stratégiques ou juridiques implicites, afin de s'en servir en tant que preuve de l'existence d'un droit ou de la réalisation d'une obligation légale ou contractuelle dans le cadre d'un litige<sup>45</sup>. Ces documents seront généralement conservés pendant le délai de prescription (sachant que le calcul de la durée de celui-ci peut être complexe)<sup>46</sup>.

**22. Conservation du document original ou d'une copie** – Il est généralement recommandé au producteur d'archives de conserver le document original<sup>47</sup>, plutôt qu'une copie, en raison du fait que les obligations légales de conservation visent, en principe, la conservation de documents originaux<sup>48</sup> et du fait que, sur le plan probatoire, une valeur juridique moindre est accordée aux copies.

En effet, en vertu de l'article 1334, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, une copie pourra toujours être contestée en justice et la production de l'original pourra toujours être exigée.

Des nuances doivent toutefois être apportées à cette subdivision entre l'original et la copie, ainsi qu'à cette recommandation de ne conserver que les documents originaux. Tout d'abord, dans le cadre d'un litige, lorsque les documents sont conservés à des fins de preuve, une copie qui n'est pas contestée par la partie adverse fera pleine preuve de son contenu<sup>49</sup>. Par contre, en cas de contestation de la conformité de la copie à l'original, la production du document original pourra toujours être exigée. Ensuite, certaines dispositions sectorielles spécifiques octroient une valeur juridique plus forte à la copie<sup>50</sup> et d'autres dispositions permettent la conservation du document sous forme de copie, moyennant le respect de conditions précises<sup>51</sup>. Par ailleurs, les articles XII.25, § 6, et 1334, alinéa 2, du Code civil instaurent en faveur de la copie

44. À titre exemplatif, 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) doivent être conservés pendant la vie de la société et cinq ans après la liquidation de celle-ci (art. 195 C. soc.). Les pièces justificatives faisant preuve à l'égard de tiers (en droit comptable) et les livres légaux (livres de comptes) doivent en principe être conservés pendant sept ans (à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit leur clôture pour les livres légaux) (art. III.86 et III.88 C.D.E.). Ensuite, les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables doivent également être conservés pendant sept années (art. 315 C.I.R.). De plus, les documents sociaux (concernant la gestion du personnel) doivent en principe être conservés pendant cinq ans (art. 25 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux). Par ailleurs, les prêteurs doivent conserver les formulaires de demande de crédit ou de demande de renseignements aussi longtemps que le crédit prélevé n'a pas été remboursé (art. VII.69, § 2, al. 1<sup>er</sup>, C.D.E.). Enfin, eu égard à la conservation des documents relatifs au cœur du métier de l'entreprise, nous pouvons citer les obligations de conservation imposées aux sociétés de gestion de droits d'auteur (art. XI.280 C.D.E.).

45. En vertu de l'article 1315 du Code civil, chaque partie est tenue de prouver les faits qu'elle allègue.

46. Conformément à l'article 2262bis du Code civil, le délai de prescription de droit commun pour les actions personnelles est de 10 ans.

47. Le terme « original » peut désigner soit un « écrit signé » soit un « document sur son support d'origine ». Un original peut être papier ou électronique. Dans notre régime juridique, l'écrit signé se voit reconnaître une force probante très importante, la force probante étant « l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge ».

L'original est souvent mis en opposition avec la notion de copie qui est définie comme la « reproduction littérale et non signée d'un original, quel que soit le procédé de reproduction (transcription manuelle, photocopie, microfilm, télécopie, numérisation, etc.) ». En matière du droit de la preuve, les auteurs considèrent qu'une copie a, en principe, une force probante inférieure à celle de l'original voire est dépourvue de toute force probante. Voir M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *The Memory of the World in the Digital Age : Digitization and Preservation – An international conference on permanent access to digital documentary heritage, Conference proceedings, UNESCO, 27 septembre 2012, Vancouver, Canada*, p. 4 ; E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not., t. IX, Bruxelles, Larcier, 2004*, n° 183 ; D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec des éclaircies », *R.G.D.C., 2007*, p. 470 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 219.

48. Certaines obligations de conservation de documents sont assorties de sanctions pénales ou administratives. Voir M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligation et précautions », *op. cit.*, p. 22.

49. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligation et précautions », *op. cit.*, p. 36.

50. Ainsi, dans ces différents textes et par dérogation aux règles du Code civil, la copie se voit reconnaître, jusqu'à preuve du contraire, une force probante équivalente à celle de l'original. Il y a donc un renversement de la charge de la preuve, dans le sens où celui qui conteste la fiabilité de la copie sera tenu d'établir, par tous les moyens, le caractère non fiable de celle-ci. Cela est notamment le cas dans les secteurs du crédit et des établissements financiers (art. 71 de la loi coordonnée du 24 décembre 1996 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé et 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), des assurances (art. 14, al. 3, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances), de la sécurité sociale (arrêté royal du 22 mars 1993 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale, des informations enregistrées, conservées ou reproduites par des institutions de sécurité sociale), de la sécurité sociale et du droit du travail (arrêté royal du 15 mars 1999 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale et de droit du travail, des informations échangées, communiquées, enregistrées, conservées ou reproduites par les services ministériels et les parastataux du ministère de l'Emploi et du Travail) ou encore dans le secteur de l'administration de pensions (arrêté royal du 9 janvier 2000 relatif à la force probante des informations utilisées par l'Administration des Pensions pour l'application de la législation dont elle est chargée) et des soins de santé (arrêté royal du 10 mai 2015 relatif à la force probante des données enregistrées, traitées, communiquées au moyen de techniques photographiques et optiques par les hôpitaux, ainsi qu'à leur reproduction sur papier ou sur tout autre support lisible pour l'application dans les soins de santé).

Notons également l'existence d'une disposition spécifique pour les données électroniques gérées et, le cas échéant reproduites sur papier, dans le cadre de la plateforme eHealth (art. 36/1 de la loi du 21 août 2008 relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme eHealth et portant diverses dispositions).

51. Par exemple, la conservation des pièces justificatives est autorisée en original ou en copie, sachant que dans la situation visée par cet article, qui est hors du domaine de la preuve, le terme original ne vise pas nécessairement un écrit signé (art. III.86 C.D.E.) et la conservation par l'employeur des documents sociaux est autorisée sous toute forme de reproduction à certaines conditions (art. 24 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux).



numérique une présomption de copie fidèle et durable (et d'équivalence à l'original en ce qui concerne les actes sous seing privé) moyennant le respect de conditions légales. Le législateur a ainsi accordé à tous les acteurs (dont les entreprises et les particuliers) la possibilité de conserver des copies (numériques) en lieu et place des documents originaux, si certaines conditions sont respectées. Cette possibilité n'est plus limitée aux entités qui bénéficient d'une réglementation spécifique particulière. Enfin, si un document était conservé à des fins probatoires, le juge pourra reconnaître à la copie une certaine valeur probante (qui peut être définie comme le caractère convaincant du document aux yeux du juge) dans les limites où la loi permet d'apporter la preuve par tout moyen de droit<sup>52</sup>. Dans ce cas, le juge jouit donc d'un pouvoir d'appréciation important sur le caractère convaincant des éléments de preuve qu'on lui soumet.

### III. Archiver sur support électronique ?

**23. Avantages et inconvénients de la conservation électronique** – Après avoir identifié les documents qui feront l'objet de l'archivage, le producteur d'archives devra décider s'il souhaite les conserver sur support papier ou électronique. Les procédés électroniques de conservation des documents présentent de nombreux avantages : diminution de l'espace de stockage nécessaire, facilité de classement, de gestion et d'accès à l'information, absence des risques de dégradations liés au support papier. Les désavantages de l'archivage électronique sont, quant à eux, liés à la rapide évolution des technologies, couplée au problème de l'obsolescence de celles-ci. En outre, s'il est question de conserver électroniquement des documents originellement papier (conservation d'une copie numérique suite à la numérisation des originaux papier), une telle copie a, en principe, une valeur juridique moindre, au titre du droit de la preuve. Cependant, outre les nuances examinées ci-dessus<sup>53</sup>, certaines législations octroient la possibilité de conserver de manière électronique certains documents spécifiques, moyennant le respect de conditions<sup>54</sup>.

