

N° 6543³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session extraordinaire 2013

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(8.10.2013)

Par dépêche du 6 février 2013, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous examen, élaboré par le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière et une fiche d'évaluation d'impact.

L'avis de la Chambre de commerce est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 13 juin 2013 et celui de la Chambre des métiers par dépêche du 21 juin 2013.

Le 15 juillet 2013, la commission de travail compétente du Conseil d'Etat a eu un échange de vues avec le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur au sujet du projet de loi.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Tant l'intérêt de limiter les frais de stockage et de faciliter l'accès aux données archivées voire le partage des informations qu'elles contiennent, que la possibilité de mettre à profit les techniques modernes de l'archivage électronique de documents créés sous forme papier ou sous forme numérique (dont notamment ceux prévus par la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique) plaident selon les auteurs pour la mise en place d'un cadre légal de la dématérialisation et de la conservation sous forme numérique de ces documents.

Le futur cadre légal est censé valoir au même titre pour les particuliers, les entreprises et les administrations publiques (cf. exposé des motifs, introduction, alinéa 1er).

Le Conseil d'Etat souscrit pleinement à cet objectif qui simplifiera sans aucun doute le stockage des documents et leur mise à disposition aux personnes autorisées à y avoir accès et comportera des économies substantielles en termes d'espace à réserver aux archives. En vue de ce faire, il est prévu de concevoir les techniques d'archivage de sorte à garantir la conformité durable des copies aux originaux, à protéger les données archivées contre toute forme de manipulation susceptible d'altérer leur conformité et à créer les conditions dans lesquelles des opérateurs spécialisés sont autorisés à procéder à la dématérialisation et à la conservation des documents et données en cause.

Le Conseil d'Etat se demande pourtant pourquoi les auteurs entendent, contrairement à ce qu'ils suggèrent dans l'exposé des motifs, exclure les documents administratifs du projet de loi.

Il donne en tout état de cause la préférence à une approche qui veillera à conférer une valeur probante identique à tous les documents et copies dématérialisés, peu importe que ceux-ci relèvent du secteur financier ou commercial ou qu'ils aient été générés dans un autre contexte. Si la Chambre des députés entendait exclure de l'approche générale préconisée par le Conseil d'Etat certains types de documents, tels que par exemple les actes notariés ou les actes de l'état civil, voire des archives ou actes publics officiels, il y aurait lieu de prévoir à cet effet les exceptions légales utiles.

Une autre interrogation tient à l'intention des auteurs de prévoir pour les documents dématérialisés et les copies numériques générés sur base des dispositions de la loi en projet un nouveau cadre légal spécifique destiné à donner à ces documents une valeur probante différente de celle prévue par l'article 16 du Code de commerce et par les articles 1333 et suivants du Code civil. Dans l'intérêt de la cohérence juridique, le Conseil d'Etat préfère que la question de la valeur probante des documents conservés sous forme numérique soit traitée dans le Code civil, voire dans le Code de commerce, plutôt que de faire l'objet d'un régime légal à part, source potentielle de conflits entre les règles de droit commun et celle relevant du régime légal spécial. Le Conseil d'Etat y reviendra dans le cadre de l'examen des articles.

Par ailleurs, il est prévu d'exclure du champ d'application de la loi en projet la conservation sous forme numérique d'originaux ou de copies qui ne sont pas établis selon les techniques à prévoir nouvellement (cf. article 1er, paragraphe 2) et qui continueront dès lors à être placés sous le régime du règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 1334 du Code civil. Le Conseil d'Etat se demande pourtant si le projet sous examen n'aurait pas avantage à créer les préalables utiles pour pouvoir, à l'initiative des propriétaires concernés, appliquer aux documents numériques créés sous le régime du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du Code civil¹ et 11 du Code de commerce les nouvelles règles légales en projet en matière de dématérialisation et de conservation numérique et les effets juridiques qui s'y rattachent.

Enfin, les auteurs prévoient de donner à la loi en projet, à côté du renforcement de la valeur probante par rapport à celle qui est actuellement attribuée aux documents dématérialisés en vertu des dispositions susmentionnées du Code civil et du Code de commerce, deux autres objectifs majeurs.

Le Conseil d'Etat prend note de la volonté du Gouvernement de faire des services de dématérialisation et de conservation numérique de documents une nouvelle activité économique. Cette nouvelle activité est censée se développer grâce à la création du cadre légal en projet pour la dématérialisation et la conservation qui fournira les garanties utiles pour reconnaître aux documents archivés à l'état numérique une valeur probante équivalente à celle reconnue aux originaux, que ceux-ci continuent à exister, qu'ils aient été détruits au moment de la réalisation de la copie numérique ou que dès l'origine ils aient existé seulement sous forme dématérialisée.

La dématérialisation et la conservation d'originaux et de copies numériques assurées par des prestataires certifiés qui y ont procédé suivant des procédures et techniques agréées par une instance de certification dûment accréditée permettra dès lors d'établir des documents numériques dont la valeur probante sera reconnue au même titre que celle des originaux sur support physique. A cet égard, il ne fait pas de différence que le prestataire certifié opérera pour son propre compte ou pour le compte d'autrui.

La loi en projet ne fait pas non plus de différence selon que le prestataire certifié est établi ou non au Luxembourg, différence qui serait d'ailleurs difficile à justifier face aux principes du marché intérieur consacrés par le droit européen.

A l'inverse, la reconnaissance de la valeur probante des documents numériques réalisés selon les règles légales en projet n'est pas assurée au-delà des frontières nationales. Dans ces conditions, les entreprises, qui devraient être les premières à bénéficier de l'innovation législative sous examen, auront un intérêt limité à la dématérialisation de documents sur support physique et à la conservation de documents numériques selon les nouvelles règles légales en projet. En effet, elles risqueront de devoir produire l'original sur support physique chaque fois que, dans leurs relations internationales leurs partenaires ou les autorités étrangères refuseront la reconnaissance de documents qui n'existent qu'à l'état numérique et exigeront en lieu et place la présentation de pièces sur support physique.

Le second des objectifs poursuivis consiste à protéger les propriétaires d'originaux ou de copies numériques en vue de leur permettre de récupérer en toute circonstance les originaux et copies numériques détenus par le prestataire et d'empêcher toute divulgation non autorisée des informations en question. Le Conseil d'Etat reviendra dans le cadre de l'examen des articles sur les modalités prévues en vue d'assurer cette protection.

¹ L'article 14 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique a remplacé la base légale du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986, qui ne se fonde plus depuis ce changement sur l'article 1348, alinéa 2 (alinéa supprimé par la loi du 14 août 2000), mais qui prend pour base légale formelle l'article 13 de la loi de 2000 ayant modifié l'article 1334 du Code civil.

