

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelques aspects juridiques de l'archivage numérique

Demoulin, Marie

Published in:

Les chantiers du numérique

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Demoulin, M 2012, Quelques aspects juridiques de l'archivage numérique. Dans *Les chantiers du numérique: dématérialisation des archives et métiers de l'archiviste*. Publications des Archives de l'Université catholique de Louvain, Numéro 28, Harmattan/Academia, Louvain-la-Neuve, p. 21-37.

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.

Quelques aspects juridiques de l'archivage électronique

Marie DEMOULIN

Introduction

La question de l'archivage et de la conservation des documents n'est pas neuve : elle se pose depuis que l'écriture existe. Depuis des siècles, l'homme s'attache à organiser, trier, recenser et conserver des documents de toutes sortes pour assurer leur pérennité. L'avènement des technologies de l'information et de la communication et la multiplication des documents électroniques soulèvent la nécessité de préserver ce patrimoine numérique, si l'on veut conserver quelque trace de l'hyperactivité contemporaine. Par ailleurs, il peut s'avérer opportun de numériser des archives, tout comme on les microfilmait autrefois, pour faciliter leur gestion et leur accès, préserver l'information d'un manuscrit menacé par la corrosion, voire gagner de la place en détruisant les originaux papier. Le volume de données à conserver est souvent tel qu'il convient de les organiser et de les rationaliser avec soin pour pouvoir les retrouver au moment opportun. Les données électroniques non protégées peuvent être aisément accessibles, modifiées, copiées, transmises ou effacées. Dès lors, des mesures de sécurité doivent être prises, proportionnées à la valeur et à la sensibilité des données, afin de les préserver contre des altérations accidentelles ou frauduleuses et de réserver si nécessaire leur accès aux seules personnes autorisées. Enfin, la lisibilité des données électroniques doit être assurée à plus ou moins long terme : les supports de stockage, le matériel (*hardware*) et les logiciels (*software*) évoluent rapidement et se succèdent, si bien qu'il est difficile de lire des fichiers enregistrés sous des formats périmés ou sur des supports obsolètes ou altérés.

L'archivage électronique se présente ainsi comme une opération complexe, requérant la mise en place d'outils techniques et organisationnels pointus en vue de maintenir l'intégrité, la traçabilité et la lisibilité des documents électroniques. Autant dire que le défi est de taille. Sur ce terrain, les préoccupations des techniciens et des archivistes rejoignent celles des juristes, tant l'écrit est au cœur de notre système juridique. Il importe d'ailleurs de souligner le caractère nécessairement pluridisciplinaire de l'archivage électronique. La mise sur pied d'un projet en la matière exige la

réunion de tous les protagonistes pour saisir le projet dans ses diverses dimensions (archivistique, technique, juridique, financière, culturelle, stratégique...). On relève, en passant, que cette pluridisciplinarité n'est pas sans susciter des difficultés de communication, chacun utilisant son propre jargon. Or, certaines notions, en apparence communes, ont un sens différent selon les disciplines et les secteurs. Ainsi, on utilisera avec prudence les termes d'authenticité (ou d'authentification), d'intégrité, d'original ou de copie, en veillant toujours à se mettre d'accord sur leur signification. Nous reviendrons ultérieurement sur leur portée dans le domaine du droit.

Il nous faut d'emblée avertir le lecteur que nombre d'incertitudes demeurent, dans la mesure où le cadre juridique de l'archivage électronique est loin d'être clair. La principale explication de ce flou juridique est que la plupart des règles organisant la preuve et la conservation des documents sont largement imprégnées par la culture du papier et que leur application à des documents dits « dématérialisés » est parfois délicate, en dépit des divers ajustements opérés par le législateur ces dix dernières années. Alors que certains acteurs du marché se plaisent à parler d'« archivage légal », force est de constater que cette expression n'a guère de signification sur le terrain juridique. Il s'agit, tout au plus, d'une commodité de langage, voire d'un argument de vente. Mais aux yeux du droit, il n'existe pas de label « légal » pour les systèmes d'archivage électronique, dont la valeur juridique sera laissée à l'appréciation souveraine du juge ou des autorités de contrôle, selon les cas.

S'il n'est pas toujours possible d'apporter des réponses précises et sur mesure aux questions juridiques soulevées par l'archivage électronique, nous tâcherons de livrer quelques clés de lecture pour permettre d'en cerner les enjeux, les problèmes et les pistes de solution. Dans la seule discipline juridique, la question de l'archivage électronique pourrait faire l'objet de développements multiples. Dans le cadre de ces Journées des Archives, nous avons choisi de présenter, d'une part, les questions fondamentales que soulève l'archivage électronique (I), d'autre part, les problèmes de preuve qu'il peut poser (II).