**24. La liberté de choix du support** – L'article XII.25, § 1<sup>er</sup>, du C.D.E. consacre le principe de la liberté de choix du support, en vertu duquel « à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique ». Cet article étant supplétif, les parties peuvent y déroger et prévoir, dans leur relation contractuelle, le recours exclusif au support électronique<sup>55</sup>.

**25. Le principe de non-discrimination** – La loi consacre le principe de non-discrimination en faveur de l'archivage électronique. Ce principe recouvre deux aspects<sup>56</sup>. D'une part, l'effet juridique et la recevabilité en justice d'un système d'archivage électronique ne peuvent pas être refusés du seul fait qu'il s'agit d'un service électronique. Le principe s'applique ici en faveur de l'électronique par rapport au papier. D'autre part, le principe s'applique aussi en faveur du service d'archivage électronique simple ; il ne peut pas être rejeté au seul motif qu'il ne soit pas qualifié.

En vertu de ce principe, un service d'archivage électronique simple n'est dès lors pas privé de toute reconnaissance juridique.

Le principe de non-discrimination devrait principalement jouer au niveau de la recevabilité des preuves : que le document soit électronique ou papier, obtenu et conservé selon un procédé qualifié ou simple, le juge sera obligé de l'examiner, le document étant admissible en justice. Par la suite, le juge pourra néanmoins considérer que le document conservé par le biais d'un service d'archivage électronique (simple) ne le convainc pas et ne permet pas de considérer l'objet de la preuve comme établi (absence de valeur probante).

### IV. Avoir recours à un service d'archivage électronique simple ou qualifié ?

**26. Choix entre un service simple ou qualifié** – S'il opte pour la conservation de ses documents et données de manière électronique, le producteur d'archives devra faire un choix entre avoir recours à un service d'archivage électronique simple ou qualifié.

52. La copie pourra se voir reconnaître une valeur probante en tant que commencement de preuve par écrit, si elle remplit les conditions de celui-ci (existence d'un écrit, qui émane de celui à qui on oppose le document et qui rend vraisemblable le fait allégué). Ce commencement de preuve par écrit devra être complété par des témoignages ou des présomptions. Si les conditions susmentionnées ne sont pas rencontrées, la copie pourra toujours valoir en tant que présomption simple (mais sa valeur probante sera assez faible). Ce mode de preuve n'est toutefois recevable que dans certains cas limités où la loi permet d'apporter la preuve par tous moyens. Voir J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 123 ; A. PHILLIPART DE FOY et B. VANBRABANT, « Le statut juridique de l'archivage électronique. Questions choisies. », *Cahiers de la documentation/Bladenvoordocumentatie*, 2015/4, p. 25.

53. Voir *supra* point 22.

54. Ainsi, en matière fiscale, les données enregistrées sur des supports informatiques doivent être communiquées sous une forme lisible et intelligible (art. 315bis C.I.R.) ; la comptabilité peut être tenue au moyen de systèmes informatisés à certaines conditions (art. 5 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises) ; les factures (en format papier et électronique) doivent être conservées de manière à assurer l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et leur lisibilité (art. 60, § 5, C.T.V.A.).

55. Cette disposition ne vise que les actes juridiques, à savoir les « actes réalisés volontairement pour produire des effets de droit, ce qui n'inclut pas tous les échanges électroniques ». Voir D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », octobre 2016, publié sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org), p. 12.

56. Le Règlement applique le principe de non-discrimination à la signature électronique, au cachet électronique, à l'horodatage électronique ainsi qu'au service d'envoi recommandé électronique. Ce principe a également été intégré dans la législation luxembourgeoise, par les articles 11 (2) et 12 de la loi du 25 juillet 2015, modifiant respectivement les articles 1333 et 1334 du Code civil et 16 du Code de commerce.

À la lecture des définitions de ces services, nous constatons que la différence entre les deux types d'archivage se situe au niveau des exigences légales auxquelles doit se conformer celui qui fournit le service d'archivage électronique qualifié (soit le prestataire de service de confiance qualifié, lorsque l'archivage est confié à un tiers) ou celui qui exploite en interne un tel service (lorsque l'archivage est réalisé par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale pour son propre compte).

Le respect de ces exigences relatives au service d'archivage électronique qualifié a comme contrepartie l'octroi d'effets légaux complémentaires à ce service et aux documents conservés par le biais de celui-ci.

**27. Critères de décision** – Le choix entre le recours à un service d'archivage électronique qualifié ou simple pour la conservation des documents et données s'appréciera en partie en vertu des risques juridiques que le producteur d'archives est disposé à prendre (par rapport aux potentielles contestations du service et/ou du document ou des données conservés). Ainsi, le producteur d'archives devra déterminer le niveau de sécurité et de fiabilité qu'il souhaite octroyer aux documents ou données à archiver, le service qualifié bénéficiant de présomptions ce qui entraîne plus de sécurité juridique<sup>57</sup>. De plus, ce choix sera également dicté par des considérations financières, le service qualifié étant, *a priori*, plus onéreux que le simple en raison des exigences plus lourdes à respecter.

Par ailleurs, si le producteur d'archives décide de faire appel à un tiers prestataire de confiance pour l'archivage de ses documents, le choix entre le service qualifié ou simple peut également être guidé par des questions de responsabilité. Cette question est réglée à l'article XII.29 du C.D.E., qui renvoie et complète l'article 13 du Règlement. Conformément à cette disposition, la personne qui a subi un dommage en raison d'un manquement commis par un prestataire de service de confiance *simple* aux obligations mises à sa charge par le Règlement et le titre 2 et l'annexe du livre XII du C.D.E. devra prouver que celui-ci a agi intentionnellement ou par négligence. La charge de la preuve repose donc sur l'utilisateur du service<sup>58</sup>. Au contraire, le prestataire de service de confiance *qualifié* sera « *présupposé responsable* [des dommages

causés], à moins qu'il prouve que les dommages résultants d'un manquement à ses obligations prévues par le règlement [et le titre 2 et l'annexe du livre XII du C.D.E.] ont été causés sans intention ni négligence de sa part ». La charge de la preuve pèse donc sur le prestataire qualifié<sup>59</sup>. Toutefois, le prestataire de service de confiance simple ou qualifié peut prévoir contractuellement un aménagement de sa responsabilité dans sa relation avec l'utilisateur.

Enfin, le producteur d'archives peut également décider d'archiver de manière qualifiée certains types de documents ou données et être d'avis qu'un archivage simple sera suffisant pour d'autres.

#### a. Service d'archivage électronique simple

**28. Effets juridiques** – Le producteur d'archives peut estimer, au regard des documents et données qu'il souhaite conserver, qu'il est adéquat d'avoir recours à un service d'archivage électronique simple. Ce service n'est pas privé de toute reconnaissance juridique puisque, tout comme le service qualifié, il bénéficie du principe de non-discrimination<sup>60</sup>.

**29. Charge de la preuve** – Néanmoins, au contraire du producteur d'archives qui opte pour le service d'archivage électronique qualifié, celui qui a recours à un service simple ne bénéficie pas des présomptions légales. Dès lors, en cas de contestation (par exemple, de la conformité d'un document produit en justice), il faudra convaincre le juge que le document déposé présente les qualités requises pour satisfaire à une obligation légale de conservation ou qu'il doit recevoir une valeur probante<sup>61</sup>.