Les auteurs du projet de loi ont pris soin d'aligner les dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier au nouveau cadre légal en projet notamment en ce qui concerne les conditions auxquelles doivent répondre les prestataires de service de dématérialisation et de conservation du secteur financier.

Le Conseil d'Etat ressent de grandes difficultés à suivre les auteurs quant à la façon dont est conçu l'article 15. Cet article réserve en effet à une seule entité nommément désignée le privilège de profiter *ex post* des futures règles de dématérialisation et de conservation numérique pour l'activité à laquelle cette entité s'est adonnée dans le passé. Le dossier soumis au Conseil d'Etat reste par ailleurs muet sur la possibilité pour d'autres entités du secteur public ou privé de justifier des mêmes préalables, situation qui les autoriserait à prétendre au même privilège.

Il faut encore relever qu'aux termes de la fiche financière jointe, „le projet de loi ne comporte pas de dispositions dont l'application est susceptible de grever le budget de l'Etat“. Le Conseil d'Etat estime que ce constat se place en contradiction flagrante avec l'article 14 du projet de loi aux termes duquel le législateur est censé accorder au Gouvernement l'autorisation d'engager trois employés de la carrière supérieure par dépassement du *numerus clausus* fixé par la loi du 21 décembre 2012 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2013². Par ailleurs, il y a lieu d'admettre que l'application de la loi en projet à l'archivage de documents administratifs ne soit pas neutre du point de vue budgétaire.

Enfin, le Conseil d'Etat note que les auteurs ont assorti les articles 1er à 12 d'un intitulé, et que pareil intitulé fait défaut pour les articles 13 à 16. Les règles de la légistique formelle ne s'opposent pas à l'attribution d'un intitulé particulier à chaque article d'un texte légal, alors que cette technique peut, notamment dans des textes normatifs plus importants, servir de repérage et faciliter ainsi l'orientation du lecteur. Toutefois, dès lors que les auteurs recourent à cette technique, ils doivent appliquer celle-ci de la même façon à l'intégralité des articles d'un texte déterminé, sinon l'abandonner pour les articles qui en sont munis. En outre, la manière d'énoncer l'intitulé change à partir de l'article 3. Si la technique de l'attribution d'un intitulé pour chaque article est maintenue, il faudra recourir à la même forme de présentation à travers tout le texte, soit en faisant précéder tous les intitulés de la préposition ablative „de“ (dans la forme grammaticale qui convient), soit en y renonçant de façon générale.

Dans la perspective de la modification éventuelle de la structure du projet de loi selon les propositions que le Conseil d'Etat se permettra de formuler dans le cadre de l'examen des articles, il conviendra de revoir également la subdivision du texte en chapitres.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Intitulé

Au regard des observations que le Conseil d'Etat formulera à l'endroit des articles 1er et 3 quant à l'insertion de certaines des dispositions projetées dans le Code civil et le Code de commerce, il faudra adapter l'intitulé en mentionnant explicitement les codes à modifier.

L'intitulé selon le Conseil d'Etat se lira dès lors comme suit:

„Projet de loi relatif à l'archivage électronique et portant modification:

- 1. de l'article 1334 du Code civil;*
- 2. de l'article 16 du Code de commerce;*
- 3. de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier“*

Article 1er

Le paragraphe 1er de l'article 1er se borne à évoquer de façon sommaire les objectifs que le projet de loi est censé développer et détailler dans les articles subséquents. Ce paragraphe ne comporte dès lors pas de plus-value normative et le Conseil d'Etat en demande la suppression.

Par contre, le paragraphe 2 qui exclut du champ d'application certaines activités de stockage de données sous forme numérique est *a priori* à maintenir, car il a pour objet de délimiter le champ d'application de la loi en projet.

² Mémorial A n° 273 du 28 décembre 2012, p. 4003.

Le Conseil d'Etat de renvoyer aux considérations générales ci-avant pour rappeler sa proposition de traiter dans le Code civil et le Code de commerce la question de la force probante des documents existant à l'état numérique. Dans ces conditions, la loi en projet se limitera, pour le volet des dispositions autonomes, à la certification des prestataires de services en matière de dématérialisation et de stockage de documents numériques ainsi qu'aux obligations auxquelles sont soumis ces prestataires. Le contenu du paragraphe 2 de l'article 1er sera par conséquent à revoir à la lumière des modifications qui seront, le cas échéant, apportées au Code civil et au Code de commerce. Dans l'optique que le Conseil d'Etat préconise, il y a lieu d'en faire abstraction.

Article 2 (1er selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen prend soin de définir les notions principales intervenant dans le texte de la loi en projet.

Le Conseil d'Etat propose d'assortir la liste des définitions d'une énumération utilisant des lettres alphabétiques suivies d'une parenthèse fermée. En plus, il y a lieu d'écrire à l'instar du libellé des articles d'autres lois comportant des définitions: „Aux termes de la présente loi, on entend par: (...)“.

Il est déconseillé de donner dans un texte de loi déterminé aux termes définis dans les dictionnaires une signification qui s'en écarte, alors que pareille différence risque de devenir source de malentendus. Aussi le Conseil d'Etat préconise-t-il de ne pas viser la „conservation“, mais la „conservation de documents numériques“. Par ailleurs, il suggère d'aligner davantage le libellé de la définition à la rédaction de l'article 1322-2 du Code civil, en considérant la conservation de documents numériques comme étant „l'activité qui consiste à conserver un original numérique ou une copie numérique dans des conditions qui y assurent des garanties fiables quant au maintien de l'intégrité du document conservé“.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat hésite à suivre les auteurs dans leur démarche de considérer la copie comme une reproduction numérique qui est par définition fidèle à l'original et durable. En effet, tant l'article 16 du Code de commerce que les articles 1333 et suivants du Code civil donnent au terme „copie“ une signification plus large et font la distinction entre les copies conformes à l'original et les autres copies. Afin de rester en ligne avec la terminologie des deux codes, le Conseil d'Etat propose d'ajouter au mot „copie“ un adjectif précisant que le terme est utilisé avec la signification souhaitée par les auteurs. L'adjectif „probant“ pourrait s'offrir aux fins voulues.

En ce qui concerne la définition de la notion de „dématérialisation“, le Conseil d'Etat se demande si celle-ci ne devrait pas, à l'instar des notions relatives à la „conservation (de documents numériques)“ et à la „copie (probante?)“, faire état de la préoccupation que le processus de dématérialisation consiste à effectuer une copie numérique à partir d'un original existant sur support physique, tout en veillant que la copie soit en tout point conforme à l'original et que le processus de dématérialisation confère à la copie l'immutabilité nécessaire pour en garantir de manière durable la conformité à l'original.