1. L'archivage électronique, entre obligations et précautions

1.1. Pourquoi archiver ?

La mise en place d'un système d'archivage électronique relève de motivations diverses et complémentaires. Des questions de bonne gouvernance, de rationalisation, de sécurité et de préservation du patrimoine entrent naturellement en ligne de compte. D'un point de vue juridique, deux grandes raisons motivent la conservation de documents : on archive tantôt par obligation, en vertu d'une exigence légale, tantôt par précaution, pour se préserver des moyens de preuve en cas de litige.

1.2. Quelles règles juridiques prendre en compte ?

Le moins que l'on puisse dire, c'est que les règles applicables à la conservation de documents sont multiples. Certaines ont un caractère transversal, d'autres visent des secteurs ou des documents spécifiques. Ainsi, on sait que les règles de preuve du Code civil s'appliquent à de nombreuses situations, bien que des régimes particuliers soient parfois d'application (en matière commerciale ou fiscale, par exemple). Il en va de même des règles de prescription. En outre, dans la mesure où de nombreuses archives sont susceptibles de contenir des données à caractère personnel, les règles relatives à la protection de la vie privée vont souvent interférer, quels que soient le secteur d'activité ou le document concernés¹. En ce qui concerne les documents électroniques, on rappelle que des dispositions spécifiques ont été adoptées en vue d'accorder une reconnaissance juridique aux signatures électroniques² et à l'écrit électronique³.

On note pour mémoire que le législateur belge avait l'ambition d'adopter un cadre juridique pour l'archivage électronique. À cet effet, il avait préparé le terrain par une loi du 15 mai 2007 sur certains prestataires de services de confiance, qui devait être suivie d'arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux déterminant, notamment, la reconnaissance juridique des données numérisées, archivées de manière électronique et horodatées de manière électronique, ainsi que les conditions de cette reconnaissance⁴. Aucun arrêté royal n'étant intervenu dans les délais légaux⁵, la loi du 15 mai 2007 se présente comme une coquille vide, énonçant quelques obligations générales d'impartialité, de confidentialité, d'information du client et de solidité financière. On ne peut que déplorer cette occasion manquée.

À côté de ces règles générales, un certain nombre de dispositions particulières peuvent entrer en scène, en fonction du secteur d'activité ou du type de document concernés. Ainsi, dans le secteur public, il faut tenir compte, principalement, de la Loi

¹ Voir l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 22 de la Constitution, ainsi que la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Moniteur Belge (M.B.)*, 18 mars 1993, et ses arrêtés royaux d'exécution.

² Voir l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, ainsi que la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 juillet 2001.

³ Voir l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. Cette disposition ne vaut toutefois que pour l'écrit électronique dans le cadre d'un processus contractuel, à l'exception des contrats visés par l'article 17 de cette loi.

⁴ Article 16, 2^e, de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *M.B.*, 17 juillet 2007.

⁵ L'arrêté royal aurait dû être adopté avant le 1^{er} décembre 2007 (voir l'article 16 de la loi du 15 mai 2007).

sur les archives et de ses arrêtés royaux d'exécution⁶, ainsi que de la Loi sur la publicité de l'administration⁷ et des textes équivalents adoptés au niveau des communautés et des régions⁸. Nous ne nous attarderons pas sur ces textes.

Dans le secteur privé, un certain nombre de règles peuvent s'appliquer en fonction du secteur d'activité (banques, assurances, guichets d'entreprises, aéronautique, industrie pharmaceutique...) ou des documents concernés (dossier médical, livres de comptes, factures, rapport d'expert...). Il est impossible de dresser ici un relevé complet des dispositions applicables à chaque situation, mais nous citerons les dispositions les plus illustratives tout au long de cette contribution.

1.3. Quels risques juridiques ?

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

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

Certaines obligations de conservation de documents sont assorties de sanctions spécifiques, pénales ou administratives. Ainsi, une peine d'amende peut être appliquée en cas de violation de l'obligation de conservation des documents comptables et des pièces justificatives, et notamment des factures⁹. Des amendes administratives peuvent également être appliquées, comme en matière fiscale¹⁰. À cet égard, un

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

⁷ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994.

⁸ Pour un relevé complet des textes applicables au secteur public, par entité, voir le site des Archives de l'État : <http://arch.arch.be/content/view/949/286/lang_fr_BE/>.

⁹ Il s'agit d'amendes de 50 à 10 000 €, en vertu de l'article 16 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 4 septembre 1975 ; et de 25 à 2 500 € par infraction, en vertu de l'article 70, § 4, du Code TVA.