Plus concrètement, il faudra démontrer que le service d'archivage électronique simple utilisé garantit un niveau de conservation des documents et données fiable, sécurisé et de qualité en ce que les fonctions attendues du service (maintien de l'intégrité, de la lisibilité et de l'authenticité) ont été respectées. Il est, par conséquent, conseillé au prestataire d'archivage électronique simple ou au producteur d'archives archivant en interne de documenter de manière rigoureuse les processus de numérisation et de conservation mis en place afin de démontrer que le service utilisé remplit ces fonctions et doit se voir reconnaître par le juge une certaine valeur probante<sup>62</sup>.

57. Ainsi, il est par exemple conseillé au producteur d'archives d'avoir recours au service d'archivage électronique qualifié dans les domaines dans lesquels « un niveau de sécurité élevé est requis tant les risques d'attaques ou de fraudes sont importants et/ou pour des opérations juridiques pour lesquelles on ne peut se permettre de prendre le risque d'une contestation tant les enjeux (financiers ou autres) sont considérables ». Voir D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », *op. cit.*, p. 25.

58. Le but de cette disposition « était de ne pas faire peser une responsabilité trop lourde sur ces prestataires, afin de ne pas freiner leur implantation ». Voir D. GOBERT, « Le règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : un grand pas en avant vers l'harmonisation, la sécurisation et la facilitation des échanges électroniques », *Let's go digital – Le juriste face au numérique/De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 34.

59. *Ibid.*

60. Voir *supra* point 25.

61. Voir not. *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1893/001, pp. 18 et 19.

62. D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, pp. 38 et 39.

## b. Service d'archivage électronique qualifié

**30. Effets juridiques** – Le producteur d'archives peut également avoir recours, en interne ou par le biais d'un prestataire de service, à un service d'archivage électronique qualifié. Outre le principe de non-discrimination, ce service bénéficie d'effets juridiques sous la forme de présomptions légales, ce qui permet d'assurer une sécurité et une prévisibilité juridique dans le cadre de la numérisation et de la conservation des documents et données. Ces présomptions, qui ont comme corollaire le respect d'exigences contraignantes<sup>63</sup>, sont au nombre de trois.

**31. Présomption de l'intégrité au contenu** – Le service d'archivage électronique qualifié bénéficie de la présomption d'intégrité du contenu. En vertu de l'article XII.25, § 5, alinéa 2, du C.D.E., les données électroniques qui sont conservées par le biais d'un service d'archivage électronique qualifié sont, en principe, présumées l'avoir été de manière à les préserver de toute modification.

L'article contient une réserve puisque les modifications au niveau du support ou du format électronique sont autorisées. Cette précision prend en compte la spécificité du concept d'intégrité dans le monde numérique, qui « *n'implique pas que le document soit exactement le même qu'au moment où il a été créé [et qu'il peut être admis que des modifications de format ou de support aient été réalisées]* »<sup>64</sup> durant la conservation à long terme des données. En effet, de telles modifications peuvent être nécessaires au bon déroulement du processus d'archivage électronique ou au maintien de la lisibilité des données<sup>65</sup>.

Cette présomption est réfragable, ce qui permet à celui qui conteste des données conservées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié et produites en justice de démontrer que leur intégrité n'a pas été préservée. Il y a donc un renversement de la charge de la preuve, en ce sens que ce n'est pas celui qui produit les données qui est tenu de prouver qu'elles n'ont pas subi de modification au cours du processus de conservation.

**32. Présomption de respect de l'obligation de conservation** – La seconde présomption, consacrée à l'article XII.25, § 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.D.E., concerne la conformité du service d'archivage électronique qualifié à l'obligation de conservation qui repose sur le producteur d'archives. Cela signifie qu'en principe,

un producteur d'archives soumis à une obligation *expresse ou tacite* de conservation par un texte légal ou réglementaire est considéré avoir rempli cette obligation lorsqu'il a recours à un service d'archivage électronique qualifié.

Cette présomption étant une présomption irréfragable, il ne sera pas possible d'en apporter la preuve contraire dans le cadre d'une contestation<sup>66</sup>.

**33. Présomption de copie fidèle et durable** – La troisième présomption contenue dans le C.D.E., à l'article XII.25, § 6, est liée à l'utilisation d'un service d'archivage électronique qualifié pour obtenir une copie numérique. Nous renvoyons au point VI de la présente contribution pour l'analyse de cette présomption, qui doit être lue en combinaison avec la présomption prévue à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil.

**34. Réserves** – Le législateur s'est montré prudent dans la formulation de ces présomptions en ce qu'il les a accompagnées d'une réserve (« *Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières* »). À l'heure actuelle, l'identification des hypothèses visées par ces réserves nous paraît encore incertaine.

## c. Exception à cette liberté de choix eu égard au type de service

**35. Principe : liberté de choix** – En principe, le C.D.E. laisse au producteur d'archives le choix du type de service d'archivage électronique – simple ou qualifié – auquel il souhaite avoir recours<sup>67</sup>.

**36. Exception : obligation d'avoir recours à un service qualifié en cas d'obligation légale ou réglementée imposée de manière expresse** – Toutefois, l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du C.D.E. restreint cette liberté de choix en imposant au producteur d'archives, s'il opte pour une conservation électronique, d'avoir recours à un service d'archivage électronique qualifié lorsque l'obligation de conservation de documents est imposée de manière expresse par un texte légal ou réglementaire.

Cette disposition a fait l'objet de nombreux commentaires auxquels nous vous renvoyons<sup>68</sup>. Dans le cadre de cette contribution, nous nous contenterons de souligner qu'elle implique que chaque producteur d'archives doit déterminer quels sont les textes

63. Voir *infra* points 43 à 45 et 47 à 48.

64. O. VANRECK, *op. cit.*, p. 229.

65. *Ibid.*, p. 246.

66. H. JACQUEMIN critique la difficile articulation qui doit être faite entre la présomption réfragable d'intégrité et la présomption irréfragable du respect de l'obligation de conservation, estimant notamment que ces deux présomptions aboutissent à un régime contradictoire. Voir H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, p. 207.

67. Voir *supra* point 26.

68. Voir D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », *op. cit.*, pp. 26 à 28 ; H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, pp. 114 à 116 ; O. VANRECK, *op. cit.*, pp. 246 à 248 ; J. DUMORTIER, *op. cit.*, pp. 173 à 176.

légaux ou réglementaires qui lui imposent *expressément* la conservation de documents ou de données (à condition qu'il souhaite archiver électroniquement)<sup>69</sup>.

**37. Réserve** – S'il s'agit déjà d'un travail d'analyse fastidieux (nécessitant une classification de tous les documents créés et gérés et un examen juridique approfondi), l'identification des textes soumis à l'obligation de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du C.D.E sera complexifié en raison de la réserve que contient la disposition (« *Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières* »).

Par cette réserve, le législateur vise les dispositions applicables à des secteurs ou documents spécifiques<sup>70</sup>. En effet, en application du principe général de droit « *lex specialis derogat legi generali* », l'obligation de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du C.D.E ne s'applique pas si une disposition légale ou réglementaire spécifique prévoit « *une autre solution* »<sup>71</sup>.

Par conséquent, comme l'exprime D. GOBERT, « *des dispositions spécifiques, dans certains secteurs, peuvent donc permettre le recours à des services de confiance non qualifiés [ou simple] au sens du règlement 910/2014 et de la loi* »<sup>72</sup>.

**38. Conséquences de l'obligation** – S'il tombe sous l'application de cette disposition, le producteur d'archives sera obligé de respecter les exigences liées au service d'archivage électronique qualifié. Les travaux préparatoires justifient ce fait par le principe de sécurité juridique, qui « *profite tant à l'ensemble du système qu'aux parties, et en particulier à la partie faible (par exemple un consommateur, un travailleur, etc.). Grâce aux présomptions dont il bénéficie, seul le service d'archivage électronique qualifié permet de répondre de manière raisonnable et préalable (c'est-à-dire sans devoir recourir au juge) à cet objectif de sécurité juridique* »<sup>73</sup>.