La définition du terme „détenteur“ ne soulève *a priori* pas d'observation, sauf à assortir le mot „copie“ de l'adjectif retenu („probante“) au deuxième tiret (b) selon le Conseil d'Etat) et à regrouper les deux références à l'original en parlant d'„original sur support physique ou numérique“. Au regard des observations formulées à l'endroit des articles afférents, le Conseil d'Etat se demande cependant si le maintien de la définition du terme „détenteur“ est nécessaire. En effet, la façon dont il propose de concevoir le dispositif des articles en question conduira à mettre uniquement en présence les propriétaires des documents faisant l'objet d'une dématérialisation et des copies numériques à conserver et les prestataires certifiés auxquels ils auront confié ces activités.

En limitant la portée du terme „original“ aux actes sous seing privé et aux documents utilisés dans le commerce, les auteurs du projet de loi excluent *a priori* la possibilité pour l'Administration de mettre à profit la dématérialisation et la conservation sur support numérique des documents générés par elle ou remis entre ses mains. De l'avis du Conseil d'Etat, rien ne devrait empêcher le législateur à étendre le champ d'application de la loi en projet en y incluant les documents administratifs, et parmi ceux-ci du moins ceux qui ont trait à des dossiers relatifs à des décisions administratives individuelles, tout comme toute pièce versée au dossier par l'administré sur sa propre initiative ou sur base d'une exigence légale ou réglementaire. A en juger par les considérations introductives de l'exposé des motifs, les auteurs semblent d'ailleurs eux-mêmes placer les administrations sur un pied d'égalité avec les entreprises et les particuliers, soucieux de réduire le volume des documents papier.

Pour répondre aux considérations qui précèdent, la définition du terme „original“ devrait être revue dans l'optique de rendre la loi en projet également applicable aux documents administratifs. Pareil

changement d'optique pourrait être réalisé en se référant dans la définition sous examen au libellé de l'article 1333 du Code civil plutôt qu'à l'article 16 du Code de commerce. Le Conseil d'Etat se demande toutefois si la loi en projet a besoin, contrairement au Code civil et au Code de commerce, de définir le terme „original“, dans la mesure où la signification y réservée ne s'écarte pas de celle qui est donnée usuellement au terme dans les dictionnaires; il propose de supprimer la définition en question.

La notion d'„original numérique“ s'écarte de la terminologie du Code civil. En effet, l'article 1322-2 fait référence à l'acte sous seing privé électronique, sans prendre soin de définir autrement la notion. Le Conseil d'Etat recommande vivement de ne pas s'écarter dans la loi en projet du libellé du Code civil, soit en alignant le texte sous examen au Code civil, soit en remaniant l'article 1322-2 du Code civil en vue de faire concorder le libellé de celui-ci avec la loi en projet. Par ailleurs, les termes latins „*ab initio*“ sont à proscrire; le Conseil d'Etat propose de les remplacer par „à l'origine“.

En ce qui concerne les définitions des prestataires de service en matière de dématérialisation ou de conservation, le Conseil d'Etat estime qu'il suffirait de se limiter à une définition de la dernière des quatre notions, tout en prévoyant que la certification exigée des prestataires pourra porter, selon les conditions de la certification prescrite pour les prestataires concernés, soit sur la dématérialisation, soit sur la conservation sous forme numérique de documents, soit sur les deux activités à la fois.

Il ne comprend pas non plus la nécessité de réserver cette activité à des personnes morales, alors qu'il pourrait très bien s'imaginer qu'une personne physique exerce sous son propre nom l'activité professionnelle de prestataire de services certifié au sens de la loi en projet. Le fait d'écarter cette forme d'organisation de l'activité se heurte aux exigences de l'article 10*bis* de la Constitution et obligerait le Conseil d'Etat, en cas de maintien, à refuser au projet de loi la dispense du second vote constitutionnel. Dans la mesure où, dans le cadre de l'exercice de l'activité de dématérialisation et de conservation dans le secteur financier, le prestataire certifié opérant pour le compte d'autrui doit en outre, en sa qualité de sous-traitant d'un établissement bancaire ou d'assurances, revêtir le statut de PSF pour exercer son activité, cet aspect est à traiter dans le cadre de la législation relative aux secteurs financier et des assurances.

Au regard des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose de retenir la définition suivante:

„g) „prestataire de services de dématérialisation ou de conservation“: toute personne qui procède pour ses propres besoins ou pour compte d'autrui, à titre principal ou accessoire, à la dématérialisation d'originaux sur support physique ou à la conservation d'originaux numériques ou de copies (probantes?), et qui est certifié à ces fins dans les conditions et selon les modalités de la présente loi;“.

Le Conseil d'Etat comprend la dernière définition comme renvoyant à des exigences établies par l'instance administrative en charge de l'accréditation des certificateurs, voire de la surveillance des opérations de certification et s'appliquant aux activités de dématérialisation ou de conservation effectuées par des prestataires certifiés, comme relevé ci-avant. Il se doit de rappeler que la liberté d'exercice de ces activités est en principe garantie par l'article 11(6) de la Constitution, qui prévoit que toute restriction apportée à cette liberté est réservée à la loi formelle, sans préjudice des conditions prévues par l'article 32(3) de faire intervenir le pouvoir réglementaire. Dans la mesure où la certification à obtenir par lesdits prestataires requiert de leur part l'obligation de bénéficier du „référéntiel national de certification des PSDC“, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, que cette exigence soit inscrite dans la loi qui doit pour le moins en indiquer la finalité, les conditions et les modalités.

Article 3 (9 et 10 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen prévoit d'instaurer pour les copies numériques effectuées et conservées par un prestataire de services certifié au sens de la loi en projet un régime dérogatoire aux dispositions concernées du Code civil, voire du Code de commerce en ce qui concerne la force probante de ces copies par rapport à l'original éventuellement maintenu sur support physique.

Tout en renvoyant à ses considérations générales, le Conseil d'Etat est très réticent pour suivre les auteurs dans cette voie alors qu'il estime qu'il y a lieu, dans l'intérêt de la sécurité juridique, de concevoir un régime légal unique qui aura sa place dans le Code civil. Le fait de vouloir par contre maintenir le régime de droit commun dans le Code civil et de prévoir des dérogations dans une loi spéciale rend difficile la lisibilité des dispositions concernées de part et d'autre et risque d'être source de problèmes d'interprétation et de malentendus, voire de conflits de loi.

Les auteurs craignent surtout que, lorsqu'un acte sous seing privé a été rédigé en plusieurs exemplaires sur support physique, la copie numérique gardée par une des parties en lieu et place de l'original, ne désavantage celle-ci, dans le cas d'un litige, par rapport aux autres parties pouvant, le cas échéant, se prévaloir d'un exemplaire de l'original physique. Et ils mentionnent comme seule hypothèse où cette perspective (qui risque de „bloquer] l'essor d'un marché dynamique de la gestion électronique de documents et de l'archivage électronique“) peut se présenter, celle où la copie numérique diffère de l'original.

Selon le Conseil d'Etat, cette crainte n'est pas fondée, alors que par définition la copie numérique est une reproduction fidèle et durable d'un original dématérialisé par un homme de l'art, dont l'activité répond en plus aux exigences de la certification. A moins pour les auteurs d'avoir des doutes quant à un éventuel risque d'altération d'un original sur support physique entre le moment de son établissement et celui de sa dématérialisation ou encore quant à la fiabilité des méthodes techniques de la reproduction numérique d'originaux et de leur conservation, qui sont pourtant par nature censées garantir la conformité à l'original, il ne pourra pas y avoir de différence entre l'original et la copie probante puisque cette dernière aura été établie selon des techniques de reproduction numérique agréées.

Le projet de loi ne propose pas de réponse évidente au problème de la valeur probante d'une copie numérique effectuée à partir d'un original existant en plusieurs exemplaires dont l'exemplaire utilisé pour la copie numérique sera détruit après la confection de celle-ci, lorsqu'un ou plusieurs des exemplaires subsistants de l'original feraient par après l'objet d'une falsification. Un problème analogue peut se poser, dans l'hypothèse où la copie numérique est confectionnée à partir d'un original qui a été illicitement modifié avant sa dématérialisation.

De l'avis du Conseil d'Etat, il faudra, dans ces conditions, éviter toute hiérarchie entre la valeur probante d'un original, qu'il existe sous forme de document papier ou à l'état numérique, et celle des copies numériques, qui en ont été faites selon les règles légales en projet par un prestataire de services certifié.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat demande que les dispositions relatives à la valeur probante des copies numériques établies par un prestataire certifié soient reprises au Code civil.

Les dispositions actuelles de l'article 1333 retiennent depuis la modification afférente du Code civil par la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique que c'est l'original ou l'acte faisant foi d'original qui seul fait foi. Toutefois, si l'original ou l'acte en faisant foi n'existe plus, les copies effectuées à partir de celui-ci par la personne qui en a la garde ont, selon l'article 1334 du Code civil, la même valeur probante que l'original dont elles sont présumées être une copie fidèle à condition d'avoir été réalisées „dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et [de répondre] aux conditions [du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles 1348 du code civil et 11 du code de commerce]“. L'article 1334 ne fait pourtant pas de la reconnaissance du caractère fidèle de la copie une présomption irréfragable, dans la mesure où il admet la preuve contraire. Par ailleurs, le Conseil d'Etat renvoie à la jurisprudence de la Cour d'appel qui a statué que, du moins en matière commerciale, le juge apprécie souverainement les éléments de preuve qui lui sont soumis (cf. Cour, 29 octobre 2003, Pas. 32, 597).

Le paragraphe 1er de l'article sous examen diffère à deux égards du libellé de l'article 1334 du Code civil. D'abord, il omet le critère de la disparition de l'original comme condition de la reconnaissance de la valeur probante de la copie; ensuite, il fait abstraction de la possibilité de renverser la présomption établie par la preuve contraire. Or, aucune exigence nouvelle quant aux critères et techniques de confection et de conservation des copies concernées n'est introduite par rapport aux conditions qui sont actuellement reprises audit article 1334.

L'article 5 du projet de loi précise à son tour que la condition de la réalisation de la copie „dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie qui répond aux conditions fixées par règlement grand-ducal“ est donnée si la copie a été réalisée par un prestataire certifié, sans que le texte prévoie une présomption plus forte de la valeur probante de ces copies par rapport à celle prévue pour les copies dont question au paragraphe 1er de l'article 3.

Quant à la disposition du paragraphe 2, elle ne comporte pas de plus-value normative par rapport au paragraphe 1er. Le Conseil d'Etat en propose la suppression.

Dans la mesure où, selon le Conseil d'Etat, il échet de traiter exclusivement dans le Code civil les questions relatives à la valeur probante des copies d'actes originaux ou d'actes faisant foi d'originaux, le paragraphe 3 est superfétatoire.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de l'article 3 de la loi en projet et de compléter l'article 1334 par un alinéa 2 qui pourrait avoir le libellé suivant:

„Les copies, qui sont effectuées par un prestataire de services de dématérialisation certifié et qui sont établies et conservées selon les règles prévues à cet effet, ont la même valeur probante que l'original ou l'acte faisant foi d'original.“

Par ailleurs, cet ajout aurait avantage à être repris avec la même teneur *in fine* de l'alinéa 1er de l'article 16 du Code de commerce afin de ne pas rompre le parallélisme actuel entre cet article et l'article 1334 du Code civil.

Ces dispositions devraient figurer en début du chapitre 3 immédiatement avant l'article 13 de la loi en projet où elles feraient l'objet de deux articles (9 et 10 selon la numérotation du Conseil d'Etat) nouvellement insérés.

Enfin, le Conseil d'Etat se demande si, en cas d'adoption de sa proposition quant à l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 1334 du Code civil, il est encore nécessaire de restreindre à la seule hypothèse où „le titre original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus“ la valeur probante, qui est reconnue aux copies visées à l'alinéa 1er.

Article 4

Les auteurs expliquent l'insertion de l'article sous examen par la volonté de n'exiger que pour les copies numériques présumées conformes à l'original l'intervention d'un prestataire de services de dématérialisation certifié.

Alors que la restriction de l'activité de dématérialisation se trouve inscrite à l'article 5, disposition qui devient à son tour superfétatoire, si le texte préconisé par le Conseil d'Etat dans le cadre de son examen de l'article 3 est adopté par le législateur, il s'avère redondant de confirmer par ailleurs le principe de la liberté d'exercice de l'activité de dématérialisation qui de toute façon est garantie par la Constitution en dehors des restrictions spécifiques que la loi en projet est autorisée à y apporter notamment en relation avec les conditions de certification des prestataires de services définis à l'article 2.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de l'article 4.

Il relève encore le lien qu'établit le commentaire de l'article entre l'activité de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation et l'agrément des professionnels du secteur financier (PSF) prévu par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, sans que les dispositions du projet de loi en fassent explicitement état.

Article 5

Dans le cadre de l'examen de l'article 3, le Conseil d'Etat a proposé de simplifier la démarche retenue par les auteurs et de remplacer le libellé que ceux-ci ont avancé, par un ajout de texte à apporter à l'article 1334 du Code civil et à l'article 16 du Code de commerce.

La proposition de texte fait dépendre la reconnaissance du caractère probant de la copie numérique de la condition que la dématérialisation de l'original a été effectuée par un prestataire de services certifié en matière de dématérialisation.

Si l'ajout à apporter au Code civil et au Code de commerce est retenu par le législateur, il pourra, d'après le Conseil d'Etat, être fait abstraction de l'article 5 de la loi en projet.

Article 6 (2 selon le Conseil d'Etat)

Dans la mesure où l'attribution d'un intitulé à chaque article est maintenue, il faudra adapter l'intitulé sous examen à son contenu qui vise plutôt la notification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation que la procédure d'obtention de leur qualité.

Comme déjà relevé lors de l'examen de l'article 2, l'exigence d'une certification requise pour exercer l'activité de dématérialisation ou de conservation constitue une restriction apportée à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11(6) de la Constitution et ne saura dès lors intervenir que sous forme d'une loi formelle. Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de soulever la question dans le cadre de son avis du 23 octobre 2012 relatif au projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits, modifiant 1° la loi modifiée du 17 mai 1882 sur les poids et mesures,

2° la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, 3° la loi modifiée du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits, 4° la loi du 25 mars 2009 relative à la compatibilité électromagnétique, 5° la loi du 27 mai 2010 relative aux machines, et 6° la loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets et abrogeant la loi modifiée du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (doc. parl. n° 6315³). Sous peine d'opposition formelle, il y a dès lors lieu de reprendre les conditions de la certification soit dans le projet de loi n° 6315, soit dans le projet de loi sous examen. En tout état de cause, il ne suffit pas de renvoyer, pour fixer les conditions de cette certification, à une „règle technique d'exigences et de mesures“ qui pour le reste, à en juger par le libellé de l'article 2, serait mise en place par une instance administrative. Le Conseil d'Etat renvoie encore en ce qui concerne ce point particulier à son avis complémentaire du 12 juillet 2013 relatif au projet de loi n° 6315 (cf. examen de l'ancien article 9 du projet de la loi en question).

Il rappelle par ailleurs son opposition formelle (cf. article 2 du projet de loi, *verbo* „prestataire de services de dématérialisation ou de conservation“) quant à la limitation générale de l'exercice des activités de dématérialisation et de conservation aux seules personnes morales, emportant l'exclusion des personnes physiques à exercer cette activité en leur nom propre.

Il estime encore, comme il l'a déjà relevé dans son avis précité du 23 octobre 2012 (doc. parl. n° 6315³), que l'accréditation d'un certificateur est formellement le fait de l'autorité administrative qu'est l'Institut luxembourgeois de normalisation, d'accréditation et de certification, de la sécurité et qualité des produits et services, en abrégé „ILNAS“, et non la compétence de l'une de ses subdivisions internes.

Tout en renvoyant à ses observations au sujet de la définition des prestataires de dématérialisation et de conservation, le Conseil d'Etat demande que, dans le cadre du paragraphe 1er de l'article 6, il soit disposé qu'un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation peut être certifié pour l'une ou pour l'autre, voire pour les deux activités (cf. observation à l'endroit de l'article 2 ci-avant).

Pour les autres questions que soulève ce paragraphe, le Conseil d'Etat renvoie aux passages pertinents de son avis précité du 23 octobre 2012, notamment en ce qui concerne les formes à observer en matière d'accords internationaux ou l'intérêt qu'il y a de confier au ministre de tutelle de l'ILNAS la compétence en matière de notification des certificateurs.

Il note enfin que c'est à bon escient que le texte du projet de loi lui soumis laisse ouverte la possibilité d'admettre aux activités de dématérialisation et de conservation prévues des prestataires certifiés selon les règles légales en perspective, sans que ces prestataires doivent, en vue de l'exercice de leur activité, être établis au Luxembourg. Si pareille certification était à l'avenir exigée par la législation d'autres Etats membres de l'Union européenne en vue des mêmes finalités, il faudrait que l'équivalence de certifications en question puisse être reconnue par les autorités luxembourgeoises.

Sur le plan formel, il y a lieu d'omettre les guillemets devant et derrière les notions et abréviations dont question au paragraphe sous examen.

Quant au paragraphe 2, le destinataire de la notification n'est pas précisé. En l'absence d'exigence formelle pour notifier un certificateur à une autorité nationale, européenne ou internationale compétente à ces fins, la raison d'être et partant la plus-value juridique de pareille formalité n'est pas établie. En ce qui concerne les vérifications auxquelles l'ILNAS serait autorisé à procéder, le Conseil d'Etat se demande s'il ne suffirait pas de se borner à la vérification de l'existence et de la portée (dématérialisation, conservation ou les deux activités prises ensemble, voire les conditions de validité de l'acte de certification) d'une certification délivrée en vue de procéder à la notification (cf. passage afférent de son avis complémentaire du 12 juillet 2013 relatif au projet de loi n° 6315). Il estime en effet que les autres éléments de la vérification prévue ont leur place dans le cadre de la procédure préparatoire de la certification. Le Conseil d'Etat demande dès lors de revoir le paragraphe sous examen dans cette optique, tout en suggérant d'ajouter une disposition aux termes de laquelle la notification, pour autant qu'elle soit justifiée, est de plein droit périmée lorsque la certification cesse d'être valable.

Au paragraphe 3, il suffit de dire que l'ILNAS établit et tient à jour un relevé des prestataires notifiés et qu'il informe ceux-ci de toute inscription et de tout changement d'une inscription les concernant.

Le paragraphe 4 est à supprimer parce que la disposition a sa place dans le cadre des conditions de validité de la certification et non parmi celles traitant de la notification (cf. observation ci-avant à l'endroit de l'article 2, définition de la „règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC“).

Alors que le Conseil d'Etat a proposé de reformuler la définition des prestataires de services de dématérialisation et de conservation dans l'optique d'y inclure les prestataires procédant pour leur propre compte, le paragraphe 5 devient superfétatoire et il convient de le supprimer.

Article 7 (3 selon le Conseil d'Etat)

Tandis que l'article 6 vise la notification des prestataires de services de dématérialisation et de conservation sans préciser qui en est le destinataire, l'article 7 change l'orientation des dispositions regroupées sous le chapitre 2 du projet de loi en parlant du statut desdits prestataires, plus particulièrement dans l'hypothèse où ce statut peut être suspendu ou retiré.

Dans l'esprit des auteurs de la loi en projet, la notification prévue à l'article 6 s'avère être une condition à observer par les prestataires de services de dématérialisation et de conservation pour exercer leur activité. L'introduction de la notion de statut de prestataire que celui-ci risque de perdre en cas de violation des obligations prévues complique inutilement le libellé servant à déterminer le cadre juridique à mettre en place et peut prêter à confusion au niveau de son application. Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il qu'il faut prévoir la suspension et le retrait soit de la notification (sous condition que le maintien du concept soit justifié), soit de la certification.

Par ailleurs, il échet de confier – conformément à l'approche que le Conseil d'Etat a défendue dans son avis précité du 23 octobre 2012 (doc. parl. n° 6315³) – les mesures de suspension et de retrait au ministre de tutelle de l'ILNAS, c'est-à-dire au membre du Gouvernement ayant l'Economie dans ses attributions.

Toujours en relation avec l'alinéa 1er du paragraphe 1er de l'article sous examen, le Conseil d'Etat rappelle que l'ILNAS en tant qu'administration ne détient pas de pouvoir normatif et n'est dès lors pas autorisé à édicter des normes juridiques, compétence qui est réservée aux seules instances désignées à cet effet par la Constitution. C'est dès lors sous peine d'opposition formelle que le Conseil d'Etat demande la suppression du renvoi à la „règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC“ qui pourra, le cas échéant, être reprise sous forme d'un règlement grand-ducal dont la finalité, les conditions et les modalités auront été fixées dans la loi formelle, conformément à l'article 32(3) de la Constitution.

L'alinéa 2 du même paragraphe n'est pas en ligne avec les principes qui gouvernent la procédure administrative non contentieuse. En effet, tout prestataire auquel est reprochée une violation des conditions légales et réglementaires qu'il doit observer, et qui risque de se voir retirer sa notification, voire sa certification, doit être mis en situation de pouvoir prendre position et de se défendre tout en ayant, sur sa demande, accès au dossier établi à son sujet par l'Administration. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'application automatique de la suspension ou du retrait visés, qui est contraire à la règle du contradictoire consacrée à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce principe général exige que la personne concernée soit entendue avant que l'autorité administrative puisse procéder au retrait ou à la modification d'une décision créatrice ou reconnaitrice de droits en sa faveur.

Les conséquences d'une suspension et d'un retrait de la notification ou de la certification qui consistent à rayer le prestataire du relevé officiel des PSDC et à interdire l'utilisation du qualificatif coulent de source et n'ont pas besoin d'être explicitement évoquées dans le texte de loi. Toutefois, le Conseil d'Etat se demande s'il n'y aurait pas intérêt à assortir d'une sanction pénale l'utilisation non autorisée du qualificatif de prestataire certifié.

Sur un plan purement formel, il faut écrire „Cette mesure est notifiée“ et „entraîne“.

En ce qui concerne le paragraphe 2, il suffit d'écrire „... une violation des dispositions ...“. Par ailleurs, le Conseil d'Etat rappelle son observation, assortie d'une opposition formelle, au sujet des compétences constitutionnelles pour établir une „règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC“.

Conformément à la solution qu'il a préconisée à l'endroit des définitions, le Conseil d'Etat propose d'écrire dans la première phrase du paragraphe 3 „Le prestataire de services de dématérialisation et de conservation qui a procédé à la conservation sous forme numérique de copies („probantes“) ou d'originaux pour compte d'un détenteur est tenu ...“. Pour le reste, il échet d'éviter le recours au sigle PSDC-C.

Article 8 (4 selon le Conseil d'Etat)

Comme déjà relevé ci-avant, toute exigence imposée aux prestataires de services de dématérialisation ou de conservation constitue une restriction à la liberté d'exercice de leur activité et doit dès lors faire l'objet d'une loi formelle, conformément à l'article 11(6) et sans préjudice de l'application éventuelle de l'article 32(3) de la Constitution.

Les dispositions en projet se caractérisent par une imprécision pernicieuse pour la sécurité juridique que le prestataire est en droit d'attendre du cadre légal qu'il doit respecter. Le renvoi à un règlement grand-ducal à prendre sur base de l'article 32(3) de la Constitution doit être contraignant. La finalité des dispositions réglementaires à prévoir est clairement énoncée. Or, le texte légal projeté reste vague sur les conditions dans lesquelles le règlement grand-ducal en question est censé intervenir („disposer de moyens financiers et des ressources ... adéquats“, „justifier d'une bonne gestion et organisation administrative“, „appliquer des procédures et des méthodes techniques et organisationnelles adaptées“) et omet d'évoquer les modalités selon lesquelles le règlement grand-ducal doit mettre en œuvre la règle légale. En plus, la pérennité des services devrait s'imposer en relation avec la conservation des originaux et copies numériques plutôt qu'en relation avec la dématérialisation. Quelle pourrait être pour le reste la différence à faire entre une bonne organisation administrative et des méthodes organisationnelles adaptées? Dans la mesure où le prestataire de services peut être certifié uniquement pour la conservation, les termes „le cas échéant“ sont impropres dans le contexte où ils sont employés.

Le paragraphe 2 ne donne pas lieu à observation quant au fond, mais le Conseil d'Etat propose d'en simplifier la rédaction en écrivant:

„(2) La dématérialisation de tout original et la conservation de tout original ou copie numérique doivent répondre aux exigences arrêtées par règlement grand-ducal.“

Article 9 (5 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat réitère sa demande d'éviter l'emploi de l'abréviation PSDC dans l'intérêt d'une rédaction du texte légal dans des termes aisément compréhensibles.

Il rappelle qu'un prestataire peut être certifié soit pour la dématérialisation de documents, soit pour leur conservation, soit pour les deux activités à la fois. Dans ces conditions, les termes „le cas échéant“ sont employés de façon incorrecte. Il faudrait écrire „... les informations relatives aux conditions de procéder aux activités de dématérialisation ou de conservation pour lesquelles il est accrédité“.

Le paragraphe 2 donne lieu aux observations suivantes:

Au point b), l'adjectif „intelligible“ n'a pas sa place puisque le propre de la dématérialisation consiste à produire des copies numériques conformes à l'original sur support physique, sans que la copie doive être „intelligible“ si l'original ne l'est pas.

Au point c), il est proposé d'écrire pour des raisons purement rédactionnelles:

„c) aux modalités et conditions d'une éventuelle sous-traitance;“.

Le point d) est à libeller comme suit:

„d) aux obligations légales que le prestataire de services de dématérialisation ou de conservation doit observer;“.

Au point e), il y a lieu de remplacer le sigle „PSDC“.

Article 10 (6 selon le Conseil d'Etat)

Sauf pour ce qui est de la levée du secret professionnel vis-à-vis de l'ILNAS, les dispositions de l'article sous examen s'avèrent superfétatoires au regard de l'article 458 du Code pénal qui interdit à tout dépositaire d'informations acquises par état ou par profession d'en révéler à quiconque l'existence et le contenu, hormis les cas où la loi le requiert.

