

# Le recours aux « tiers de confiance » dans les transactions en ligne

## Paiement, signature, recommandé et archivage électronique

1

### Introduction

Les « services de confiance » fournis par des « tiers de confiance » ne rentrent pas dans une catégorie juridique précisément définie. Derrière ce vocable, on tend à regrouper un certain nombre d'opérations, produisant en général des effets juridiques et ayant en commun d'être exécutées par un prestataire indépendant des parties et des tiers. C'est ce statut d'indépendance, complété par des garanties – réelles ou supposées – de sérieux et de qualité du service, qui justifie la confiance accordée à ces intermédiaires et la reconnaissance de qualités juridiques aux services fournis.

Pour prendre un exemple trivial, on reconnaît une certaine valeur probante à une lettre recommandée sur la base du fait que la poste remet bien, en général, un tel envoi à son destinataire.

Si internet n'a pas fondamentalement modifié la donne à ce niveau, son essor appelle une évolution de la matière pour deux raisons. Premièrement, la toile voit apparaître des acteurs nouveaux et parfois distants, à l'égard desquels la confiance se tisse peut-être moins facilement qu'avec de vieilles institutions établies comme les postes ou les banques. Deuxièmement, la dématérialisation des échanges que le *web* permet rend souhaitable la création de nouveaux intermédiaires. Par exemple, si la signature d'un document concernait essentiellement les parties intéressées, un morceau de papier et un crayon, son équivalent électronique nécessite des procédés plus sophistiqués pour vérifier l'identité des parties et leur adhésion à l'acte. À cet égard, il est précieux de pouvoir faire confiance à un organisme tiers chargé de procéder à ces vérifications.

Il n'existe pas à l'heure actuelle de cadre juridique général, belge ou européen, pour les services de confiance. Dans la présente contribution, nous examinerons ceux qui ont été pris en compte par le législateur, soit à titre individuel (le paiement électronique et la signature électronique), soit dans une tentative de réglementation plus large de certains services de confiance (l'archivage électronique et le recommandé électronique, essentiellement).

Notre objectif n'est pas ici de fournir une étude exhaustive de chacun de ces services, pour laquelle la place nous manquerait, mais de dresser un bref état des lieux de leur réglementation et des développements jurisprudentiels et doctrinaux dont ils ont récemment fait l'objet.

1

### Les paiements électroniques

Le « paiement » visé par cette section n'est pas le paiement civil au sens de l'article 1234 du Code qui vise l'extinction d'une obligation par son exécution complète en nature. Le champ d'application de la loi sur les services de paiement (« L.S.P. »)<sup>1</sup> est à la fois plus étroit, car il ne vise que le versement de sommes d'argent, et plus large, car il s'étend aux opérations de gestion et aux transferts de fonds qui ne visent nullement à éteindre une obligation<sup>2</sup>. Quant au caractère « électronique », il n'est plus, contrairement à la précédente mouture de la loi<sup>3</sup>, mentionné dans la refonte de 2009. Du reste, cet élément a perdu sa spécificité au fil du temps, toute opération de paiement (hors remise d'espèces ou de chèques, traites, lettres de changes et autres) faisant de nos jours appel à l'électronique. En substance, le régime du transfert électronique d'hier est donc devenu le droit commun du paiement d'aujourd'hui.

La L.S.P. et la directive qu'elle transpose ont pour but de favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur des services de paiement. Elles insistent en particulier sur la confiance des utilisateurs, supposés partie faible dans la relation avec les prestataires et face aux risques de fraudes dont ils peuvent être victimes<sup>4</sup>.