**39. Entrée en vigueur reportée** – Par exception à la date d'entrée en vigueur de la majorité des dispositions de la loi du 21 juillet 2016, fixée au 28 septembre 2016, le législateur belge a décidé de reporter

l'entrée en vigueur de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du C.D.E. « *à une date ultérieure* »<sup>74</sup>.

On peut imaginer le soulagement – peut-être de courte durée – des producteurs d'archives si cet alinéa n'entre pas en vigueur, à l'instar des arrêtés royaux qui auraient dû préciser les obligations de la loi du 15 mai 2007<sup>75</sup>.

## V. À qui confier la tâche de la conservation électronique ?

**40. Archiver en interne ou externaliser** – Après avoir déterminé le degré de sécurité juridique qu'il souhaite atteindre pour la conservation de ses documents et données (et partant le type de service d'archivage électronique auquel il aura recours), le producteur d'archives se trouvera face à un nouveau choix, se situant au niveau de la personne à qui il confiera la charge de la conservation.

Il dispose du choix d'archiver ces documents en interne, pour son propre compte, ou de faire appel à une personne tierce, un prestataire de service de confiance qui procédera à l'archivage pour lui.

**41. Critères de décision** – Le choix entre archiver en interne ou faire appel à un tiers peut se faire en se basant sur plusieurs critères.

L'avantage d'archiver en interne est de garder le contrôle sur tout le processus de gestion et de conservation de ses documents et données, ce qui pourrait impliquer une meilleure maîtrise des coûts et éviter tout problème éventuel lié à la restitution des données<sup>76</sup>. Par contre, faire appel à un tiers externe permet de se décharger de l'activité de conservation des documents, qui est généralement une activité inhérente mais accessoire à l'activité principale du producteur d'archives et pour laquelle ce dernier n'a pas nécessairement de compétence<sup>77</sup>. De plus, puisque le prestataire de service aura la possibilité de mutualiser les coûts, ceux-ci peuvent être plus bas que lors de l'archivage en interne. En outre, le prestataire devrait être plus informé des évolutions technologiques, ce

69. Toutefois, nous pensons que ce travail d'analyse devrait de toute façon être réalisé par le producteur d'archives au stade de l'identification des documents à conserver, voir *supra* point 20. Sur la notion de conservation imposée « de manière expresse », voir J. DUMORTIER, *op. cit.*, p. 175.

70. Voir par exemple *supra* points 22 et 23 et les notes de bas de page 50 et 54.

71. Voir D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », *op. cit.*, p. 27. Voir aussi J. DUMORTIER, *op. cit.*, pp. 133, 175 et 176.

72. D. GOBERT, « La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et le complétant avec des règles sur l'archivage électronique : analyse approfondie », *op. cit.*, pp. 27 et 28, et les nombreuses dispositions citées par l'auteur.

73. *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1893/001, pp. 19 et 20.

74. L'entrée en vigueur des articles XII.25, § 7, alinéa 2 et XII.25, § 8, alinéa 2, du C.D.E. (qui introduisent une disposition similaire à l'article XII.25, § 5, alinéa 3, pour les services de recommandé électronique et d'horodatage électronique) est également reportée. Les raisons de ce report sont les suivantes : « *le caractère opérationnel de (ces dispositions) dépendra notamment de l'adoption de certains actes d'exécution prévus par le règlement 910/2014, de l'existence de normes nationales, européennes et/ou internationales pour certains services de confiance (...) ainsi que de l'existence sur le marché belge et/ou européen d'une offre acceptable et opérationnelle de ces services de confiance qualifiés ainsi que d'une concurrence suffisante permettant de garantir un prix raisonnable* ». Voir *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1893/001, p. 32.

75. Voir *supra* point 2.

76. Même si des règles à cet égard sont applicables au prestataire de service de confiance qualifié. Voir art. XII.38 du C.D.E.

77. F. COPPENS et M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 133.



qui permet d'éviter les problèmes liés à l'obsolescence des technologies<sup>78</sup>.

Par ailleurs, le producteur d'archives qui procède à l'archivage en interne supportera tout dommage potentiel suite à l'exploitation du service, tandis que le recours à un prestataire externe permet, dans certains cas, de faire reposer sur le prestataire la responsabilité des dommages causés de manière intentionnelle ou par négligence en raison des manquements aux dispositions du Règlement et du titre 2 et de l'annexe 1 du livre XII du C.D.E.<sup>79</sup>.

Selon nous, le producteur d'archives devra principalement examiner s'il dispose, au sein de son organisation, de personnes disposant des compétences techniques indispensables pour mettre en place un service d'archivage électronique. Si tel est le cas, la personne ou le service en charge de la mise en œuvre de ce système d'archivage doivent s'assurer, en cas de recours à un service d'archivage électronique qualifié, du respect des exigences prévues par la loi ou, en cas de recours à un service simple, que le système mis en place soit fiable, sécurisé et de qualité (c'est-à-dire qu'il soit possible de démontrer qu'il y a eu maintien de l'intégrité, de la lisibilité et de l'authenticité) afin que les documents et données puissent faire preuve.

L'alternative entre conserver ou confier à un tiers la charge de l'archivage doit donc se baser sur les circonstances précises de l'espèce et pourrait également être influencée par la volonté (ou l'obligation en cas d'entrée en vigueur de l'article XII.25, § 5, alinéa 3 du C.D.E.) d'avoir recours à un service d'archivage qualifié (les exigences étant dans ce cas plus contraignantes).

## a. Recours à un prestataire de service de confiance

**42. Définition du prestataire de service de confiance** – Selon le Règlement, un prestataire de service de confiance est « *une personne physique ou morale qui fournit un ou plusieurs services de confiance, en tant que prestataire de services de confiance qualifié ou non qualifié* »<sup>80</sup>. Ainsi, le prestataire dispose du choix de proposer sur le marché un service

d'archivage électronique simple ou qualifié et de fournir uniquement ce service ou également d'autres services de confiance.

Le prestataire de service d'archivage électronique a l'obligation de se conformer aux exigences mises à sa charge par le Règlement et par le C.D.E. dans le cadre de l'offre de ce service<sup>81</sup>. Certaines obligations, liées à la qualité de prestataire de service de confiance, sont applicables peu importe le service fourni. D'autres exigences divergent si le service proposé est un service simple ou qualifié.

**43. Exigences à respecter en cas de fourniture d'un service d'archivage électronique simple et qualifié** – Certaines exigences, inscrites dans le Règlement eIDAS, sont applicables à tout prestataire de service de confiance, quelle que soit la qualité du service proposé.

Ainsi, un prestataire de service d'archivage électronique (simple ou qualifié) est ainsi tenu de (i) respecter la directive 95/46/CE en cas de traitement des données à caractère personnel<sup>82</sup>, (ii) rendre, dans la mesure du possible, le service accessible aux personnes handicapées<sup>83</sup>, (iii) prendre des mesures techniques et organisationnelles adéquates pour gérer les risques liés à la sécurité des services et notifier, dans un délai de 24 heures maximum, toute atteinte à la sécurité<sup>84</sup> et (iv) se soumettre au contrôle de l'organe de contrôle et à ses sanctions<sup>85</sup> (sachant que le rôle de l'organe de contrôle diffère si le prestataire offre un service simple ou qualifié).

**44. Exigences à respecter en cas de fourniture d'un service d'archivage électronique simple** – L'article XII.27 du C.D.E. prévoit qu'un prestataire de service d'archivage (simple) doit satisfaire aux dispositions du Règlement applicables à tout prestataire de service de confiance non qualifié.

Concrètement, il s'agit des exigences imposées à tous les prestataires de services de confiance (simples et qualifiés<sup>86</sup>). Eu égard au contrôle exercé par l'organe de contrôle, celui-ci n'exercera qu'un contrôle *a posteriori*<sup>87</sup>.

78. O. VANRECK, *op. cit.*, p. 231.

79. Voir *supra* point 27.

80. Art. 3.19 du Règlement.

81. En droit luxembourgeois, la loi du 25 juillet 2015 contient également une série d'obligations devant être respectées par le prestataire de services de dématérialisation ou de conservation (art. 4 et s.). Certaines obligations sont similaires à celles applicables au prestataire de service de confiance qualifié établi en Belgique (par exemple, l'obligation d'être certifié auprès d'une autorité nationale, de respecter les sanctions imposées par cette autorité, des obligations d'information précontractuelle, ou en cas de cessation des activités ou encore l'interdiction de se faire passer pour un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation si l'on ne se trouve pas sur la liste reprenant ces prestataires).

82. Art. 5 du Règlement. Il convient d'être attentif aux modifications du cadre légal applicable en matière de protection des données à caractère personnel (application du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018).

83. Art. 15 du Règlement.

84. Art. 19 du Règlement.

85. Art. XV.26 du C.D.E.

86. Voir *supra* point 43.

87. Art. 17, 3, b), du Règlement. On vise ici l'hypothèse dans laquelle l'organe de contrôle serait informé qu'un prestataire de service de confiance simple ne respecte pas les exigences du Règlement.

Enfin, un prestataire de service d'archivage électronique simple ne peut pas laisser entendre qu'il offre un service de confiance qualifié s'il ne respecte pas les obligations relatives à ce service, sous peine de sanctions pénales extrêmement lourdes<sup>88</sup>.

**45. Exigences à respecter en cas de fourniture d'un service d'archivage électronique qualifié** – L'article XII.28 du C.D.E. contient les obligations que le prestataire de service de confiance qualifié qui fournit un service d'archivage électronique qualifié doit respecter.

Celui-ci doit respecter non seulement les dispositions du Règlement eIDAS applicables à tout prestataire de service de confiance qualifié mais également les exigences inscrites au titre 2 et à l'annexe I du livre XII du C.D.E.

Plus précisément, un prestataire d'archivage électronique qualifié doit :

- se soumettre au contrôle *a priori* et *a posteriori* de l'organe de contrôle.

Ce contrôle est *a priori* puisque le prestataire doit se soumettre à une procédure préalablement au lancement du service<sup>89</sup>. Concrètement, il doit notifier à l'organe de contrôle son intention de fournir un service et lui communiquer un rapport d'évaluation de la conformité (délivré par un organisme d'évaluation de la conformité<sup>90</sup>). L'organe de contrôle examinera si le prestataire et le service sont conformes aux exigences prévues dans le Règlement et dans le Code de droit économique<sup>91</sup>. Si tel est le cas, l'organe de contrôle octroie le statut de service « qualifié » au prestataire et en informe l'organe chargé de la tenue et de la mise à jour des listes de confiance<sup>92</sup>. Un prestataire ne peut pas commencer à fournir des services qualifiés tant qu'il n'est pas inscrit sur la liste de confiance en tant que prestataire qualifié<sup>93</sup>.

Ce contrôle est également exercé *a posteriori*, ce qui implique que le prestataire doit (i) faire l'objet d'un

audit (à ses propres frais) tous les 24 mois par un organisme d'évaluation de la conformité et transmettre le rapport d'évaluation à l'organe de contrôle, (ii) se soumettre à des évaluations de conformité extraordinaires sur demande de l'organe de contrôle et (iii) corriger les manquements conformément à ce qui est prescrit par l'organe de contrôle<sup>94</sup> ;

- respecter les obligations liées à la fourniture des services de confiance qualifiés en tant que telle, qui sont prévues à l'article 24.2. du Règlement<sup>95</sup>. À titre exemplatif, citons des obligations d'information (à l'encontre de l'organe de contrôle et à l'encontre des potentiels utilisateurs), l'obligation d'employer du personnel compétent ou encore d'utiliser des systèmes fiables ;
- respecter des obligations en cas d'arrêt des activités du prestataire<sup>96</sup> ;
- respecter des obligations applicables en cas de fin de contrat entre le prestataire et l'utilisateur du service<sup>97</sup> ;
- respecter les obligations de l'annexe 1 du livre XII du C.D.E. Cette annexe comprend notamment des obligations en matière de signature électronique, de protection des données à caractère personnel, de maintien de la lisibilité, de l'intégrité et de l'authenticité des données, de restitution des données, de destruction des données, d'horodatage électronique, d'information précontractuelle à fournir aux destinataires du service, d'impartialité ou encore de moyens financiers suffisants. Cette annexe contient également les exigences à respecter en cas de numérisation d'un document papier<sup>98</sup>.

## b. Archiver pour son propre compte

**46. Particularité du service d'archivage électronique** – Un choix supplémentaire est offert aux organismes du secteur public et aux personnes physiques

88. Art. XII.25, § 9, C.D.E. Voir *infra* point 54. Voir aussi art. 10 de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015.

89. Art. 21 du Règlement. Voir aussi art. 4(1) de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015.

90. La notion d'« organisme d'évaluation de la conformité » est définie à l'article 3.18 du Règlement. Il s'agit d'« un organisme défini à l'article 2, point 13), du règlement (CE) no 765/2008, qui est accrédité conformément audit règlement comme étant compétent pour effectuer l'évaluation de la conformité d'un prestataire de services de confiance qualifié et des services de confiance qualifiés qu'il fournit ».

91. L'article 21 du Règlement - logiquement puisqu'il s'agit d'une disposition issue d'un texte européen antérieur - ne fait pas référence aux exigences prévues par le C.D.E. Toutefois, l'article XV.26 du C.D.E. stipule que l'organe de contrôle appréciera également le respect, par le prestataire, des exigences prévues dans ce Code.

92. Voir aussi art. 4(3) de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015.

93. Art. 22 du Règlement. L'article XV.123 du C.D.E. sanctionne pénalement le fait d'usurper la qualité de prestataire de services de confiance qualifié sans être inscrit sur la liste de confiance. Voir *infra* point 54.

94. Art. 17.3, a., du Règlement et respectivement art. 20.1, 20.2 (art. 4(2), al. 2) et 20.3 du Règlement. Voir aussi art. 4(4) de la loi luxembourgeoise qui prévoit que le prestataire doit établir annuellement qu'il remplit toujours les conditions.

95. La loi luxembourgeoise contient, en ses articles 6 à 9, les obligations générales devant être remplies par les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation (obligation d'information préalable, obligation au secret professionnel, propriété, sûreté et garanties sur les matériels et supports de conservation électroniques, obligations en cas de transfert et cessation des activités).

96. Art. XII.36 et XII.37 C.D.E. Le fait que cette obligation ne repose pas sur le prestataire fournissant un service d'archivage électronique simple peut constituer un déficit de protection des utilisateurs. Voir aussi art. 9 de la loi luxembourgeoise.

97. Art. XII.38 C.D.E. Ici également, nous déplorons que ces garanties en faveur de l'utilisateur n'existent pas en cas de recours à un service d'archivage électronique simple. Voir aussi art. 9 de la loi luxembourgeoise.

98. Voir *infra* point 51.

et morales qui souhaitent conserver leurs documents et données électroniquement, puisqu'ils peuvent exploiter en interne, pour leur propre compte, un service d'archivage électronique (simple ou qualifié)<sup>99</sup>. Cette possibilité est une particularité du régime belge consacré au service d'archivage électronique puisque les autres services de confiance n'en bénéficient pas.