Le contenu de l'article sous examen pourra dans ces conditions se limiter à son paragraphe 3 qui aura avantage à être libellé comme suit:

„L'obligation du secret professionnel des prestataires de services de dématérialisation et de conservation n'existe pas à l'égard de l'ILNAS agissant dans le cadre de ses compétences légales.“

Article 11 (7 selon le Conseil d'Etat)

Cet article a pour objet de protéger les originaux et copies qui ont été confiés par leurs propriétaires à un prestataire de services certifié en vue de leur dématérialisation ou de leur conservation sous forme numérique dans l'hypothèse où le prestataire n'arrivera plus à honorer ses engagements, notamment s'il se trouve en cessation de paiement. Les auteurs ont en particulier prévu d'exclure les matériels et supports, dont le prestataire certifié se sert pour conserver les originaux et copies numériques lui confiés, de son fonds de commerce en cas de mise en gage de celui-ci.

Le Conseil d'Etat craint que le texte proposé ne constitue qu'une protection lacunaire des droits de ces propriétaires sur les documents qu'ils ont confiés au prestataire. En effet, à côté de la possibilité de constituer des sûretés ou de servir autrement de garantie, n'existe-t-il pas d'autres situations où les ayants droit seraient autorisés à faire valoir des droits sur les documents confiés à un prestataire? N'y aurait-il dès lors pas intérêt à procéder à une analyse des droits de propriété qui s'exercent sur les documents dématérialisés ou conservés par un prestataire?

Le Conseil d'Etat invite les auteurs du projet de loi à revoir l'article sous examen dans l'optique préconisée.

Article 12 (8 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen entend régler les conséquences de la cessation de ses activités par un prestataire, en vue de protéger les intérêts des ayants droit sur les documents conservés.

A ces fins, les auteurs distinguent trois hypothèses:

- la cessation volontaire des activités avec transfert des originaux et copies détenus à un autre prestataire avec l'accord pour ce transfert des propriétaires des originaux et copies en question;
- la cessation volontaire des activités sans transfert des originaux et copies à un autre prestataire, que ce soit parce qu'un tel transfert n'est pas prévu ou ne s'avère pas possible ou que le propriétaire s'y oppose;
- la cessation des activités du prestataire sous l'effet d'une cessation de ses paiements.

Le Conseil d'Etat note tout d'abord que l'ensemble des obligations qui s'imposent aux prestataires certifiés s'adressent sans différence tant aux prestataires agissant pour compte d'autrui qu'à ceux agissant pour compte propre. Or, ce sont seulement les premiers qui sont naturellement visés. Le texte de l'article sous examen devra en tenir compte.

Il note encore que la sanction d'une éventuelle inobservation des obligations qui se dégagent des dispositions sous revue pourra consister dans la suspension ou le retrait de la certification du prestataire et qu'en cas de divulgation des informations stockées pour compte d'un tiers qui n'a pas autorisé une telle communication, les sanctions de l'article 458 du Code pénal seront d'application.

Quant à l'agencement du texte, il faudrait évoquer d'abord les conditions dans lesquelles aura lieu, dans les hypothèses susmentionnées, la cessation de ses activités par un prestataire agissant pour compte d'autrui, avant de mentionner l'obligation de celui-ci d'en informer l'ILNAS. Les dispositions du paragraphe 1er sont à transférer à un nouveau paragraphe à insérer derrière le paragraphe 3 de la loi en projet.

L'observation itérativement répétée lors de l'examen des articles qui précèdent quant au recours inapproprié aux sigles PSDC-C ou PSDC vaut aussi en relation avec l'article sous avis.

Il échet de faire débiter le paragraphe 2 (1er selon le Conseil d'Etat) par les termes suivants:

„(1) Tout prestataire qui a procédé à la dématérialisation ou à la conservation d'originaux ou de copies numériques pour compte d'une personne tierce et qui transfère à un autre prestataire tout ou partie de ses activités, effectue le transfert des originaux et copies numériques qu'il détient au prestataire assurant la reprise des activités concernées. Ce transfert est opéré dans les conditions suivantes:

a) ...“

Il convient par ailleurs de donner aux textes faisant l'objet de l'énumération du paragraphe sous examen la forme de phrases entières dont le premier mot commence par une lettre majuscule et qui se terminent par un point.

La rédaction du point c) soulève plusieurs problèmes.

Selon le Conseil d'Etat, les critères contraignants de la dématérialisation et de la conservation sous forme numérique de documents et les garanties supérieures de la fiabilité, qui s'en dégagent par rapport aux documents établis selon les dispositions réglementaires prises en exécution de l'actuel article 1334 du Code civil, tiennent au fait que ces dématérialisation et conservation sont confiées à un prestataire certifié qui est tenu au respect des exigences particulières prévues par les normes techniques qui régissent cette certification. Il n'en est que logique que le prestataire certifié qui cesse ses activités soit *a priori* tenu de confier les documents conservés sur support numérique à un autre prestataire certifié qui doit en plus jouir de la confiance du propriétaire des documents concernés. Confier ces copies à une personne qui ne peut pas se prévaloir de la qualité de prestataire certifié pourrait en effet conduire à faire perdre aux documents en question leur valeur probante parce que les exigences de gestion et de conservation qui se dégagent des critères de la certification ne seraient plus respectées. Dans ces conditions, il échet de compléter l'hypothèse évoquée sous le point c) par l'obligation du propriétaire, qui refuse le prestataire certifié proposé par le prestataire cessant ses activités, de désigner lui-même un autre prestataire certifié qui a sa confiance. C'est seulement à défaut de ce faire que le prestataire cessant ses activités sera en droit de remettre les copies conservées entre les mains propres du propriétaire. Il faudra en outre vérifier si, dans ce dernier cas, la valeur probante supérieure qu'il est prévu de réserver aux documents conservés par un prestataire certifié pourra rester acquise, puisque les documents numériques ne se trouveront plus, à partir de cette restitution, sous la garde d'un prestataire certifié. Enfin, n'y aurait-il pas intérêt à fixer des délais aux fins de la réalisation des démarches prévues?

A priori, l'évocation de la possibilité du prestataire certifié de faire, le cas échéant, jouer son droit de rétention est superfétatoire, et le bout de phrase en question est à supprimer en conséquence. Le Conseil d'Etat donne encore à considérer que, si le droit de rétention constitue d'ordinaire un moyen efficace pour contraindre l'autre partie au respect de ses obligations contractuelles, l'utilisation de ce droit peut, le cas échéant, se retourner contre celui qui l'exerce, car dans le cas d'espèce le prestataire certifié n'aura à partir d'un certain moment plus aucun intérêt à garder les copies numériques d'autrui, si cette conservation l'empêche de cesser son activité.

Au regard des questions soulevées, ne faudrait-il pas réfléchir à la création d'une sorte d'instance de consignation dûment certifiée, à l'instar de la certification valant pour les prestataires eux-mêmes, en vue de permettre une conservation par intérim de copies numériques qu'il n'est pas possible de confier à un nouveau prestataire certifié en cas de litige entre l'ancien prestataire et le propriétaire des documents?