¹⁰ Article 445 du Code des impôts sur les revenus ; et article 70, § 2, du Code TVA.

redressement fiscal est également à redouter si l'on n'a pas conservé les pièces justificatives, notamment les factures, servant à établir l'assiette de l'impôt.

Une autre sanction administrative, et non des moindres, est parfois prévue sous la forme d'un retrait d'agrément, lorsque l'obligation de conservation de documents fait partie des conditions de cet agrément. Ainsi, selon certains auteurs, la destruction de ses dossiers médicaux par un hôpital avant le terme du délai de conservation pourrait avoir pour conséquence de lui faire perdre son agrément¹¹.

1.4. Que faut-il archiver au regard du droit ?

Une question lancinante en matière d'archives est celle de la sélection des documents qui méritent d'être conservés et de ceux qui peuvent être détruits. À cet égard, une bonne politique d'archivage (électronique ou non) passe nécessairement par l'élaboration d'un tableau de tri. De tels tableaux existent parfois de manière sectorielle, sous la forme de circulaires ou de directives plus ou moins officielles¹². Mais dans la majorité des cas, il est nécessaire de procéder à une réflexion en interne qui soit adaptée aux besoins de l'entité pour laquelle des documents sont conservés. Cette réflexion doit notamment (mais pas uniquement) tenir compte des aspects juridiques de la question.

Un certain nombre de textes imposent la tenue et la conservation de documents. Certaines exigences légales de conservation visent des types de documents précis, tels le dossier médical au sein de l'hôpital, les factures, les livres de comptes, différents registres, etc. D'autres sont beaucoup plus vagues, tel le Code des sociétés, qui exige la conservation des « livres et documents » de la société¹³.

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

¹¹ Voir les articles 15, 17 et 70 de la Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, tels qu'analysés par Stéphanie BRILLON et Stefan CALLENS, « La conservation du dossier patient », in *Revue de droit de la santé*, 2001-2002, p. 177.

¹² Par exemple, en ce qui concerne les archives publiques, voir les différents tableaux de tri élaborés par les Archives de l'État et disponibles en ligne à l'adresse : <http://arch.arch.be/content/view/679/254/lang_fr_BE/>.

¹³ Article 195 du Code des sociétés.

justice ou devant une autorité en cas de litige avec l'État, un tiers, un cocontractant ou dans l'hypothèse d'un contrôle administratif.

1.5. Combien de temps archiver ?

Une autre question récurrente, directement liée à celle du tri, est celle des durées de conservation des documents. À nouveau, s'il existe parfois des tableaux de tri avec indication des délais de conservation, ceux-ci sont sectoriels et ne recouvrent généralement qu'une partie des documents conservés par une entité¹⁴. On trouve parfois sur internet des sites reprenant les durées de conservation afférentes à divers types de documents¹⁵ mais ces tableaux sont purement indicatifs, et pas toujours mis à jour.

Les durées de conservation sont éminemment variables et peuvent parfois être illimitées dans le temps, comme c'est le cas pour les actes notariés. Deux sortes de règles peuvent s'appliquer de manière cumulative à un même document. D'une part, il arrive que des règles spécifiques à certains secteurs ou à certains documents fixent des délais de conservation : cinq ans pour les documents sociaux, sept ans pour les factures et les documents comptables... D'autre part, les règles de prescription gouvernent la matière par défaut. Un délai de prescription est un délai au terme duquel une action en justice ne peut plus être intentée. Autrement dit, jusqu'à l'expiration du délai de prescription, il est prudent de conserver les documents potentiellement utiles en justice. On note que les délais de prescription sont éminemment variables en fonction du type d'action en justice et que les délais généraux prévus par le Code civil connaissent un grand nombre de dérogations particulières, dans le Code lui-même ou dans des lois particulières, ce qui ne facilite pas le travail de tri opéré par l'archiviste. Pour ne reprendre que les délais généraux, rappelons que le délai de prescription est de trente ans pour les actions réelles¹⁶ et de dix ans pour les actions personnelles¹⁷. Une action en responsabilité extra-contractuelle est prescrite cinq ans après la connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de l'auteur du dommage, avec un maximum de vingt ans après l'acte dommageable.

Pour le calcul du délai, la plus grande attention doit naturellement être portée au point de départ de celui-ci. Parfois, le délai commence à courir dès la création du

¹⁴ Voir les tableaux de tri cités en note 12.

¹⁵ Voir, à titre indicatif, les délais de conservation recommandés par la société Merak sur son site : <<http://www.merak.be/belg/fr/products/bewaartermijn.asp?menu=producten&type=1>>.

¹⁶ Par exemple, les actions qui portent sur un droit de propriété, une servitude, un usufruit, une hypothèque...

¹⁷ Par exemple, une récupération de créance.

document, ou dans l'année qui suit¹⁸. Cependant, il est fréquent que le délai de conservation d'un document commence à courir bien après sa création. Ainsi les livres et documents d'une société doivent être conservés pendant cinq ans... à dater de la dissolution de la société¹⁹, ce qui signifie pendant toute la durée de vie de la société plus cinq ans.

Certains événements peuvent interrompre le délai de prescription et remettre le compteur à zéro, de sorte qu'un nouveau délai recommence à courir²⁰. L'introduction d'une action en justice a précisément cet effet interruptif. D'autres événements ont pour effet de suspendre le délai de prescription, de sorte que le compteur est momentanément à l'arrêt²¹. Le fait d'être mineur d'âge a ainsi pour conséquence de suspendre le délai, qui ne commencera à courir qu'à la majorité de la personne susceptible d'introduire l'action en justice.

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

Le dossier médical du patient offre un cas d'application intéressant de toutes ces questions. La Loi sur les hôpitaux impose à ces derniers l'obligation de tenir et de conserver un dossier médical pour chaque patient²². La durée de conservation de ce dossier est fixée à trente ans par un arrêté royal²³. De manière plus générale, pour tous les médecins, le Code de déontologie médicale s'est aligné sur ce délai de trente ans, pour tenir compte à la fois des délais de prescription d'une éventuelle action en justice et de l'intérêt de la continuité des soins pour le patient. L'arrêté royal régissant la tenue du dossier médical à l'hôpital ne précise pas quand le délai commence à courir. En revanche, le Code de déontologie médicale stipule que ce délai court « après le dernier contact avec le patient »²⁴. On peut se demander si c'est l'intégralité du dossier qui doit être conservée pendant cette période, ou si chaque document de plus de trente ans peut être éliminé au fur et à mesure. Il ressort en tout cas d'un avis

¹⁸ Par exemple, les factures doivent être conservées pendant sept ans à partir du 1^{er} janvier qui suit leur date.

¹⁹ Article 195 du Code des sociétés.

²⁰ Articles 2242 à 2250 du Code civil.

²¹ Articles 2251 à 2259 du Code civil.

²² Article 15 de la Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987.

²³ Article 1, § 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999.

²⁴ Article 46 du Code de déontologie médicale.

du Conseil national de l'Ordre des médecins qu'un tri est possible dans les éléments du dossier. « Les données médicales qui sont essentielles aux soins à donner éventuellement par la suite au patient, doivent certainement être conservées pendant trente ans et parfois même plus longtemps si l'intérêt du patient le requiert. Il serait cependant acceptable qu'après un délai raisonnable de dix ans par exemple, un médecin traitant ventile ses dossiers médicaux en accord et en collaboration avec son conseil médical. Si le rapport médical final comporte toutes les données utiles à la continuité des soins, les autres documents rédigés par le soussigné ne doivent plus être conservés mais bien tous ceux qui émanent d'autres médecins-consultants »²⁵. Ces considérations relativement souples sont toutefois en apparence contradiction avec d'autres avis du Conseil national, dans lesquels il rappelle que le délai trentenaire s'applique également aux tracés électro-encéphalographiques et aux clichés radiographiques²⁶.

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

Dès qu'une action en justice est intentée contre le médecin ou l'hôpital, il est évident qu'il convient de poursuivre la conservation du dossier médical jusqu'à ce que l'affaire soit définitivement tranchée²⁷, même si le délai de trente ans est dépassé.

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

²⁵ Avis du 20 avril 1985 du Conseil national de l'Ordre des médecins, Bulletin n° 33, p. 57, disponible sur <<http://www.ordomedic.be>>.

²⁶ Voir notamment l'avis du 20 janvier 2001 du Conseil national de l'Ordre des médecins, Bulletin n° 98, p. 5, disponible sur <<http://www.ordomedic.be>>.

²⁷ Ce qui implique de tenir compte de l'éventualité d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, voire d'une action devant une juridiction internationale...

vation de données médicales supérieur à trente ans dépend de la nature des données, de la symptomatologie et de l'âge du patient »²⁸.

Enfin, le délai de conservation de trente ans s'applique également au dossier médical d'un patient décédé²⁹.

1.6. Comment archiver ?

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

La règle générale en la matière procède du bon sens : il s'agit de conserver un document électronique de manière à préserver toutes ses qualités pendant tout son cycle de vie. De manière plus spécifique, on rencontre parfois dans la loi des modalités d'archivage spécifiques. Certains documents doivent être conservés sous forme originale, d'autres peuvent être conservés sous forme de copie³⁰. Des exigences de lisibilité, d'intégrité ou d'inaltérabilité sont parfois imposées³¹. Des critères de sécurité et de confidentialité sont à respecter, comme c'est le cas pour la conservation de données à caractère personnel³². Il est parfois explicitement requis de conserver la documentation relative aux systèmes informatiques utilisés, comme c'est le cas en

²⁸ Avis du 21 septembre 2002 du Conseil national de l'Ordre des médecins, Bulletin n° 92, p. 3, disponible sur <<http://www.ordomedic.be>>.

²⁹ Avis du 20 avril 1985 du Conseil national de l'Ordre des médecins, Bulletin n° 33, p. 57, disponible sur <<http://www.ordomedic.be>>.

³⁰ Voir l'article 8, § 2, de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises ; l'article 9 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

³¹ Voir l'article 61 du Code TVA ; l'article 33 du Code pénal social ; l'article 9 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

³² Article 16 de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

matière comptable ou fiscale³³. Les autorités doivent pouvoir disposer d'un droit d'accès aux données à des fins de contrôle sur simple demande³⁴.

1.7. Où archiver ?

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

Ainsi, la Loi sur les hôpitaux prévoit que le dossier médical du patient doit être conservé « à l'hôpital »³⁵. Cette exigence semble un obstacle à la conservation des dossiers médicaux en dehors de l'hôpital, *a fortiori* par un tiers de confiance autre que l'hôpital. L'enjeu est de taille, puisque les archives accumulées au sein des hôpitaux occupent un espace considérable et que leur conservation sous forme électronique à long terme nécessite un savoir-faire spécifique et un espace de stockage important, en particulier pour l'imagerie médicale, avec les coûts que cela implique.

En ce qui concerne l'archivage des factures électroniques, la loi belge prévoit que « les factures qui sont conservées par voie électronique garantissant en Belgique un accès complet et en ligne aux données concernées peuvent [...] être conservées dans un autre État membre de la Communauté à condition que l'administration qui a la taxe sur la valeur ajoutée dans ses attributions en soit informée au préalable »³⁶. Dès lors, les factures électroniques ne peuvent être stockées en dehors du territoire de l'Union européenne. De même, à propos du traitement de données à caractère personnel, de sérieuses restrictions existent quant au transfert de telles données vers des pays situés en dehors de l'espace économique européen³⁷. Il convient d'avoir ces contraintes juridiques à l'esprit lorsqu'on envisage la localisation du site d'archivage électronique, mais également de son site miroir. De même, le recours à un système d'archivage via le *cloud computing* est sujet à caution étant donné la difficulté à localiser précisément les données, sauf à recourir à un service de *cloud* limité au territoire européen.

³³ Article 315bis du Code des Impôts sur les Revenus, article 60, § 2, du Code TVA.

³⁴ Article 31 du Code pénal social.

³⁵ Article 15 de la Loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, *M.B.*, 7 octobre 1987.

³⁶ Article 60, § 3, du Code TVA.

³⁷ Article 21-22 de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

2. L'archivage électronique face au droit de la preuve

L'archivage électronique soulève également des questions au regard du droit de la preuve. Avant d'aborder ces questions, il convient de cerner les enjeux et les principes de base en matière de droit de la preuve. Les règles exposées ici relèvent du droit commun de la preuve en droit civil, sachant que des règles spécifiques peuvent y déroger dans certaines matières (comme en droit commercial, en droit fiscal...).

2.1. Enjeux et principes de base

Il ne suffit pas d'avoir un droit : encore faut-il pouvoir prouver son existence³⁸. À cet égard, les juristes soulignent unanimement l'importance pratique de la preuve pour démontrer en justice que l'on a un droit ou que l'on a correctement exécuté ses obligations³⁹.

La preuve s'inscrit dans un litige ou en prévision de celui-ci, qu'il s'agisse d'un problème contractuel, d'un testament ou d'un contentieux avec l'administration. Même en l'absence de problème, il est toujours prudent de se ménager des preuves, « au cas où... » (preuves préconstituées). Idéalement, il est préférable de disposer des meilleurs éléments de preuve, mais il faut bien reconnaître que la preuve juridique n'est pas une preuve scientifique⁴⁰. Dans bien des cas, il faudra se contenter d'une probabilité ou d'une vraisemblance pour trancher le litige. En tout état de cause, le but est de convaincre le juge, qui est obligé de résoudre le différend, même en l'absence de certitude, sous peine de déni de justice. À cet égard, le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation important sur le caractère convaincant des éléments de preuve qu'on lui soumet.

Certains aspects du droit de la preuve sont cependant réglementés par le législateur qui détermine qui a la charge de la preuve, quels sont les procédés de preuve admis et quelle est leur force probante. Nous n'entrons pas ici dans le détail de ces règles, en nous contentant d'évoquer les grands principes de base⁴¹.

Ainsi, en principe, il revient à chaque partie au procès de prouver les éléments qu'elle allègue⁴². La *recevabilité* est l'admissibilité d'un mode de preuve en justice. Un

³⁸ Voir l'adage *Idem est non esse aut non probari*.

³⁹ Dominique et Raymond MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, n° 3, p. 64 ; Nicole VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 1, p. 5 ; et les références citées par ces auteurs.

⁴⁰ Dominique et Raymond MOUGENOT, *op. cit.*, n° 17, p. 80.

⁴¹ Pour plus de détails, voir Dominique et Raymond MOUGENOT, *op. cit.* ; Nicole VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*

⁴² Article 870 du Code judiciaire et article 1315 du Code civil.

preuve irrecevable est rejetée d'office par le juge, sans examen. Ainsi, lorsque la loi exige une preuve par un écrit signé, les autres modes de preuve sont en principe irrecevables, sous réserve des exceptions prévues par le législateur. On note également qu'une preuve obtenue en violation du secret professionnel ou de la vie privée peut, dans certaines circonstances, être irrecevable⁴³.

La *valeur probante* d'une preuve est son caractère convainquant, « son aptitude à emporter la conviction du juge »⁴⁴. Quant à la *force probante*, elle est déterminée par la loi pour marquer « l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties »⁴⁵.

La loi prévoit ainsi une hiérarchie entre les modes de preuve. L'écrit signé, l'aveu et le serment sont des modes de preuve « parfaits » : ils sont en principe toujours admissibles et leur force probante s'impose au juge. L'aveu et le serment sont plutôt tombés en désuétude, de sorte qu'à l'heure actuelle, l'écrit signé constitue dans notre système juridique la preuve par excellence. Par contre, les témoignages et les présomptions sont des preuves imparfaites car leur admissibilité est limitée, leur force probante est inférieure à celle de l'écrit signé et ils n'emportent pas nécessairement la conviction du juge⁴⁶.

2.2. Faut-il toujours un écrit signé ?

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

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

⁴³ Dominique et Raymond MOUGENOT, *op. cit.*, n° 14-2, p. 74. On note que dans sa jurisprudence « Antigonie », la Cour de cassation a adopté une position plus souple au regard des preuves illégales, qui ne peuvent être automatiquement considérées comme inadmissibles. Voir notamment Cour de cassation, 14 octobre 2003, Rôle Général P030762N ; Cour de cassation, 16 novembre 2004, Rôle Général P041127N ; Cour de cassation, 2 mars 2005, Rôle Général P041644F ; Cour constitutionnelle, 22 décembre 2010, n° 158/2010, disponibles sur <www.cass.be>.

⁴⁴ Dominique et Raymond MOUGENOT, *op. cit.*, n° 14-2, p. 75.

⁴⁵ *Ibidem*, n° 14-2, p. 75.

⁴⁶ *Ibidem*, n° 6, p. 66.

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

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

Enfin, le Code civil prévoit deux exceptions à la règle de l'écrit signé. Lorsqu'un justiciable ne dispose pas d'un véritable écrit signé mais seulement d'un *commencement de preuve par écrit* il peut s'en servir comme preuve en justice, à condition de le compléter par des témoignages ou des présomptions⁴⁷. Un commencement de preuve par écrit est un écrit qui émane de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué. Ainsi, un juge a considéré qu'un courrier électronique reçu par son destinataire pouvait être utilisé comme commencement de preuve par écrit contre l'expéditeur, du moins si ce dernier ne conteste pas l'avoir écrit et ne prétend pas qu'il est falsifié, même s'il dit ne pas se souvenir du contenu⁴⁸. Des éléments complémentaires, comme un fichier *log* ou l'adresse IP de l'expéditeur, viendront renforcer le caractère vraisemblable des allégations et permettront d'établir l'origine du message. Il faut encore y ajouter d'autres preuves de nature à renforcer le fait allégué, comme des témoignages, des extraits de comptes, etc.

La seconde exception prévue par le Code civil vise l'hypothèse où il est *impossible d'apporter une preuve par écrit*⁴⁹. Divers cas d'impossibilité sont ainsi visés. D'abord l'impossibilité matérielle, lorsque les parties n'ont eu ni le temps ni les moyens de

⁴⁷ Article 1347 du Code civil.

⁴⁸ Cour du travail de Gand, 23 septembre 2003, inédit.

⁴⁹ Article 1348 du Code civil.

rédigé un écrit en raison des circonstances. On vise ici des circonstances assez exceptionnelles, par exemple une situation d'urgence (incendie, naufrage) où il importe de mettre des biens à l'abri en les mettant en dépôt chez quelqu'un, sans établir de contrat. Dans les années 1980, certains auteurs ont estimé que l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit devait être admise lorsqu'on était en présence d'un procédé de transmission de données dématérialisées⁵⁰. Cette doctrine a toutefois été vivement critiquée par divers auteurs et n'est plus guère défendue aujourd'hui⁵¹. On note que l'impossibilité peut également être morale ou résulter des usages (entre un médecin et ses patients ou dans le secteur de l'hôtellerie, par exemple), mais cette exception n'est guère utile en matière informatique où les usages ne sont pas encore établis. Enfin, l'impossibilité peut résulter de la perte de l'écrit signé. Il faut cependant que la perte résulte d'un cas de force majeure et non d'une négligence de la partie qui se prévaut de l'exception. Ainsi, la destruction des archives dans un incendie ou une inondation ou le vol de certains documents peuvent être considérés comme une perte par cas de force majeure. Il en va autrement si les archives ont été détruites volontairement (par exemple, après avoir été numérisées) ou suite à une négligence dans la gestion du système d'archivage électronique. On ajoute que si l'impossibilité de prouver par écrit est démontrée, il faut encore disposer d'éléments de preuve permettant de convaincre le juge, sous forme de témoignages ou de présomptions.

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

⁵⁰ Voir notamment Xavier MALENGREAU, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents », in *Annales de droit de Louvain*, 1981/2, p. 116 ; Françoise CHAMOUX, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », in *JCP G (Semaine juridique édition Générale)*, 1981, I 3008, n° 21 ; Gilbert PARLÉANI, « Un texte anachronique : le nouvel article 109 du Code de commerce (rédaction de la loi du 12 juillet 1980) », *Recueil Dalloz*, 1983, Chronique XII, p. 68, n° 16 ; Xavier THUNIS et Marc SCHAUS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Namur, Story-Scientia, Cahiers du CRID, n° 1, 1988, p. 46, n° 73.

⁵¹ Jérôme HUET et Herbert MAISI, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 664, n° 594 ; Martine BOIZARD, « Preuve des paiements par cartes bancaires et signature informatique (à propos de l'arrêt de la Cour de Montpellier, 1^{er} ch. D du 9 avril 1987) », in *Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, 1988, E, p. 12, n° 20 ; André LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987, pp. 374-375, n° 318.

2.3. Peut-on scanner un document papier puis détruire l'original ?

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

Il existe des autorisations sectorielles de conserver un document sous forme de copie, mais elles sont très limitatives. Par exemple, les factures⁵², les pièces justificatives de comptabilité⁵³ ou les documents sociaux⁵⁴ peuvent être conservés sous forme de copie ou d'original. On trouve également dans la législation des dispositions éparpillées octroyant le statut d'original à des copies, jusqu'à preuve du contraire du moment qu'elles sont réalisées sous le contrôle de certains acteurs explicitement désignés et dans certaines conditions. Ainsi, les copies de documents réalisées par les entreprises d'assurance et les établissements de crédit valent original jusqu'à preuve du contraire⁵⁵. Mais cette disposition est de stricte application, de sorte que l'on ne peut s'étendre aux copies réalisées par les courtiers d'assurance. De même, les copies réalisées par les institutions de sécurité sociale (parmi lesquelles les secrétariats sociaux) ont « valeur probante jusqu'à preuve du contraire » à condition que les modalités d'enregistrement, de conservation et de reproduction des documents soient dûment agréées par le ministre compétent⁵⁶.

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

⁵² Article 60 du Code TVA et la circulaire n° AFER 16/2008 (E.T.112.081) du 13 mai 2008.

⁵³ Article 6 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁵⁴ Article 24 et 25 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.I. 27* août 1980.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Arrêté royal du 22 mars 1993 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, pris en application de l'article 18 de la loi du 4 avril 1991.