**47. Exigences à respecter en cas d'exploitation d'un service d'archivage électronique simple** – Si le producteur d'archives souhaite exploiter un service d'archivage électronique simple, il ne doit pas, selon nous, respecter les exigences que le prestataire de service de confiance fournissant un service simple est obligé de respecter.

Cela ressort d'une analyse comparative des articles XII.27 et XII.28 du C.D.E. En effet, alors que l'article XII.27, consacré au service simple, ne vise que le « prestataire de service d'archivage électronique », l'article XII.28, concernant le service qualifié, englobe le « prestataire de service d'archivage électronique et un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique ».

Par conséquent, nous estimons que le producteur d'archives qui conserve ses documents et données pour son propre compte par le biais d'un service d'archivage électronique simple n'est soumis à aucune exigence spécifique qui serait prévue dans le Règlement ou dans le C.D.E.

**48. Exigences à respecter en cas d'exploitation d'un service d'archivage électronique qualifié** – Si le producteur d'archives opte pour un service d'archivage électronique qualifié, qu'il exploite en interne, il est tenu de respecter les mêmes exigences que celles mises à charge du prestataire de service de confiance qualifié, à l'exception d'une série de dispenses<sup>100</sup>.

Ainsi, l'article XII.28, § 2, du C.D.E. prévoit que l'organisme du secteur public ou la personne physique ou morale qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié est dispensé du respect des obligations suivantes :

- les obligations liées à la procédure de lancement d'un service de confiance qualifié<sup>101</sup> ;

- l'obligation de procéder à un audit tous les 24 mois<sup>102</sup> ;

- certaines obligations spécifiques à la fourniture du service en tant que tel et plus précisément les obligations (i) d'informer l'organe de contrôle des modifications dans la fourniture des services ou de son intention de cesser ses activités, (ii) d'informer le potentiel cocontractant des conditions d'utilisation du service et (iii) d'établir un plan actualisé d'arrêt d'activité<sup>103</sup> ;

- certaines exigences prévues dans l'annexe 1 du livre XII du C.D.E., à savoir les obligations (i) de répondre dans un délai raisonnable à la demande de restitution des données d'un destinataire de son service, (ii) de fournir aux destinataires de son service un accès facile et direct à des informations spécifiées, (iii) de faire preuve d'impartialité vis-à-vis des destinataires de son service et (iv) de disposer des moyens financiers suffisants<sup>104</sup>.

Il nous semble logique que le producteur d'archives archivant en interne soit dispensé de ces obligations, qui sont liées à la qualité de prestataire de service de confiance et/ou spécifiques à une relation entre deux cocontractants (le prestataire et l'utilisateur).

En contrepartie de cet allègement par le biais de dispenses, le producteur d'archives est tenu de communiquer à l'organe de contrôle, préalablement à l'exploitation du service, une série d'informations d'identification<sup>105</sup> ainsi qu'un rapport d'évaluation effectué à ses frais, par un organisme d'évaluation de la conformité confirmant le respect des exigences du Règlement et du titre 2 et de l'annexe 1 du livre XII du C.D.E. Endéans les cinq jours de la réception de ces informations, l'organe de contrôle délivre à l'entité un récépissé. À cette occasion, l'organe de contrôle peut décider de procéder à un contrôle de l'entité.

En conclusion, le producteur d'archives qui exploite en interne un service d'archivage électronique qualifié bénéficie d'un régime qui est – légèrement – moins exigeant que celui d'application au prestataire de service de confiance qualifié<sup>106</sup>, tout en bénéficiant des présomptions juridiques attachées au service d'archivage électronique qualifié.

99. Cette possibilité existe également en droit luxembourgeois, comme cela ressort de la définition du prestataire de services de dématérialisation ou de conservation (art. 2(h) de la loi luxembourgeoise). De la même manière qu'en droit belge, celui qui exerce une activité de dématérialisation ou de conservation limitée à ses propres besoins (ou de ceux d'une ou plusieurs entreprises appartenant au même groupe) peut également obtenir le statut de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation et bénéficie d'obligations moins contraignantes que celui qui exerce cette activité pour le compte d'autrui.

100. Art. XII.28, §§ 1<sup>er</sup> et 2, C.D.E. Voir points 43 et 45.

101. Art. 21 du Règlement.

102. Art. 20.1. du Règlement. Notons que cette dispense n'était pas reprise dans l'avant-projet de loi, ce que nous avons fait remarquer dans une contribution précédente (O. VANRECK, *op. cit.*, p. 251). Nous ne pouvons que saluer cette modification.

103. Respectivement les articles 24.2., a., d. et i., du Règlement.

104. Points (e), (i), (j) et (k) de l'annexe 1 du livre XII du C.D.E.

105. À savoir, son nom ou dénomination sociale, son adresse d'établissement ou domicile, des coordonnées permettant de le contacter rapidement, y compris son adresse de courrier électronique et son numéro d'entreprise.

106. Voir aussi art. 4 (5) de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015, qui contient le même mécanisme de dispense d'obligations en cas d'archivage pour son propre compte.

## VI. Peut-on conserver une copie numérique et détruire des documents papier qui ont été numérisés ?

**49. Pratique de la numérisation par substitution** – Il existe une véritable volonté dans le chef des producteurs d'archives de ne conserver que des copies numériques de documents papier qu'ils souhaitent ou sont tenus de conserver. Concrètement, cela implique de scanner des documents originaux papier, de conserver la copie numérique et de détruire les titres originaux<sup>107</sup>.

Deux questions juridiques surgissent lors de l'examen de cette pratique. La première est liée à la valeur probante de la copie numérique. En effet, en principe, en droit de la preuve, la copie se voit reconnaître une valeur probante inférieure à la force probante dont est revêtu le document original<sup>108</sup>. La seconde interrogation consiste à déterminer si la destruction d'un document original est autorisée<sup>109</sup>. Avant la modification du C.D.E. et du Code civil, il était, en principe, juridiquement risqué de réaliser une numérisation par substitution en raison des implications de cette opération en matière de droit de la preuve.<sup>110</sup>

**50. Insertion des articles XII.25, § 6, du C.D.E. et 1334, alinéa 2, du Code civil** – Par la loi du 21 juillet 2016, le législateur belge a tenté de répondre aux deux questions juridiques susmentionnées, en accordant, moyennant le respect de certaines conditions, une présomption de fidélité et de durabilité à toute copie numérique et une présomption de valeur probante équivalente à celle du titre original papier aux copies

numériques d'actes sous seing privé ainsi qu'en autorisant, à certaines conditions, la destruction du document original papier après sa numérisation<sup>111</sup>.

Pour ce faire, deux nouvelles dispositions, qui doivent être lues en combinaison, ont été insérées dans l'arsenal législatif belge : l'article XII.25, § 6, du C.D.E. et un second alinéa de l'article 1334 du Code civil.

**51. Analyse des articles XII.25, § 6, du C.D.E. et 1334, alinéa 2, du Code civil** – On remarque, au préalable, que ces deux dispositions ont des champs d'application légèrement différents. Alors que l'article XII.25, § 6, du C.D.E. concerne tout *document* sur support papier, l'article 1334 du Code civil ne vise que les *actes sous seing privé* papier<sup>112</sup>.

L'article XII.25, § 6, du C.D.E. octroie à la copie numérique<sup>113</sup> une présomption de fidélité et de durabilité par rapport à l'original papier, à condition que celle-ci ait été réalisée et conservée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié<sup>114</sup>. Dans ce cas, il est autorisé de détruire le document original (sous réserve, pour les acteurs concernés, d'avoir préalablement reçu l'autorisation des Archives de l'État).

Quant à l'article 1334, alinéa 2, du Code civil, il octroie à la copie numérique d'un acte sous seing privé une présomption de fidélité et de durabilité par rapport à l'acte sous seing privé original et considère que celle-ci a une valeur probante équivalente à celle du titre original à condition que la copie numérique ait été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié et que l'acte sous seing privé original ait été détruit<sup>115</sup>.

107. Notons que le législateur belge n'est pas le seul à avoir entendu les producteurs d'archives exprimer cette volonté. Le législateur luxembourgeois a également modifié son Code civil pour octroyer aux copies sous formes numériques effectuées par un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation une présomption (réfragable) de valeur probante identique à l'original ou à l'acte faisant foi d'original (art. 1334-1 du Code civil luxembourgeois). La charge de la preuve est donc renversée.

108. Voir *supra* point 22.

109. A. PHILLIPART DE FOY et B. VANBRABANT ont exprimé ces difficultés de manière très juste, en indiquant que, jusqu'il y a peu, « avant de détruire les originaux, il [était] donc impératif de procéder à une analyse des risques et de mettre en balance les avantages (essentiellement d'ordre financier et organisationnel) et désavantages (principalement d'ordre juridique) de la destruction. Si, au terme de cette analyse de risque, l'entreprise devait décider de procéder à la destruction des originaux, il [était] recommandé de suivre une procédure d'archivage électronique répondant à des conditions strictes visant à garantir l'intégrité, la lisibilité et la traçabilité. Ainsi, en cas de litige, l'entreprise [pourrait] plus facilement convaincre le juge que la copie scannée [devait] se voir reconnaître une valeur probante égale ou à tout le moins proche de celle de l'original » (A. PHILLIPART DE FOY et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 26).

110. Voir *supra* point 22.

111. De la même manière, la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015 et les règlements grand-ducaux pris en son exécution, visent « à définir les conditions de dématérialisation d'originaux et les conditions de conservation de copies d'originaux numériques, de manière à ce que ceux-ci conservent leur force probante ». Plus précisément, la loi insère un second alinéa à l'article 1333 du Code civil afin d'apporter une dérogation au principe selon lequel, lors de la production en justice d'une copie, l'original pourra toujours être exigé. Cette dérogation bénéficie aux copies sous forme numérique qui sont des copies à valeur probante au sens de la loi du 15 juillet 2015. De plus, l'article 1334-1 du Code civil prévoit une présomption (réfragable) d'équivalence entre une copie numérique et un original ou à l'acte faisant foi d'original, lorsque la dématérialisation et la conservation ont été effectuées par un prestataire de service de dématérialisation ou de conservation. Voir N. RASE, « Point de vue de droit luxembourgeois : Panorama générale du règlement eIDAS et focus sur l'archivage », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larquier, 2016, p. 308.

112. La question des copies des actes authentiques sera, quant à elle, réglée par des dispositions spécifiques (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1893/001, p. 30). En ce qui concerne d'autres documents qui n'ont pas la force probante d'un original (par exemple une copie, un commencement de preuve par écrit ou une présomption), il n'est pas opportun d'accorder à la copie de ces documents une présomption de copie fidèle et durable ou de valeur probante. Précisons d'ailleurs, qu'en droit luxembourgeois, la loi ne s'applique qu'aux actes sous seing privé et aux documents comptables (suivant la définition de l'original donnée à l'article 2, (f), de la loi). Le champ d'application de cette loi est donc également limité à certains types de documents.

113. Le législateur belge ne définit pas la « copie numérique » en tant que telle (contrairement au législateur luxembourgeois qui a, quant à lui, prévu une définition de la « copie à valeur probante » (art. 2, c, de la loi du 25 juillet 2015)).

114. Cette disposition contient une réserve (« sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières »). De nouveau, nous nous interrogeons sur les hypothèses visées par cette réserve.

115. L'article ne vise donc que la situation dans laquelle le titre original a été détruit. L'exposé des motifs de la loi du 21 juillet 2016 précise à cet égard que la disposition vise « l'hypothèse où l'on a procédé à la numérisation de l'original pour le détruire ensuite et ne conserver que sa copie numérique ». Voir *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1893/001, p. 30. Par conséquent, si un document original subsiste, l'article 1334, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil sera applicable et le document original, dont la production pourra toujours être demandée, primera sur la copie numérique.



La condition principale reprise dans les deux dispositions est celle du recours à un service d'archivage électronique qualifié pour la réalisation de la copie. L'annexe 1, en son point (h), du livre XII du C.D.E. précise quelles obligations doivent être respectées par un service d'archivage électronique qualifié eu égard à la numérisation d'un document papier<sup>116</sup>.

Par ailleurs, ces présomptions sont réfragables, ce qui permet, dans le cadre d'un litige, de démontrer que les conditions précitées ne sont pas remplies (par exemple, que la fidélité de la copie n'est pas assurée) et que le document ne doit dès lors pas être considéré comme une copie fidèle et durable (ou une copie ayant une valeur probante équivalente à celle de l'acte sous seing privé original). En outre, si deux versions différentes d'un contrat synallagmatique sont produites<sup>117</sup> (une version étant une copie numérique réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié dont l'original a été détruit et l'autre étant le titre original), il s'opérera, en principe, un renversement de la présomption dont bénéficiait la copie numérique.

**52. Copie n'entrant pas dans le champ d'application de ces dispositions** – Si une copie ne respecte pas les conditions fixées aux articles XII.25, § 6, du C.D.E. et 1334, alinéa 2, du Code civil (par exemple, elle n'a pas été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié), elle ne bénéficie pas des présomptions attachées à ces articles. À moins qu'une législation spécifique ne soit applicable, il est donc fortement déconseillé au producteur d'archives de procéder à la destruction de l'original.

Une copie numérique qui n'a pas été réalisée par un service d'archivage électronique qualifié (et qui ne bénéficie pas d'un statut particulier en vertu d'une législation spécifique) pourra toujours être produite en justice au titre de preuve conformément au principe de non-discrimination. Il faudra alors convaincre le juge qu'il s'agit d'une copie fidèle et durable, qu'elle a été numérisée et conservée de manière fiable et en

préservant ses fonctions (lisibilité, intégrité, authenticité) et que, par conséquent, une valeur probante peut lui être accordée. Pour ce faire, il est essentiel de documenter de manière rigoureuse les processus de numérisation puis de conservation utilisés (notamment par le biais de la conservation d'éléments périphériques)<sup>118</sup>. De telles copies numériques souffrent toutefois d'un déficit de sécurité juridique, puisque le juge disposera d'un pouvoir d'appréciation eu égard à la valeur en tant que preuve qu'il accordera à la copie.

## VII. Existe-t-il un contrôle ?

**53. Organe de contrôle** – Le prestataire de service de confiance (simple ou qualifié), tout comme l'organisme du secteur public et les personnes physiques ou morales qui exploitent en interne un service d'archivage électronique qualifié, sont soumis au contrôle de l'organe de contrôle<sup>119</sup>.

En Belgique, il s'agit d'agents du Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie<sup>120</sup>. Ils sont chargés des tâches de contrôle de tous les prestataires de services de confiance (dont le service d'archivage électronique)<sup>121</sup>.

Lorsque l'organe de contrôle constate une violation du cadre légal applicable au service d'archivage électronique, il doit mettre en demeure le prestataire du service en cause et fixer un délai raisonnable endéans lequel ce prestataire doit avoir pris les mesures pour remédier à ces manquements<sup>122</sup>. À défaut, il pourra être interdit au prestataire de services de confiance simple de continuer à offrir des services de confiance simples et au prestataire de services de confiance qualifié de continuer à offrir des services de confiance qualifiés (ainsi que de l'obliger à informer immédiatement les utilisateurs de la perte du statut qualifié)<sup>123</sup>.

**54. Contrôle juridictionnel** – Constituent des infractions pénales le fait de laisser entendre que l'on offre un service d'archivage qualifié alors qu'on ne se

116. Ces obligations doivent être respectées tant par le prestataire de service de confiance, qui procède à la numérisation des données pour le compte d'un producteur d'archives que par le producteur d'archives lui-même lorsqu'il numérise en interne. Elles consistent en (i) l'utilisation d'un système, de matériel et de procédures garantissant une reproduction fidèle, durable et complète du document papier, (ii) la réalisation d'un contrôle ponctuel et régulier, lors de la procédure de numérisation, de la qualité et de la fidélité des copies numériques par rapport à l'original papier, (iii) l'enregistrement et le classement systématiques et complets des données, (iv) l'utilisation d'un système de description des dossiers et des documents numérisés reprenant une série d'informations sur le document et (v) la conservation de données relatives à la procédure de numérisation, aussi longtemps que la copie numérique elle-même et avec les mêmes garanties. Les informations auxquelles il est fait référence aux points iv et v constituent des métadonnées.

117. Puisqu'en vertu de l'article 1325 du Code civil, « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

118. O. VANRECK, op. cit., pp. 227 et 228. J.-B. HUBIN a pu regretter que « la passerelle entre copie et original introduite par le législateur à l'article 1334, alinéa 2, du Code civil, se limite aux seules copies produites dans le cadre d'un service d'archivage électronique qualifié. Nous pensons qu'il eut été plus opportun de prévoir que toute copie numérique peut avoir la valeur probante d'un original, à condition que la copie présente des garanties de fidélité et de durabilité, celles-ci étant laissées à la libre appréciation du juge dans le cadre d'un service d'archivage non qualifié » (J.-B. HUBIN, op. cit., p. 123).

119. Voir *infra* points 43 à 44, 47 et 48.

120. Un arrêté ministériel pris en vertu de l'article XV.2 du C.D.E. désignera les agents compétents au sein du SPF Économie.

121. Art. I.18, 16°, C.D.E. Ces pouvoirs spécifiques reconnus à l'organe de contrôle s'ajoutent aux pouvoirs généraux déjà reconnus par les dispositions des chapitres 1<sup>er</sup> et 3 du titre 1<sup>er</sup> du livre XV du C.D.E.

122. Art. XV.26, § 3, C.D.E.

123. Art. XV.26, § 4, C.D.E.

conforme pas aux règles applicables à ce service, ainsi que l'usurpation de la qualité de prestataire de services d'archivage électronique qualifié sans être inscrit sur la liste de confiance<sup>124</sup>.

De plus, à la demande du SPF Économie, le président du tribunal de commerce peut constater l'existence et ordonner la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions du C.D.E.<sup>125</sup>.

## Conclusion

**55. Apports de la loi du 21 juillet 2016** – Par l'adoption de la loi du 21 juillet 2016, le législateur belge est venu mettre fin aux incertitudes juridiques qui existaient dans la matière de la conservation électronique des données et documents. Grâce à la flexibilité des nouvelles dispositions, le producteur d'archives pourra décider quel est le service d'archivage le plus adapté à la conservation des documents et données qu'il aura identifiés, tout en connaissant les effets juridiques attachés à ceux-ci (à tout le moins s'il opte pour un service qualifié). Ainsi, ces nouvelles règles paraissent satisfaisantes pour le juriste qui peut se reposer sur ce nouveau texte législatif d'application générale pour répondre aux questions posées eu égard à la valeur des documents conservés sur le long terme. Ce nouveau régime offre donc une plus grande prévisibilité juridique.

**56. Importance des normes dans la mise en œuvre pratique et technique** – Toutefois, assez rapidement, celui qui souhaite se lancer dans un projet d'archivage électronique sera confronté à une difficulté puisqu'à l'heure actuelle, la mise en œuvre opérationnelle, technique et concrète des exigences légales semble encore complexe en raison de leur caractère vague

et de l'absence de référence à des normes techniques précises.

Les législateurs européen et nationaux sont conscients de cette difficile mais nécessaire adéquation entre le droit et la technique et travaillent actuellement à l'identification de normes<sup>126</sup>. Ainsi, la Commission européenne est chargée de déterminer, par le biais d'un acte d'exécution, les numéros de normes de référence au niveau du service de conservation qualifié des signatures et cachets électroniques qualifiés<sup>127</sup>.

Au niveau belge, des références aux normes sont également présentes dans le cadre légal<sup>128</sup>. Par exemple, l'exposé des motifs de la loi du 21 juillet 2016 indiquait que l'entrée en vigueur de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du C.D.E. serait reportée à une date ultérieure puisque le caractère opérationnel de cette disposition dépendait notamment de l'existence de normes nationales, européennes et/ou internationales<sup>129</sup>. Mais surtout, un arrêté royal d'exécution, qui est actuellement en cours de rédaction, fera intervenir des normes techniques sur lesquelles les producteurs d'archives et prestataires de services de confiance pourront se baser pour mettre en œuvre des exigences prévues au titre II du livre XII du Code de droit économique et à l'annexe 1 de ce même livre<sup>130</sup>.

Ces normes constitueront donc des outils permettant la mise en œuvre technique et pratique de règles juridiques, qui sont parfois abstraites. Faire référence, dans la législation, à des normes internationalement reconnues telles que les normes ISO pourrait octroyer une certaine légitimité ou une assise à la loi, en fournissant aux acteurs du terrain des informations précises sur les exigences techniques à atteindre. Il conviendra toutefois de rester attentif à ce que cette pratique ne mette pas à mal le principe de neutralité technologique<sup>131</sup>.

124. Ces infractions sont passibles d'une amende pénale de 250 à 100 000 € (à majorer des décimes additionnels) et d'un emprisonnement d'un mois à un an ou d'une de ces peines seulement. Voir *infra* points 44 et 45 et art. XV.70 et XV.123 du C.D.E. Voir aussi art. 10 de la loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015, qui contient une disposition similaire.

125. Art. XVII.22 C.D.E.

126. Une norme, qui constitue un référentiel commun, peut être décrite comme la « *formalisation des meilleures pratiques dans un domaine donné* ». Les normes constituent des guides dans le cadre de la mise en œuvre d'un service d'archivage électronique car elles peuvent aider à fixer les étapes à accomplir lors de la création et mise en œuvre de celui-ci (A.-M. VASTESAEGER, « Normes », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, pp. 85 et 110 à 114).

127. Le fait de respecter ces normes entraînerait le bénéfice d'une présomption d'utilisation de procédures et de technologies permettant d'étendre la fiabilité des signatures électroniques qualifiées au-delà de la période de validité technologique. Voir *supra* point 7.

128. La loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015 est accompagnée de deux règlements grand-ducaux, dont l'un porte exécution à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, de la loi (consacré au statut de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation). Ce règlement prévoit les conditions et modalités selon lesquelles intervient la certification d'un prestataire de service de dématérialisation ou de conservation. Il est alors fait référence à des normes reconnues telles que les normes ISO. Voir N. RASE, *op. cit.*, p. 312. Pour une critique du choix des normes mentionnées dans le règlement, voir I. RENARD et J.-L. PASCON, « La loi luxembourgeoise, un exemple à suivre. Loi luxembourgeoise du 25 juillet 2015 sur la conservation des documents numériques et la valeur juridique des documents numérisés », *Expertise*, octobre 2015, pp. 345 et s.

129. Voir *supra* point 36.

130. Voir art. XII.28, § 3, du C.D.E. : « Sans préjudice de l'article 34, paragraphe 2, du règlement 910/2014, le Roi peut déterminer les numéros de référence des normes applicables au service d'archivage électronique qualifié. Le service d'archivage électronique qualifié qui respecte ces normes est présumé satisfaire à tout ou partie des exigences du présent titre et de son annexe I. Le cas échéant, le Roi spécifie les exigences présumées satisfaites ».

131. Sur cette question, voir H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », *op. cit.*, pp. 126 et 127.