Quant à la rédaction du point c) du paragraphe sous avis, le Conseil d'Etat préconise de remplacer le terme „faculté“ par le mot „droit“. Il estime en outre que, pour des raisons de preuve, l'information du projet de transfert par le prestataire ainsi que la communication du refus d'accepter ce transfert doivent se faire par lettre recommandée.

Hormis le fait que le bout de phrase évoquant le droit de rétention est superfétatoire, le paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) ne donne pas lieu à d'autres observations.

De l'avis du Conseil d'Etat, le paragraphe 4 est superfétatoire, alors que le paragraphe 5 (3 selon le Conseil d'Etat) couvre les situations décrites.

Quant au paragraphe 5 (3 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat propose de retenir la rédaction suivante:

„(3) Les paragraphes 1er et 2 [paragraphes 2 et 3 du projet gouvernemental] s'appliquent également en cas de procédure collective à laquelle est soumise un prestataire certifié. Dans ce cas, le propriétaire peut demander toute information relative à la dématérialisation et à la conservation des originaux et copies numériques lui appartenant et en exiger le transfert à un autre prestataire certifié qu'il a désigné à ces fins, tout en échappant à tout concours avec les autres créanciers.“

Selon la proposition ci-avant, le paragraphe 1er deviendra le paragraphe 4. Si la première phrase du paragraphe à transférer trouve son accord, le Conseil d'Etat estime cependant que l'obligation de s'assurer que les conditions du transfert des originaux ou copies numériques à un autre prestataire, voire leur restitution au propriétaire, revient à l'ILNAS plutôt qu'à l'ancien prestataire qui a cessé ses activités. En effet, la vérification est exclue en cas de faillite d'un prestataire, et il ne sera plus guère possible de sanctionner un prestataire qui a cessé ses activités suite à la suspension ou au retrait de sa certification. Sur le plan rédactionnel, les mesures dont question sont ou bien „requis en vertu du

paragraphe 3“ ou bien „prévues au paragraphe 3“; le bout de phrase „du présent article“ est en tout état de cause superflète.

Article 13 (11 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen prévoit de modifier certains articles de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, voire de compléter cette loi par les articles 29-5 et 29-6.

Quant au paragraphe 2, le Conseil d'Etat peut accepter, malgré son opposition formelle formulée à l'endroit de l'article 2, qu'en tant que sous-traitants les prestataires certifiés actifs pour compte d'un établissement financier sont à considérer comme PSF et doivent à ce titre revêtir la forme d'une personne morale. L'exigence légale d'un capital social minimum de 50.000 euros ne donne dès lors pas non plus lieu à observation.

La collaboration facultative de la CSSF et de l'ILNAS n'a aucune valeur normative. Le Conseil d'Etat demande la suppression du paragraphe 3 du futur article 29-5 de la loi précitée du 5 avril 1993.

Les observations faites à l'endroit de l'article 29-5 précité valent au même titre pour le futur article 29-6 de la loi précitée du 5 avril 1993. Quant au paragraphe 4, la disposition prévue est censée constituer dans la loi de 1993 le pendant du paragraphe 2 de l'article 1er de la loi en projet. Le Conseil d'Etat demande l'alignement du libellé des deux dispositions pour éviter des problèmes suscités par une éventuelle interprétation divergente des deux textes.

Les autres dispositions de l'article sous examen ne donnent pas lieu à observation, sauf à retenir une subdivision en paragraphes (sous forme de chiffres arabes placés entre parenthèses) et à remplacer au point 1° (paragraphe 1er selon le Conseil d'Etat) le terme „chapeau“ par „phrase introductive“.

Article 14 (12 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat rappelle son observation formulée dans le cadre des considérations générales quant à la pertinence des affirmations contenues dans la fiche financière.

Par ailleurs, tant l'engagement de trois agents de la carrière supérieure pour compte de l'ILNAS dont les auteurs du projet de loi justifient la nécessité par les travaux supplémentaires en perspective sous l'effet de l'entrée en vigueur de la loi en projet, que leur engagement sous le régime de l'employé de l'Etat relèvent en fin de compte du domaine de l'opportunité politique. En tout état de cause et quelque soit finalement l'année d'entrée en vigueur de la loi en projet, le Conseil d'Etat recommande de faire procéder, au vu du rythme soutenu selon lequel évoluent les attributions de l'ILNAS et de l'augmentation concomitante de son effectif, un audit sur l'adéquation du personnel en place, sur sa qualification et sur son affectation appropriée aux missions de l'Institut ainsi que sur le mode d'organisation et de fonctionnement de celui-ci en général.

Article 15 (13 selon le Conseil d'Etat)

Les auteurs du projet de loi sous examen entendent conférer *ex post* au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés une sorte de „chèque en blanc“ pour le travail de numérisation entrepris depuis 2002 en relation avec les dossiers gérés depuis lors, tout en obligeant l'entité en question à respecter dans un délai de 12 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi en projet les exigences légales en matière de signature électronique.

Le Conseil d'Etat se demande si ce gestionnaire se trouve à lui tout seul dans la situation d'avoir conçu un système de dématérialisation et de conservation numérique qui s'avérera *ex post* conforme aux exigences de la loi en projet. Les auteurs du projet de loi ont-ils vérifié si d'autres prestataires de dématérialisation et de conservation numérique ne se trouvent pas dans la même situation? Les critères de certification à prévoir pour compte des prestataires et de leurs méthodes ne permettront-ils pas des exigences allégées susceptibles d'assurer une transition souple des régimes de dématérialisation et de conservation numériques en place vers des conditions de travail conformes au futur cadre légal?

Le Conseil d'Etat comprend l'inanité d'une obligation légale qui exigerait de la part du gestionnaire de refaire, voire de faire refaire le travail réalisé. Il estime cependant que les conditions (allégées) d'une certification *ex post* de la conformité du travail accompli devraient être prévues dans la loi tant pour le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés que pour d'autres prestataires se trouvant éventuellement dans une situation similaire afin que soient respectées les exigences de l'article 10bis de la Constitution.

Le Conseil d'Etat demande dès lors, sous peine d'opposition formelle, que l'article sous examen soit modifié en conséquence.

Dans ces conditions, il rappelle pour mémoire qu'il ne se verrait de toute façon pas à même d'accorder la dispense du second vote constitutionnel en cas de maintien du renvoi prévu dans la dernière phrase de l'article, alors que la hiérarchie des normes s'oppose à renvoyer dans un texte de la loi à une norme d'intensité hiérarchique inférieure.

Article 16 (14 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 octobre 2013.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN

