

N° 6543²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2012-2013

PROJET DE LOI**relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du
5 avril 1993 relative au secteur financier**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(14.6.2013)

Par sa lettre du 4 février 2013, Monsieur le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

Dans un monde où le développement de la société de l'information entraîne tant la création que l'échange ou encore le stockage d'un volume toujours plus important de données, le présent projet de loi s'inscrit dans un contexte de désir de réduction de la quantité de documents papier, à la fois pour des raisons de coûts liés au stockage, mais également pour des questions de facilité d'accès et de partage de l'information.

Si le cadre juridique actuel permet, depuis la loi modifiée du 14 août 2000, la création de documents originaux sous forme numérique en définissant et en reconnaissant la validité de la signature électronique, force est de constater que la situation est beaucoup moins évidente pour les documents créés sous forme papier et appelés à être dématérialisés pour être ensuite stockés sous forme numérique.

La Chambre des Métiers note ainsi que les objectifs principaux du projet de loi sous avis consistent en une modernisation des règles relatives à la dématérialisation de certains documents et à leur conservation sous forme numérique, mais également en la création de l'activité de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation („PSDC“).

Elle tient à préciser que seront désignés dans le présent avis par „PSDC-C“ les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation qui exercent à titre principal ou accessoire une activité de conservation, et par „PSDC-D“ ceux qui exercent à titre principal ou accessoire une activité de dématérialisation.

Si elle approuve l'initiative du projet, qu'elle trouve tant novateur que prometteur, elle souhaite néanmoins que soient prises en considération ses remarques ci-après exposées.

*

1. LA VALEUR JURIDIQUE DES COPIES

La Chambre des Métiers constate que le projet d'article 3 prévoit qu'une copie effectuée sous la responsabilité du détenteur aura la même valeur probante que l'original lorsqu'elle aura été réalisée dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie qui réponde aux conditions fixées par règlement grand-ducal.

Il est en outre précisé qu'une copie ne pourra être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle n'a pas été réalisée par un PSDC-D et que l'article 1333 du Code civil ne s'applique pas aux copies visées par le projet. C'est notamment sur ce dernier point que souhaite revenir la Chambre des Métiers.

1.1. Rappel de la situation actuelle

1.1.1. *L'article 1334 du Code civil et l'article 16 du Code de commerce, ou l'accord d'équivalence des copies à leurs originaux*

Aux termes de l'article 1334 du Code civil, „*lorsque le titre original ou l'acte faisant foi d'original [...] n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci, sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont la même valeur probante que les écrits sous seing privé dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal.*“

L'article 16 du Code de commerce dispose quant à lui qu'„*à l'exception du bilan et du compte de profits et pertes, les documents ou informations visés aux articles 11, 12, 14 et 15 peuvent être conservés sous forme de copie. Ces copies ont la même valeur probante que les originaux dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal*“.

Ceci signifie donc qu'une **équivalence des copies à leurs originaux** est accordée par ces deux articles à la double condition que lesdites copies:

- aient été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie;
- répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal (il s'agit en l'espèce du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du Code civil et 11 du Code de commerce, qu'il est aussi prévu d'abroger et de remplacer suite ou concomitamment à l'adoption du projet de loi sous rubrique).

Néanmoins, il est à relever une différence essentielle entre les dispositions du Code de commerce, qui offrent une vraie équivalence des copies à leurs originaux, et celles du Code civil, qui ne posent une équivalence **que dans l'hypothèse où l'original n'existe plus**.

1.1.2. *L'article 1333 du Code civil ou un point bloquant à l'archivage électronique des actes sous seing privés*

Au cas où l'original subsiste, l'article 1333 du Code civil prévoit que „*les copies [...] ne font foi que de ce qui est contenu au titre ou à l'acte, dont la représentation peut toujours être exigée.*“

Ceci signifie donc que dans la situation actuelle, en cas de contenus divergents entre un original et une copie, le juge peut demander la présentation du premier, ce qui sous-entend donc qu'un original non dématérialisé a vocation à prévaloir sur sa copie. Si cette disposition se justifie pour les copies qui ne sont pas réalisées dans des conditions permettant de garantir leur fidélité et leur intégrité, elle constitue en revanche un obstacle au développement de l'archivage électronique.