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

2.4. Quelle est la valeur probante d'une copie par scanning ?

Le fichier numérique (une image JPEG, un document PDF...) obtenu après avoir scanné un document papier est seulement une copie numérique de celui-ci. Hormis les règles particulières exposées au point précédent, la copie n'a pas la même valeur qu'un original. En vertu du Code civil, on peut toujours contester une copie et réclamer la production de l'original pour lever un doute sur la véracité de son contenu⁵⁷.

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

Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence belge sur la valeur probante des documents scannés, mais il nous semble que l'on peut raisonner à partir de la jurisprudence développée en matière de photocopie. Si l'original n'a pas été conservé, la copie n'aura pas beaucoup de valeur probante, mais cela ne signifie pas qu'elle n'aura pas de valeur du tout. D'abord, si elle n'est pas contestée par l'autre partie, elle fera pleine preuve de son contenu⁵⁸. On relève qu'en pratique, devant les tribunaux, la plupart des parties présentent à la cause des photocopies de documents, sans que cela pose le moindre problème. Il devrait en être de même pour les documents scannés. Ensuite, on pourrait considérer que la copie numérique d'un document scanné est un commencement de preuve par écrit⁵⁹. C'est en effet un écrit (électronique) et l'on devrait pouvoir considérer qu'il émane de l'auteur de l'original. Ce raisonnement ne vaut, bien entendu, que si la fidélité de la copie par rapport à l'original ne peut raisonnablement être mise en doute. On ne saurait trop insister sur l'importance capitale d'éléments comme les métadonnées du document, la procé-

⁵⁷ Article 1334 du Code civil.

⁵⁸ Voir Dominique MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in Étienne MONTERO (ed.), *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP (vol. 54), 2002, p. 254, n° 26, et les références citées.

⁵⁹ Voir, par analogie, le raisonnement développé par Dominique MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 245-252, nos 14 et suivants (et les références citées).

dure de scanning et d'archivage électronique, la personne sous le contrôle de laquelle la numérisation a eu lieu, etc., pour convaincre le juge que le processus de numérisation n'a pas été entaché de fraude. On rappelle d'ailleurs que le commencement de preuve par écrit doit être complété par des présomptions ou des témoignages qui corroborent les faits à prouver. La valeur de la copie numérique d'un document papier dépendra donc du caractère convainquant du document et des éléments étayant sa crédibilité, sachant que le juge appréciera souverainement la valeur probante de ce moyen de preuve.

2.5. Quels sont les éléments de preuve à conserver ?

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

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

2.6. Quelle est la valeur juridique d'une archive électronique ?

En définitive, la valeur juridique d'une archive électronique dépend de tous les éléments développés ci-avant. Cette valeur dépendra d'abord des précautions ayant entouré la création du document lui-même et la conformité aux règles de validité et de préconstitution de la preuve, ou encore du choix du type de signature électronique apposée sur le document. Elle dépendra également de la nature de l'archive électronique, selon qu'il s'agit d'un original électronique ou d'une copie numérique d'un document papier, auquel cas les modalités de l'opération de scanning conditionneront également le crédit que l'on peut accorder à cette copie. Enfin, le processus d'archivage électronique et sa capacité à garantir l'intégrité, la lisibilité, l'authenticité et la traçabilité du document seront à prendre en considération.

Conclusion

Au terme de ce rapide panorama sur les aspects juridiques de l'archivage électronique, le sentiment qui prédomine est celui de l'incertitude. On peut être perplexe face à la multitude des délais de conservation et à la difficulté de les répertorier de manière exhaustive. L'absence de critères officiels et généraux pour la reconnaissance juridique des documents numérisés et des archives électroniques freine le

développement de politiques d'archivage électronique homogènes et concertées. La possibilité technique d'externalisation de l'archivage au-delà des frontières du territoire belge ou européen soulève des interrogations, surtout avec le développement de solutions de *cloud computing*. Ce n'est qu'*a posteriori*, lorsque l'archive sera soumise au juge ou à l'administration, que l'on sera fixé sur sa valeur juridique.

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

Il reste que l'on peut souhaiter une intervention législative en la matière, et la mise en place, au niveau belge et européen, d'un cadre juridique clair et cohérent pour déterminer la valeur juridique des archives électroniques et des documents numérisés. Étant donné l'évolution rapide des technologies, un tel cadre juridique devrait rester suffisamment neutre sur le plan technologique et s'attacher à développer des critères objectifs, tout en encourageant le développement de bonnes pratiques afin de rencontrer ces critères au moyen des techniques les plus efficaces. À cet égard, on rappelle que la loi du 15 mai 2007 sur les services de confiance a jeté les bases d'un cadre juridique qui ne demande qu'à être complété. Une refonte de ce texte, en allant jusqu'au bout de ses ambitions, pourrait être une solution à envisager.