Comme cela est souvent le cas dans les législations protectrices du consommateur, de nombreuses obligations d'information et de transparence sont mises à charge du prestataire professionnel. Ces dispositions s'ajoutent à celles prévues dans d'autres législations<sup>5</sup>, encore que le législateur ait partiellement organisé leur cumul<sup>6</sup>. Précisons encore que ces obligations

seront nettement plus lourdes pour les obligations de paiement couvertes par un *contrat-cadre*<sup>7</sup> — ce qui sera le plus souvent le cas en pratique — que pour les opérations isolées<sup>8</sup>. La loi établit encore une liste de clauses abusives et nulles de plein droit, qui complètent la liste générale de la loi sur les pratiques du marché.

Le risque d'opérations frauduleuses étant souvent cité comme un obstacle à l'utilisation de moyens électroniques de paiement, la loi met en place des obligations de sécurité à charge du prestataire<sup>9</sup>, mais aussi et surtout un régime spécifique de responsabilité en cas de fraude<sup>10</sup>. Ce régime s'articule autour du devoir de l'utilisateur de notifier immédiatement la perte, le vol ou le détournement de tout instrument de paiement dont il est titulaire<sup>11</sup>. L'utilisateur n'est pas tenu responsable des opérations frauduleuses effectuées après la notification et le prestataire est tenu de lui rembourser les sommes détournées. Pour les opérations effectuées avant la notification, l'utilisateur est tenu responsable jusqu'à un montant de 150 EUR. Le prestataire assume les risques de fraude au-delà de cette franchise. Ce dernier est encore responsable, dans tous les cas, si l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique et sans identification ou si l'instrument de paiement, toujours en possession de l'utilisateur, a été copié par un tiers<sup>12</sup>. Bien entendu, l'utilisateur est responsable s'il a lui-même commis une fraude ou manqué gravement à ses obligations, ce qui doit cependant être établi par le prestataire.

Précisons enfin que la matière risque d'évoluer à brève échéance, la Commission européenne ayant récemment publié un Livre vert à ce propos, qui annonce probablement des initiatives ultérieures à court ou moyen terme<sup>13</sup>.

2

### Preuve et signature électronique

La signature électronique a fait son apparition dans le droit européen en 1999<sup>14</sup> et dans notre

(1) Loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, *M.B.*, 15 janvier 2010; cette loi transpose en droit belge la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE.

(2) Article 2 de la L.S.P. qui énumère sept catégories de services offerts; voy. également J. FELD, « Le paiement électronique à la lumière de la nouvelle loi sur les services de paiement », in X, *Le paiement*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2009, pp. 64-143.

(3) Loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds; pour un commentaire de cette loi, voy. L. ROLIN JACQUEMYS, « Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *Ubiquité*, 2003/16, pp. 9 et s.; M. DEMOULIN, « Le paiement électronique », *Obligations - Traités théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007.

(4) H. JACQUEMIN, « Les paiements électroniques dans les contrats à distance depuis la loi du 10 décembre 2009 », *R.D.T.I.*, 2010, pp. 5-21.

(5) Par exemple la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ou la loi du 10 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

(6) Article 24 de la L.S.P.

(7) Articles 13 à 15 de la L.S.P.

(8) Articles 18 à 20 de la L.S.P.

(9) Article 31 de la L.S.P.

(10) Article 36 de la L.S.P.; voy. W. VANDEVOORDE, « De aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder bij het verrichten van betalingsdiensten - De grenslijn tussen fout en risico », *R.D.C.*, 2011, pp. 1016 et s.

(11) Article 31, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la L.S.P.

(12) De telles pratiques, généralement frauduleuses, étant parfois désignées sous le terme *skimming*.

(13) Livre vert du 11 janvier 2012, « Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile », COM(2011)94.

(14) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

droit national en 2001<sup>15</sup>, ce qui lui confère le statut d'ancien au sein de la jeune réglementation du commerce électronique.

Le premier bilan de son application<sup>16</sup> laisse apparaître un tableau en demi-teinte. On attendait de la signature électronique « avancée » qu'elle sécurise les transactions en ligne; lourd et complexe, le mécanisme n'a jamais suscité l'intérêt espéré en pratique. En sens inverse, on craignait<sup>17</sup> que la signature électronique « simple » soulève de nombreuses contestations quant au respect des conditions d'imputabilité et de maintien de l'intégrité établies par le nouvel article 1322 du Code civil. On se trompait, heureusement, encore : des milliers de transactions électroniques sont conclues quotidiennement, au moyen de mécanismes de signature fort simples : signatures manuscrites scannées, combinaison d'identifiant et mot de passe, cartes et codes PIN ou simples courriels<sup>18</sup>; or les litiges sur la validité de ces signatures restent extrêmement marginaux.

Il semble au final que seuls les avocats francophones utilisent régulièrement et sciemment la signature électronique<sup>19</sup>, moins par intérêt que, avouons-le, par contrainte d'un règlement de l'O.B.F.G.<sup>20</sup> dont les motifs nous semblent discutables.

La seule jurisprudence suivie relative à la signature électronique est apparue dans un secteur où l'on ne l'attendait pas : le droit administratif, et plus particulièrement les recours contre les décisions de refus d'accès au territoire ou d'éloignement des étrangers<sup>21</sup>. Était ainsi contesté le système utilisé par l'administration consistant à apposer des images de signatures scannées au bas des documents produits électroniquement servant de support à ses décisions.

D'abord condamné par le Conseil d'État<sup>22</sup>, le système est revenu en grâce auprès du Conseil du contentieux des étrangers<sup>23</sup>, non sans avoir dû démontrer en pratique que son fonctionnement garantissait l'accès à la signature scannée au seul agent titulaire de cette signature, ainsi que l'impossibilité de modifier le document après son enregistrement.

Ce raisonnement est intéressant et révélateur des potentialités offertes par les différentes méthodes de signature électronique « simple ». Loin des considérations théoriques parfois

avancées, c'est dans la réalité technique et organisationnelle des procédés utilisés qu'il convient de vérifier le respect des conditions légales. Ces vérifications doivent par ailleurs rester raisonnables. La signature manuscrite est une institution relativement modeste loin d'être infaillible et il n'y a dès lors pas de raisons d'être beaucoup plus exigeant concernant son équivalent électronique.

La signature électronique est en outre probablement appelée à évoluer prochainement, la Commission européenne ayant très récemment publié un projet de règlement destiné à modifier le régime de la signature électronique et l'étendant à l'identification électronique et aux « services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur »<sup>24</sup>.

### 3

## Les autres services « de confiance »

### A. Cadre général

La loi du 15 mai 2007<sup>25</sup> est un acte manqué du législateur vers la clarification du cadre juridique des services de confiances fournis sur internet.

Celle-ci n'était pas conçue comme une loi générale destinée à encadrer tous les services de confiance. Seuls quatre services étaient visés, pour lesquels un constat similaire s'imposait : il existait une incertitude soit quant à l'aptitude de ces services à remplir certaines obligations légales ou réglementaires existantes, soit quant à la reconnaissance à leur égard de certaines qualités ou attributs juridiques accordés à leur équivalent « hors ligne ». Il s'agit des services d'horodatage électronique, d'archivage électronique et de recommandé électronique<sup>26</sup>.

Ces incertitudes juridiques, mises en évidence par la doctrine durant les années précédentes<sup>27</sup>,

étaient considérées comme responsables du faible développement de ce type de services en Belgique.

Le régime envisagé, inspiré par la législation sur la signature électronique, devait fonctionner à deux niveaux. Une première série d'obligations, très générales, étaient mises à charge de tous les prestataires de services visés par la loi. Ensuite, des obligations plus spécifiques étaient édictées pour chacun des prestataires de services. La particularité de ce second niveau d'obligations était son caractère optionnel. Les prestataires pouvaient librement choisir de s'y soumettre ou non. En échange du respect de ces obligations optionnelles, les services fournis se voyaient reconnaître certaines qualités du point de vue juridique. Des possibilités de contrôles, soit volontaires (accréditation préalable), soit *a posteriori* par l'administration, complétaient le mécanisme.

Tirailé entre la difficulté de trouver un consensus sur le texte et l'envie de légiférer rapidement, le législateur décida cependant de scinder le projet en plusieurs parties. Seules les dispositions concernant les définitions et les obligations générales applicables à tous les prestataires de services furent adoptées. Quant aux obligations spécifiques et, surtout, aux clarifications sur la valeur juridique des services de confiance, leur adoption fut confiée au Roi par une délégation expirant le 1<sup>er</sup> décembre 2007. Ces dispositions n'ont jamais été adoptées dans ce délai. La constitutionnalité d'une telle habilitation étant clairement contestée, à juste titre, par l'avis préalable du Conseil d'État<sup>28</sup>, leur validité aurait de toute manière été très précaire.

La loi du 15 mai 2007 est toujours largement en vigueur. Que l'on ne s'y trompe cependant pas, elle ne contient que quelques définitions et une série d'obligations générales non sanctionnées. On sera bien en peine d'y trouver les clarifications attendues sur le régime juridique des services de confiance. En attendant une refonte par le législateur, elle est donc destinée à rester lettre morte.

### B. Deux éléments de droit européen

Nous tenons à épingler deux dispositions européennes générales dont il convient de tenir compte en matière de services de confiance, ce qui n'a pas toujours été le cas du législateur belge jusqu'à présent.

La première est la clause dite « de marché intérieur » établie par la directive « commerce électronique » de 2000<sup>29</sup>. La plupart des services « de confiance » dont il est question ici sont en effet à considérer plus généralement comme des services de la société de l'information couverts par de cette directive<sup>30</sup>.

(28) Projet de loi fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, avis de la section législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., n° 51-2802/001, pp. 29-31.

(29) Directive n° 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

(30) Article 2, a), « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

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

(16) P. VAN ECKE, « De elektronische handtekening in het recht », *R.D.C.*, 2009, pp. 322-353.

(17) D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature électronique dans les contrats et paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, pp. 17-39.

(18) E. Montero, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *D.A./O.R.*, 2011, p. 231.

(19) J.-F. HENROTTE, P. SCULLIER et L. OGER, « L'avocat et l'informatique » in *Vade-Mecum de l'avocat*, Anthémis, 2012, pp. 131-149.

(20) Règlement du 19 mai 2008 relatif à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, *M.B.*, 3 septembre 2008, modifié le 29 avril 2009, *M.B.*, 4 août 2009.

(21) E. MONTERO, « La signature électronique au ban de la jurisprudence », *op. cit.*; J. VANDENDRIESSCHE, « An overview of some recent case law in Belgium in relation to electronic signature », *Digital Evidence and Electronic Law Review*, 2010, pp. 90-100.

(22) Arrêt du Conseil d'État du 8 mai 2009, n° 193.106.

(23) Arrêt du Conseil du contentieux des étrangers du 19 novembre 2009, n° 34364; les arrêts du Conseil du contentieux des étrangers sont disponibles à l'adresse <http://www.rvv-ccce.be>.

(24) Proposition de règlement du Parlement et du Conseil du 4 juin 2012 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, COM(2012) 238.

(25) Loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *M.B.*, 17 juillet 2007.

(26) Le quatrième service visé était le blocage transitoire des sommes versées, qui répondait à une préoccupation différente. L'article 80, § 3, de la loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1991 interdisait d'exiger un paiement du consommateur avant la fin du délai de rétractation, lors d'une vente à distance. Cette disposition peu adaptée aux réalités du commerce électronique n'était pratiquement jamais respectée en pratique. Le service de blocage transitoire visait à mettre les sommes concernées en dépôt au moment de la conclusion du contrat et à libérer le paiement à l'issue du délai de rétractation. Cette particularité belge a toutefois été condamnée par la C.J.U.E. (arrêt du 16 décembre 2008 dans l'affaire C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts c. Santurel Inter b.v.b.a.*) et abrogée par la loi sur les pratiques du marché du 6 avril 2010, écartant par conséquent toute nécessité d'un service de blocage transitoire.

(27) Voy. par exemple M. DEMOULIN (dir.), *Le commerce électronique, de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., Bruxelles-Namur, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2003; M. DEMOULIN (dir.), *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., Bruxelles-Namur, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2007.

L'article 3<sup>31</sup>, dont la lecture n'est pas particulièrement aisée<sup>32</sup>, prévoit en substance que les prestataires de services de la société de l'information peuvent fournir de tels services dans tous les pays de l'Union, pour autant qu'ils respectent leur (seule) réglementation nationale relative à ces services. Les autres États membres ne peuvent leur imposer leur propre réglementation. La directive consacre également le principe de liberté d'établissement et l'interdiction d'imposer une autorisation préalable ou une mesure d'effet équivalent.

Le législateur national voulant réglementer un service de confiance nous semble dès lors dans une position délicate. La reconnaissance de certaines qualités juridiques (valeur probante, équivalence) est habituellement subordonnée au respect d'obligations spécifiques. D'un côté, les prestataires étrangers pourront y opposer la clause de marché intérieur qui impose le respect de leur seule législation nationale, parfois inexistante ou fort différente; l'administration nationale ne pourra par ailleurs pas en vérifier l'application hors du territoire belge. D'autre part, l'application du régime aux seuls prestataires établis en Belgique et aux seuls prestataires étrangers acceptant de se soumettre à une certification obligatoire poserait des problèmes en termes de liberté d'établissement et de non-discrimination.

Entre la reconnaissance inconditionnelle des services offerts depuis l'étranger et l'imposition à ces derniers de mesures discriminatoires par rapport aux services belges, la marge de manœuvre du législateur est donc étroite.

La seconde disposition est l'obligation de notification préalable à la Commission européenne de tout projet de réglementation nationale en matière de services de la société de l'information<sup>33</sup>. Cette notification doit intervenir à un stade de préparation où il est encore possible d'y apporter des amendements substantiels; elle gèle ensuite l'adoption du texte pendant une période de trois mois qui peut être prolongée, afin de permettre aux États membres et à la Commission de faire valoir leurs observations ou à cette dernière de se saisir de la question au niveau européen.

Cette exigence formelle est sévèrement sanctionnée : toute réglementation nationale adoptée en contravention sera frappée d'inopposabilité, qu'il incombe aux juridictions nationales de prononcer, sans limite

(31) Transposé en droit belge par l'article 5 de la loi du 11 mars 2003 sur certains services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 : « La fourniture de services de la société de l'information par un prestataire établi sur le territoire belge doit être conforme aux exigences applicables en Belgique. La libre circulation, sur le territoire belge, des services de la société de l'information fournis par un prestataire établi dans un autre État membre de l'Union européenne n'est pas restreinte en raison des exigences applicables en Belgique ou dans d'autres pays ».

(32) A. CRUQUENAIRE et C. LAZARO, « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique européen sur les rails? - Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Larcier, 2001, collection Cahiers du C.R.I.D., volume 19, pp. 41-94; E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, Bruxelles, 2005.

(33) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, modifiée par la directive 98/48/CE.

dans le temps, si elle est invoquée dans le cours d'un litige<sup>34</sup>.

### C. Le recommandé électronique

Le recommandé électronique était, déjà avant 2007, visé ou affecté par la législation postale. Il était ainsi acquis, dès 2002 que le recommandé électronique existait légalement et qu'il ne pouvait faire l'objet d'un monopole au profit d'un opérateur, même en ce qui concerne les recommandés utilisés pour les procédures judiciaires ou administratives<sup>35</sup>.

Cela étant dit, la loi ne précisait nullement la valeur probatoire d'un recommandé électronique ou les conditions dans lesquelles il pouvait être assimilé à un recommandé papier, par exemple pour remplir une formalité légale ou réglementaire. Il est pour le moins gênant de laisser ces questions à l'appréciation postérieure d'un juge, alors même que l'objectif du recommandé est de se ménager *a priori* une preuve solide et peu discutable.

Que cela soit dû à la frilosité à utiliser les quelques nouveaux services de recommandé électronique existants ou à l'absence de contestations sur le terrain, la jurisprudence en la matière est pratiquement inexistante. Nous n'avons connaissance que d'un jugement, en matière fiscale, où l'usage d'un service de recommandé électronique pour introduire une réclamation était contesté par l'administration<sup>36</sup>. La question centrale y était cependant la validité de la signature d'un document transmis d'une telle façon; le juge l'écarte en constatant que la signature de la requête n'est pas une formalité obligatoire. Les enseignements de ce jugement sur le fond de la question sont donc très limités.

Nous avons vu par ailleurs que la loi du 15 mai 2007 n'a pas permis de lever les incertitudes pesant sur le recommandé électronique. Les rebondissements législatifs ultérieurs n'ont, nous le verrons, pas été plus heureux.

Dans le courant de l'année 2010, le législateur belge a posé les bases d'une réforme de la loi postale, rendue nécessaire par l'échéance européenne fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour la libéralisation complète du secteur. Profitant de l'occasion, il a inclus la réglementation du recommandé électronique dans le cadre du projet. La première mouture du texte reprenait, de façon surprenante, l'idée d'une large habilitation au roi qui avait pourtant causé la perte de la loi de 2007. Elle s'attira logiquement les foudres du Conseil d'État<sup>37</sup>.

(34) C.J.U.E., arrêt du 30 avril 1996 dans l'affaire C-194/94, *CIA Security International*; arrêt du 16 juin 1998 dans l'affaire C-226/97, *Lemmens*; arrêt du 26 septembre 2000 dans l'affaire C-443/98, *Unilever*.

(35) Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, article 144octies tel que modifié par l'arrêté royal du 9 juin 1999 et par la loi du 2 août 2002; E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique, de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2003, p. 80.

(36) Civ. Hasselt, 28 janvier 2010, *Courr. fisc.*, 2010, liv. 4, 363 et s. et <http://www.monkey.be> (21 avril 2010).

(37) C.E., avis n° 47 - 125/4 du 22 février 2010.

Le projet final, que le Conseil d'État ne put examiner qu'à la marge en raison de l'urgence invoquée<sup>38</sup>, acquit force de loi le 13 décembre 2010<sup>39</sup>. Le recommandé électronique prit place au sein de la loi sur la signature électronique<sup>40</sup>, une institution à laquelle il emprunte également l'essentiel de sa réglementation.

L'enthousiasme des premiers commentateurs<sup>41</sup> fut de courte durée, puisque la loi fut abrogée dès mai 2011<sup>42</sup>, avant même son entrée en vigueur. Le projet n'ayant pas été notifié à la Commission européenne dans les délais évoqués ci-avant, la loi aurait vécu sous une épée de Damoclès et son abrogation immédiate s'avérait dès lors une solution sage.

Elle nous semble aussi être une solution heureuse, car, au-delà de ce vice de forme, le texte adopté souffrait selon nous de nombreuses imperfections. Sans se livrer ici à une analyse exhaustive du texte, épinglons entre autres : le recours à des définitions circulaires; la création d'une présomption réfragable (à quelles conditions?) d'assimilation au recommandé papier; l'intégration d'un système strictement belge au sein d'un ensemble (la signature électronique) harmonisé au niveau européen et sujet à un régime de reconnaissance mutuelle entre États membres; la qualification du recommandé électronique comme service de certification, sans nécessité technique à notre sens; le manque de parallélisme entre le régime créé et celui du recommandé postal classique ou encore la reprise systématique et pas toujours nécessaire ni heureuse des dispositions visant la signature électronique.

Le même texte a été ultérieurement notifié à la Commission dans le respect des règles; il n'est cependant pas, à ce jour, inscrit à l'agenda parlementaire. Nous espérons que le législateur saisira cette occasion pour se pencher davantage sur sa construction et son contenu.

### D. L'archivage électronique

L'archivage électronique est devenu une préoccupation majeure des entreprises et institutions et suscite un intérêt croissant. Les promesses qu'il offre en termes d'accès à l'information et de gains d'espace de stockage ne manquent assurément pas d'attrait.

(38) Projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, et les services de certification (I), avis de la section législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., n° 53-0202/003.

(39) Loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

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

(41) F. DESCHAMPS, « La fin des incertitudes pour le recommandé électronique : la nouvelle loi du 13 décembre 2010 », *C.J.*, 2011, p. 80.

(42) Loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, *M.B.*, 21 juin 2011.

Comme en matière de recommandé électronique, les commentateurs mettent en avant les incertitudes quant à l'aptitude des archives électroniques à remplir valablement des obligations légales et réglementaires d'archivage, d'une part, à la valeur probatoire des archives électroniques, d'autre part<sup>43</sup>. Le statut de la copie comme preuve littérale « de seconde zone » dans notre système probatoire civil<sup>44</sup> est vu comme le principal frein à la destruction de documents originaux après leur numérisation<sup>45</sup>. Malgré certaines dérogations visant certains documents (factures<sup>46</sup>, pièces justificatives de comptabilité<sup>47</sup>, documents sociaux<sup>48</sup>) ou certains secteurs (les entreprises d'assurances et les établissements de crédit<sup>49</sup>, les institutions de sécurité sociale<sup>50</sup>), la règle générale reste l'impossibilité d'assimiler purement et simplement une copie scannée à un document original, même en présentant des garanties importantes de fiabilité, d'intégrité et de sécurité.

La jurisprudence est ici aussi très peu fournie, preuve sans doute que les incertitudes quant au statut probatoire de l'archive électronique ne doivent pas être exagérées et que les contestations à cet égard sont rares. La doctrine soulève par contre les intéressantes questions suscitées par cette technologie quant aux spécificités des archives publiques<sup>51</sup>, au respect de la vie privée<sup>52</sup> ou des droits d'auteur<sup>53</sup> et au statut contractuel d'un service d'archivage électronique<sup>54</sup>.

(43) M. DEMOULIN et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire? » in M. Demoulin (dir.), *Commerce électronique, de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2003, pp. 101-103; M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-34.

(44) Articles 1334 et 1348, alinéa 2, 4°, du Code Civil; D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la télécopie et du téléfax », *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 254.

(45) M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 32.

(46) Article 60 du C.T.V.A., et circulaire n° AFER 16/2008 (E.T.112.081) du 13 mai 2008.

(47) Article 6 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

(48) Articles 24 et 25 de l'A.R. du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux.

(49) Article 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.

(50) A.R. du 22 mars 1993 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé.

(51) M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'archivage électronique dans le secteur public : entre archivage légal et archivage patrimonial », in *L'archivage électronique et le droit*, *op. cit.*, p. 37.

(52) R. ROBERT, « Archivage des courriels et protection de la vie privée », in *L'archivage électronique et le droit*, *op. cit.*, p. 55; C. BURTON et M. GUFFLET, « Procédure d'e-discovery et protection des données : l'archivage électronique entre le marteau et l'enclume », in *L'archivage électronique et le droit*, *op. cit.*, p. 105.

(53) C. COLIN et S. HALLEMANS, « Bibliothèques, services d'archives et droit d'auteur : les enjeux du numérique », in *L'archivage électronique et le droit*, *op. cit.*, p. 159.

(54) F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiver : un contrat sur mesure », in *L'archivage électronique et le droit*, *op. cit.*, p. 133.

## C

## Conclusion

Si l'intérêt des législateurs belge et européen pour les services de confiance n'est plus à démontrer, on ne peut malheureusement pas dire qu'il ait été mis en œuvre de manière particulièrement cohérente ou efficace. À l'égard de certains de ces services, les erreurs de parcours se succèdent comme un mauvais feuilleton.

Il nous semble que cet état des choses devra être amélioré à l'avenir, en gardant à l'esprit deux considérations importantes.

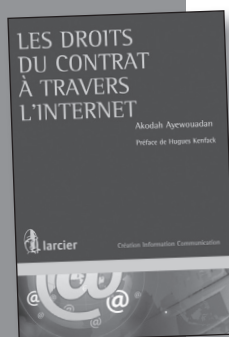
Premièrement, la réglementation des services de confiance sur internet ne doit pas être déraisonnablement exigeante, en particulier eu égard à celle qui régit leur équivalent physique. Il n'y a pas de raison d'exiger d'un service électronique des précautions visant à le rendre pra-

tiquement infaillible pour lui accorder l'équivalence avec des institutions aussi modestes qu'un écrit manuscrit ou une lettre à la poste.

Deuxièmement, les services offerts sur internet n'ont qu'un intérêt très limité au niveau strictement national. Il est donc essentiel qu'ils puissent circuler, si pas au niveau mondial, en tout cas au sein de l'Union européenne. Il nous semble donc que le niveau de pouvoir le plus approprié pour réglementer leur statut sera généralement celui de l'Union. Le plus grand intérêt de l'adoption de législations nationales est peut-être, à cet égard, de porter le débat à l'échelon européen. La Belgique peut indéniablement se targuer d'une expérience dans le domaine des services de confiance, si pas dans la création de solutions, du moins dans leur expérimentation; on aimerait la voir jouer un rôle moteur au sein de l'Union.

François COPPENS

Avocat et chercheur au C.R.I.D.S. (F.U.N.D.P.)



## LES DROITS DU CONTRAT À TRAVERS L'INTERNET

Akodah Ayewouadan

Préface de Hugues Kenfack

Cet ouvrage offre une lecture actualisée de l'outil contractuel, de sa formation au contentieux, en prise avec une dématérialisation éffrenée.

> Collection : Création Information Communication  
Larcier - Édition 2012 - 115,00 €



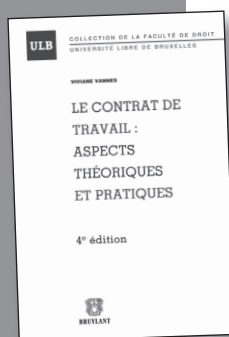
## LA FLEXIBILITÉ DES SANCTIONS

XXI<sup>es</sup> journées juridiques Jean Dabin

Sous la coordination de Dan Kaminski

Cet ouvrage interroge la notion de sanction juridique. S'éloignant de l'image du fardeau sur les épaules, alourdissant la démarche, la sanction deviendrait un tuteur pour guider les comportements ou une rampe pour prévenir les excès.

> Collection : Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain  
Bruylant - Édition 2012 - 150,00 €



## LE CONTRAT DE TRAVAIL : ASPECTS THÉORIQUES ET PRATIQUES

Viviane Vannes

L'ouvrage détermine les règles légales ou jurisprudentielles qui régissent le contrat de travail, malmené plus que tout autre contrat de droit commun, par les contingences de la vie économique et ses inévitables répercussions sur la vie contractuelle.

> Collection : Collection de la faculté de droit - Université libre de Bruxelles  
Bruylant - 4<sup>e</sup> édition 2012 - 195,00 €

strada  
lex  
Ouvrages disponibles en version électronique sur [www.stradalex.com](http://www.stradalex.com)

BRUYLANT  
[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)

commande@deboeckservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl  
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique  
0800/99 613 • 0800/99 614

larcier  
[www.larcier.com](http://www.larcier.com)