En effet, à supposer que deux parties aient signé un contrat papier, et que l'une d'elles ait pris la décision de dématérialiser son original afin de le conserver sous forme numérisée, et de le détruire ensuite, en cas de litige entre cette version numérisée et la version papier de l'autre partie qui divergerait de la première, le juge, en invoquant l'article 1333 du Code civil, ferait prévaloir la version papier sur sa copie numérique.

L'article 1333 du Code civil étant donc un point bloquant à l'archivage électronique, puisqu'une partie qui déciderait de détruire ses originaux serait toujours exposée au risque qu'une autre partie ayant conservé ses originaux voie ces derniers prévaloir sur les siens en cas de litige, la Chambre des Métiers se félicite de la teneur des textes proposés par le projet de loi.

1.2. Les dispositions projetées

Ainsi approuve-t-elle le paragraphe 1er du projet d'article 3, qui fixe les conditions qu'une copie doit revêtir pour être automatiquement assimilée à un original (c'est-à-dire qu'elle devra avoir été réalisée dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie qui réponde à des conditions fixées par règlement grand-ducal).

Elle marque en outre son accord avec le fait que ce n'est pas parce qu'une copie ne remplit pas lesdites conditions qu'elle pourra pour autant être d'office refusée ou rejetée par le juge (paragraphe 2).

Enfin, et dans la continuité du raisonnement développé plus haut, la Chambre des Métiers se félicite de la précision apportée relativement à l'absence d'application de l'article 1333 du Code civil (paragraphe 3), qui ne produira plus ses effets face aux copies numériques visées par le projet. Elle comprend donc que si toutes les conditions sont réunies, un original annoté aura la même valeur juridique qu'une copie dématérialisée.

La Chambre des Métiers note par ailleurs que sont ainsi visés par la nouvelle législation tous les actes sous seing privés mais aussi tous les documents visés à l'article 16 du Code de commerce.

Elle tient néanmoins à insister sur l'importance de la définition à donner par le projet à la „copie“ puisque même si elle a conscience qu'elle sera précisée par règlement grand-ducal, elle estime que celle donnée à l'article 2 (reproduction fidèle et durable sous forme numérique d'un original) mériterait néanmoins d'être étayée (et la concordance assurée avec celle donnée par le règlement), eu égard à l'importance qu'elle revêt.

De surcroît, la Chambre des Métiers attire l'attention des auteurs du projet sur la question de la valeur d'une copie numérisée luxembourgeoise d'un contrat, éventuellement opposée dans un litige à l'étranger à un original papier que l'autre partie étrangère y détiendrait.

*

2. L'ACTIVITE DE DEMATERIALISATION ET DE CONSERVATION

2.1. Le principe de la „liberté“

Aux termes du projet d'article 4, „*l'exercice des activités de dématérialisation ou de conservation est libre sous réserve des dispositions applicables en matière de droit d'établissement*“.

Ceci signifie donc qu'aucune autorisation spéciale n'est nécessaire pour exercer une activité soit de dématérialisation, soit de conservation, soit des deux (sans préjudice néanmoins des dispositions de droit commun en matière d'établissement).

La Chambre des Métiers comprend ainsi, à la lumière des commentaires du projet, qu'à l'exception du secteur financier, qui fait l'objet de dispositions spécifiques, une personne morale pourra librement prester les services précités sans devoir obtenir de certification.

Néanmoins, elle relève que les copies réalisées par ce prestataire ne bénéficieront pas d'une présomption de conformité à l'original.

2.2. La présomption de conformité de la copie à l'original

Selon l'article 5, une copie sera présumée „conforme à l'original“ lorsqu'elle aura été réalisée par un PSDC-D ou un PSDC-DC.

Les PSDC bénéficieront donc d'office d'une présomption de conformité, ce qui entraînera un renversement de la charge de la preuve en cas de litige puisque dans le cas où une copie aura été réalisée par une personne autre qu'un PSDC, celui qui s'en prévautra (et en particulier le détenteur) devra d'abord, en cas de contestation, établir que cette copie a été créée dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elle répond bien aux conditions fixées par règlement grand-ducal afin de bénéficier de ladite présomption.

Si elle approuve le principe de la liberté d'exercice, la Chambre des Métiers appréhende néanmoins le fait qu'une confusion puisse exister aux yeux du public entre un prestataire „certifié“ (dont les copies bénéficieraient de la présomption de conformité) et un prestataire „non certifié“ (dont les copies, elles, n'en bénéficieraient pas) et invite les auteurs du projet de loi à s'assurer que des mécanismes de publicité et de transparence nécessaires seront mis en place afin que toute confusion soit évitée.

*

3. LE STATUT DE „PRESTATAIRE DE SERVICES DE DEMATERIALISATION OU CONSERVATION“

3.1. L'obtention du statut de PSDC

La Chambre des Métiers note, aux termes du projet d'article 6, que seules les personnes morales certifiées selon la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC par un certificateur accrédité par l'OLAS (ou par tout autre organisme reconnu par lui) auront le droit d'utiliser la dénomination de PSDC (respectivement de PSDC-C, PSDC-D ou PSDC-DC).

Ainsi, elle comprend que ladite procédure de certification vise à garantir le sérieux de la profession, à rassurer les clients et à augmenter la confiance en l'archivage électronique, ce qu'elle approuve.

Elle félicite en outre les auteurs quant au fait que la seule certification ne soit pas suffisante, puisqu'une fois celle-ci obtenue, elle devra encore être notifiée à l'ILNAS qui la validera. Ce n'est qu'après cette validation que la personne morale sera inscrite sur la liste des PSDC, ce qui lui confèrera officiellement le statut de PSDC.

La Chambre des Métiers insiste sur l'importance de la publication de cette liste, et se demande si la seule publication sur le site électronique de l'INLAS (telle que prévue par le paragraphe (3) de l'article 6) est suffisante, eu égard à l'importance qu'elle revêt, et suggérerait qu'elle soit de fait portée à la connaissance du public par d'autres moyens.

Elle relève enfin une erreur matérielle au paragraphe 1er de l'article 6: „*Seules les personnes morales certifiées selon la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC par un certificateur accrédité par l'OLAS ou par tout autre organisme d'accréditation reconnu par l'OLAS dans le cadre des accords [...]*“.

3.2. La suspension ou le retrait du statut de PSDC

Selon le projet d'article 7, l'ILNAS peut procéder à tout moment à la suspension ou au retrait du statut de PSDC „*en cas de découverte de tout événement, circonstance ou incident de nature à causer, ou avoir causé, une violation par le PSDC des dispositions de la présente loi, des règlements pris en exécution ou de la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC*“.

Il est par ailleurs prévu que l'ILNAS peut, si une telle mesure était nécessaire à l'intérêt du public, publier un communiqué soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux luxembourgeois ou étrangers.

La Chambre des Métiers suggère qu'une telle publicité ne soit pas laissée à la libre appréciation de l'ILNAS mais qu'elle devienne une obligation générale, l'alinéa 3 du paragraphe (1) de l'article 7 prenant ainsi la formulation suivante: „*Dans ce cas, l'ILNAS doit publier un communiqué soit au Mémorial, soit dans un ou plusieurs journaux luxembourgeois ou étrangers*“.

En effet, elle estime qu'une telle mesure de publicité est importante pour des questions de transparence vis-à-vis du public, eu égard au fait que les copies dématérialisées ou conservées par une personne morale après la suspension ou la perte de son titre de PSDC ne bénéficieront plus de la présomption de conformité aux originaux conférée par ce titre.

Par ailleurs, la Chambre des Métiers s'interroge sur le sort desdits documents pendant la période „de suspension“. Qu'en est-il de leur valeur? Bénéficient-ils encore de la présomption de conformité au cours de ce laps de temps? Elle souhaiterait que cette situation soit clarifiée par les auteurs du projet.

3.3. Les obligations pesant sur les PSDC

La Chambre des Métiers note que le projet d'article 9 dispose que préalablement à toute relation contractuelle avec un détenteur, le PSDC mettra à disposition, sur un support durable et dans des termes aisément compréhensibles, les informations relatives aux conditions de dématérialisation et, le cas échéant, de conservation, ce qu'elle approuve.

En effet, elle estime nécessaire qu'une transparence soit assurée et que le client soit mis en mesure de déterminer si les services offerts couvrent suffisamment ses besoins.

Elle se félicite également de l'obligation au secret professionnel, posée par le projet d'article 10 et en vertu de laquelle les personnes au service d'un PSDC seront tenues de garder strictement secrets tous les renseignements, originaux, documents et copies confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle (à l'exception de ceux dont le détenteur a accepté ou demandé la révélation). Elle tient cependant à souligner l'importance de ladite obligation y compris en cas de suspension ou de perte du statut du PSDC, de transfert ou de cessation des activités de ce dernier, ce qui ne semble pas ressortir explicitement du projet lui soumis pour avis.

La Chambre des Métiers marque également son accord avec l'interdiction posée par le projet d'article 11 et relative à l'interdiction, pour les PSDC-C, de constituer des sûretés ou de donner en garantie, de quelque manière que ce soit, les matériels et supports sur lesquels des copies ou des originaux numériques appartenant à des détenteurs sont stockés. En effet, elle estime essentielle la préservation du droit des propriétaires de pouvoir bénéficier d'un accès sur lesdits matériels et supports afin le cas échéant de les récupérer, de les transférer à un tiers ou encore de les détruire.

Néanmoins, relativement à ce dernier point, la Chambre des Métiers comprend donc implicitement que les auteurs partent du postulat que le PSDC est en toute hypothèse propriétaire des matériels et supports sur lesquels les données sont stockées? Une location éventuelle des serveurs serait donc exclue? Le cas échéant, ne conviendrait-il pas de le faire figurer explicitement dans le projet? S'il s'agit d'une condition d'obtention du statut de PSDC, elle est d'avis qu'il convient alors de le préciser.

3.4. Le transfert et la cessation des activités du PSDC

En ce qui concerne le paragraphe (3) du projet d'article 12, qui prévoit que „*tout PSDC-C qui cesse ses activités sans que celles-ci ne soient reprises par un autre PSDC-C, prend les mesures nécessaires à la restitution au détenteur dans de bonnes conditions de toute copie ou tout original numérique lui appartenant ainsi que toute information relative à la dématérialisation et à la conservation des copies ou des originaux numériques [...]*“, la Chambre des Métiers estime que la notion de „mesures nécessaires“ qu'il convient de prendre se doit d'être précisée.

Par ailleurs, elle regrette en l'espèce l'absence de disposition relative au respect du secret professionnel et se demande s'il ne conviendrait pas de prévoir des sanctions en cas de non-respect de ladite prise de mesures nécessaires. A quel moment celle-ci sera-t-elle en outre vérifiée?

Pour ce qui a trait au cas où le PSDC-C serait soumis à une procédure collective, telle une faillite, une gestion contrôlée, une liquidation judiciaire ou toute autre procédure instaurant un concours entre ses créanciers, la Chambre des Métiers note que le détenteur sera en droit de réclamer la restitution de toute copie ou original numérique lui appartenant ainsi que toute information relative à la dématérialisation et à la conservation des copies en échappant à tout concours avec les créanciers et nonobstant les prétentions du curateur de faillite, du commissaire à la gestion contrôlée ou du liquidateur et s'en félicite.

Néanmoins, elle souhaiterait que soit explicitée l'obligation de vigilance à laquelle seront soumis tant le curateur de faillite que le commissaire à la gestion contrôlée ou le liquidateur, ce afin que les copies ou originaux numériques appartenant aux clients mais conservés sur le matériel ou les supports du PSDC ne soient ni divulgués, ni altérés, ni perdus, ni détruits.

*

4. DISPOSITIONS FINALES

En ce qui concerne notamment l'article 15 du projet sous avis et la disposition relative au fait qu'il est prévu que „*les copies et originaux numériques créés et conservés par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés [soient] des copies et originaux numériques au sens de la présente loi créés et conservés conformément aux dispositions du règlement grand-ducal relatif à la dématérialisation et à la conservation des documents [...]*“, la Chambre des Métiers n'a pas d'observations particulières à formuler.

En effet, dans la mesure où le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés a initié, depuis 2002, un processus de numérisation complet des dossiers qui à ce jour est pratiquement terminé, elle estime légitime de prévoir que ces documents soient considérés comme des copies ou des originaux

numériques au sens du projet sous rubrique sans devoir forcer le Registre de Commerce et des Sociétés à recommencer ce travail, d'autant que ce dernier a été effectué suivant une méthode précise documentée par écrit et garantissant la qualité du processus suivi.

Sous réserve des observations formulées ci-dessus, la Chambre des Métiers approuve le projet de loi lui soumis pour avis.

Luxembourg, le 14 juin 2013

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur Général,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN

