

La loi belge du 21 juillet 2016 mettant en œuvre le règlement européen eIDAS et réglementant l'archivage électronique

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| Présentation synthétique | 2 |
| Introduction..... | 2 |
| 1. Contexte et principes généraux | 3 |
| 1.1. Du règlement eIDAS à la loi belge du 21 juillet 2016..... | 3 |
| 1.2. Pourquoi des règles sur l'archivage électronique ?..... | 4 |
| 1.3. Les objectifs et principes généraux applicables à l'archivage électronique | 5 |
| 2. Analyse méthodique des dispositions de la loi..... | 7 |
| 2.1. Principes généraux et présomptions | 7 |
| 2.1.1. Maintien du principe de la liberté de choix | 7 |
| 2.1.2. Mise en œuvre de l'exception au profit des réseaux fermés..... | 7 |
| 2.1.3. Confirmation de la signature des personnes morales | 8 |
| 2.1.4. Clause de non-discrimination, obligation et présomptions légales | 9 |
| 2.2. Les exigences relatives au service d'archivage électronique (qualifié) | 15 |
| 2.3. Les exigences relatives au service d'envoi recommandé électronique qualifié..... | 19 |
| 2.4. De la révocation, de la suspension et de l'expiration des certificats qualifiés de signature électronique et de cachet électronique..... | 19 |
| 2.5. De la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié | 21 |
| 2.6. De l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié | 21 |
| 2.7. L'organe de contrôle | 22 |
| 2.8. Les dispositions modificatives et abrogatoires..... | 22 |
| Conclusion | 23 |

Présentation synthétique

Deux ans après l'adoption du règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS), le législateur belge a adopté la loi du 21 juillet 2016 qui met en œuvre et qui complète celui-ci.

Même si les dispositions d'un règlement européen sont d'application directe et n'impliquent pas nécessairement de transposition en droit national comme c'est le cas pour une directive, il n'empêche que certaines dispositions relatives aux « services de confiance » de ce règlement nécessitent une intervention législative au niveau national afin d'assurer leur mise en œuvre. Le règlement n'étant pas d'harmonisation maximale, le législateur belge a en outre exploité les marges de manœuvre laissées par le texte européen en consacrant des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique.

Cette contribution propose une analyse synthétique des objectifs, principes et nouveautés consacrés par cette loi du 21 juillet 2016, qui insère ainsi un titre 2 intitulé « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance » dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique.

Introduction

La loi du 21 juillet 2016¹ met en œuvre et complète [le règlement \(UE\) n°910/2014](#) du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive n° 1999/93/CE² (ci-après « loi du 21 juillet 2016 » et « règlement 910/2014 »).

Même si techniquement un règlement européen n'exige pas une transposition en droit national comme c'est le cas pour une directive, le chapitre III du règlement 910/2014 relatif aux « services de confiance » nécessite une intervention législative au niveau national afin d'assurer sa mise en œuvre. Par ailleurs, le texte européen laissait des marges de manœuvre qui ont été exploitées par le législateur belge, consacrant ainsi des dispositions visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique.

Cette note vise à donner les clés de lecture de ce texte afin de permettre à chacun d'appréhender de manière concrète les avantages et opportunités qu'il offre. Dans un premier temps, les orientations et principes généraux permettant de comprendre le contexte, les objectifs et la manière dont la loi s'articule avec le règlement 910/2014 sont présentés. Ensuite, les différentes dispositions de la loi sont analysées de manière méthodique.

¹ [Loi du 21 juillet 2016](#) mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n°910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance » dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *Moniteur belge*, 28.09.2016 ainsi que l'*erratum* publié au *Moniteur belge* du 06.10.2016, p. 68539.

² JOUE du 28.08.2014, L 257/73 à 114. Pour un commentaire de ce règlement européen : http://economie.fgov.be/fr/binaries/Presentation_synthetique_reglement_europeen_910-2014_eIDAS_tcm326-261741.pdf

1. Contexte et principes généraux

1.1. Du règlement eIDAS à la loi belge du 21 juillet 2016

Pour rappel, le règlement 910/2014 reprend la plupart des dispositions de la directive de 1999 relatives à la signature électronique, moyennant quelques modifications, et complète celles-ci par de nouvelles dispositions relatives aux autres services de confiance (le cachet, l'horodatage et le service d'envoi recommandé électroniques ainsi que l'authentification de site internet).

Le chapitre III du règlement 910/2014 relatif aux « services de confiance » nécessite une intervention législative au niveau belge afin d'assurer sa mise en œuvre. D'une part, ce règlement abroge la directive 1999/93/CE. La loi du 9 juillet 2001³, qui transpose cette directive, devait logiquement subir le même sort dès lors que les dispositions relatives à la signature électronique sont désormais consacrées dans le règlement, qui est d'application directe. D'autre part, plusieurs dispositions du règlement 910/2014 renvoient au droit national pour leur mise en œuvre, soit de manière obligatoire soit de manière optionnelle (par exemple, pour régler la question des sanctions applicables ainsi que la désignation de l'organe de contrôle et ses pouvoirs).

La loi du 21 juillet 2016 permet d'assurer cette mise en œuvre. Elle complète en outre le règlement 910/2014, particulièrement en introduisant de nouvelles dispositions belges visant à créer un cadre juridique complet et cohérent pour l'archivage électronique.

La loi belge consacre également des dispositions relatives à

- la révocation, la suspension et l'expiration des certificats qualifiés de signature et de cachet électroniques,
- l'envoi recommandé hybride,
- la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié,
- l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés et
- la possibilité d'identifier une personne physique qui se cache derrière un pseudonyme ou un cachet électronique.

Pour pouvoir intégrer ces multiples dispositions en droit belge, la nouvelle loi insère un titre 2 dans le livre XII, intitulé « Droit de l'économie électronique », du Code de droit économique (CDE). Ce titre 2 traite de « certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance ».

Les règles belges s'inscrivent dans les objectifs et la philosophie du règlement 910/2014. Elles reprennent aussi les principes édictés par le règlement 910/2014 pour les autres services de confiance (signature, cachet, horodatage, recommandé électroniques).

³ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, MB, 29 septembre 2001.

Les dispositions du chapitre III du règlement 910/2014 sont entrées en application le 1^{er} juillet 2016. Quant aux dispositions de la loi belge, la grande majorité de celles-ci est entrée en vigueur le 28 septembre 2016⁴.

1.2. Pourquoi des règles sur l'archivage électronique ?

Le règlement 910/2014 consacre en son article 34 une disposition relative au service de *conservation* qualifié des signatures électroniques qualifiées. On pourrait qualifier cet article « d'embryon de disposition » sur l'archivage électronique. On ne peut toutefois pas dire que le règlement harmonise les règles relatives à un service général et complet d'archivage électronique, comme il l'a fait pour la signature, le cachet, l'horodatage et le recommandé électroniques. En effet, les questions à régler dans le cadre de l'archivage électronique sont nombreuses et variées et dépassent largement les problématiques réglées dans le cadre de l'article 34 du règlement. Faute d'intervention au niveau européen, le législateur belge a décidé de régler la question au niveau national.

En effet, les documents établis à des fins juridiques doivent souvent être conservés pendant plusieurs années. Ce devoir de conservation est, d'une part, induit par des obligations de conservation directes (par exemple dans le droit économique, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit comptable, le droit du travail et de la sécurité sociale, le droit judiciaire) et, d'autre part, de manière indirecte par les délais légaux de prescription et le droit de la preuve. Dans la pratique, il s'avère cependant difficile de conserver durant une longue période des données électroniques sans subir de dégradation au niveau de la lisibilité et de l'intégrité. Les évolutions technologiques sont si rapides que les documents créés au moyen d'un logiciel à un temps donné ne sont plus lisibles au bout d'une certaine période, ou que des fichiers sécurisés au moyen de techniques considérées aujourd'hui comme sûres perdent de leur sécurité au bout de quelques années. Si ces problématiques existent, elles ne sont pas pour autant ingérables. Mais pour pouvoir garantir la lisibilité, la durabilité et l'intégrité de données électroniques au gré du temps, il y a lieu de suivre certains principes et procédures spécifiques qui méritaient une attention législative.

En effet, bien que ces données électroniques puissent, techniquement, être conservées de manière sécurisée, elles courent le risque de perdre leur portée juridique. Cela s'explique par le fait que les données électroniques qui sont conservées selon les règles de l'art en vue d'une conservation fiable à long terme ne sont, dans l'état actuel du droit, considérées que comme des copies et donc discriminées par rapport à leurs équivalents sur papier.

Jusqu'à présent, le marché des services d'archivage électronique tendait à se développer, mais avec difficulté et un niveau de qualité variable. L'absence d'un cadre juridique général et horizontal entraînait plusieurs inconvénients. Tout d'abord, certains prestataires peu scrupuleux pouvaient offrir des services insuffisamment fiables sur le plan technique et juridique, au détriment tant des utilisateurs que des prestataires plus sérieux. Ensuite,

⁴ [Arrêté royal](#) du 14 septembre 2016 fixant l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n°910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, Moniteur belge, 28 septembre 2016, p. 67541-67542, ainsi que l'erratum publié au Moniteur belge du 06.10.2016, p. 68540.

l'absence de critères minimaux de qualité empêchait les utilisateurs des services de faire le tri, sur la base de leurs besoins, entre les différents prestataires en fonction de leur niveau (peu visible) de qualité. Cette absence de critères objectifs et clairs constituait également un frein auprès des prestataires souhaitant se lancer dans cette activité et engager les investissements nécessaires à cette fin. Par ailleurs, les juges risquaient d'être confrontés à des questions juridiques épineuses relatives à ces services, notamment quant à la validité ou la valeur probatoire de ceux-ci, pour lesquelles le droit commun s'avérait souvent insuffisant.

1.3. Les objectifs et principes généraux applicables à l'archivage électronique

Le législateur belge a tout mis en œuvre pour édicter des règles sur l'archivage électronique qui s'articulent efficacement et s'intègrent dans le cadre juridique européen, en vue notamment de profiter de cet acquis. À cet égard, les travaux parlementaires indiquent que le point de départ de cette « législation est que les règles soient de nature pragmatique, simples à mettre en œuvre et s'inscrivent dans la mesure du possible dans les principes déjà établis par le règlement 910/2014 pour les services de confiance. De cette manière, il pourra être fait usage des définitions et obligations générales à charge des prestataires de services de confiance établies par le règlement 910/2014. De plus, il est possible de s'appuyer sur les procédures et le système de contrôle mis en place par ce dernier ».

Le corps de règles envisagé cherche à atteindre un équilibre entre souplesse et sécurité. D'une part, le législateur souhaite établir un cadre relativement souple pour stimuler l'offre des services d'archivage électronique, dans le respect des contraintes européennes, mais également leur utilisation aisée. D'autre part, ce cadre doit être suffisamment sécurisant pour protéger les utilisateurs de ces services et assurer un niveau minimum de qualité. Enfin, toujours dans la perspective de stimuler le marché et permettre aux utilisateurs de gérer efficacement leurs risques juridiques, diverses présomptions sont prévues en faveur des services d'archivage électronique considérés comme « qualifiés » au sens de la loi ainsi qu'en faveur des autres services de confiance qualifiés au sens du règlement.

On note également que, à l'instar du régime déjà applicable aux autres services de confiance dans le cadre du règlement 910/2014, le cadre juridique relatif à l'archivage électronique est envisagé comme une « boîte à outils juridiques » permettant aux utilisateurs de recourir à ce service en vue de gérer leurs risques par rapport principalement aux données ou documents présentant une valeur juridique.

Par contre, les travaux parlementaires précisent que « ce cadre n'est pas particulièrement destiné à s'appliquer aux systèmes informatiques que les organisations utilisent, dans un but de fonctionnement optimal de ces dernières, pour stocker des données de tous types n'ayant pas de valeur juridique particulière ». On le comprend, l'objectif du législateur n'est manifestement pas de vouloir réglementer de manière contraignante toutes les formes de conservations de données électroniques mais plutôt d'offrir un cadre juridique ad hoc afin d'offrir de la sécurité juridique aux utilisateurs qui décideraient librement d'y recourir pour la conservation essentiellement de données électroniques ayant une certaine utilité juridique.

À l'image de ce qui est prévu par le règlement 910/2014 pour les autres services de confiance, le prestataire de services d'archivage électronique peut décider librement d'offrir ces services sans nécessairement se conformer à l'ensemble du régime légal instauré pour les services de confiance qualifiés. En effet, il peut se limiter à offrir un service d'archivage électronique « simple », appelé également « non qualifié ». Mais il peut aussi offrir un service d'archivage électronique « qualifié », avec pour avantage de bénéficier d'une certaine recon-

naissance juridique (en l'occurrence des présomptions) mais pour contrainte de devoir se soumettre aux dispositions du règlement 910/2014 et de celles de la loi, qui sont applicables au prestataire de services de confiance qualifié.

En vue de renforcer la sécurité juridique mais également de promouvoir l'utilisation du nouveau cadre légal applicable principalement aux services de confiance qualifiés, le législateur a consacré des présomptions au profit des services qui sont conformes aux exigences légales et réglementaires relatives aux services d'archivage électronique « qualifiés » : présomption de conformité à l'obligation légale ou réglementaire d'archivage de documents, d'intégrité du contenu du document électronique ainsi que de conformité entre l'original et sa copie numérique. Des présomptions comparables sont également prévues pour les autres services de confiance qualifiés, et complètent celles déjà consacrées par le règlement 910/2014 (cf. infra).

Les présomptions au profit des services d'archivage électronique qualifiés concernent non seulement les documents ou les données électroniques archivés par le biais des services prestés par un prestataire *tiers*, mais également les documents ou les données électroniques archivés par le biais de services exploités par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale pour son propre compte, *en interne*.

Cette distinction (archivage par un prestataire *tiers* ou *en interne*) est justifiée par la volonté d'offrir de la souplesse et une réduction des coûts, et ainsi permettre particulièrement aux grosses organisations de mettre en place directement en interne leur propre système d'archivage électronique qualifié (et bénéficier ainsi des présomptions). Cela leur évite ainsi de devoir passer par un prestataire extérieur, dont l'activité principale consiste à offrir un service d'archivage électronique qualifié (qui pourrait présenter un coût supérieur, même si aucune analyse économique permettant de confirmer ce présupposé n'existe à ce jour).

6

Pour bénéficier des présomptions, le prestataire doit respecter les exigences spécifiques relatives aux services d'archivage électronique qualifiés consacrées par les dispositions de la loi et de ses annexes ainsi que les dispositions applicables aux prestataires de services de confiance qualifiés prévues par le règlement 910/2014. Le prestataire doit en outre soit se conformer à la procédure de lancement d'un service de confiance qualifié visée par le règlement 910/2014 s'il offre son service au public (aux *tiers*) soit se déclarer volontairement auprès de l'organe de contrôle s'il exploite le service pour son propre compte (*en interne*), l'organe pouvant alors procéder à un contrôle d'initiative s'il le juge utile.

Si le prestataire offre ou exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qui n'est pas qualifié, il n'est pas tenu de se conformer à la procédure de lancement. De même, les services d'archivage électronique non qualifiés ne sont pas nécessairement dépourvus de reconnaissance juridique et les documents issus de leurs services pourront être invoqués devant les tribunaux. Toutefois, ils ne bénéficieront pas des présomptions prévues par la loi. Les utilisateurs de ces services non qualifiés seront donc tenus, en cas de contestation, d'apporter la preuve que ces services répondent à l'ensemble des conditions fonctionnelles de nature à assurer la validité ou la valeur probatoire de ceux-ci.

Le champ d'application des règles relatives à l'archivage électronique consacrées par le législateur belge est toutefois limité au territoire de notre royaume, faute d'harmonisation au niveau européen. L'article XII.24, §2, du CDE indique clairement que « Il [le titre 2 du livre XII du CDE] fixe certaines règles complémentaires au règlement 910/2014 relatives au cadre juridique pour les services (...) offerts par un prestataire de services de confiance *établi en Belgique* ou pour un service d'archivage électronique exploité pour son propre compte par

un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale *établi en Belgique* ». Les travaux parlementaires précisent toutefois que « rien n'interdit à un prestataire établi dans un autre Etat de l'Union européenne de se soumettre volontairement aux dispositions de ce projet relatives aux services d'archivage électronique, non visés par le règlement 910/2014, et particulièrement aux services qualifiés en vue de bénéficier des présomptions y associées ».

2. Analyse méthodique des dispositions de la loi

2.1. Principes généraux et présomptions

2.1.1. Maintien du principe de la liberté de choix

Le **premier paragraphe** de l'**article XII.25** reprend sans modification l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 2001. Le législateur confirme le principe selon lequel toute personne conserve le libre choix du support (papier ou électronique) par lequel il pose ses actes juridiques. Il étend par ailleurs ce principe à l'ensemble des services de confiance consacré par le règlement 910/2014 et par la loi du 21 juillet 2016 (signature, cachet, horodatage, envoi recommandé et archivage électroniques). Cela signifie notamment qu'une personne *ne peut être contrainte* de signer un contrat par la voie électronique ou d'envoyer ou recevoir un recommandé sous forme électronique. Elle ne le fera que si une disposition légale le prévoit ou si elle l'accepte contractuellement.

2.1.2. Mise en œuvre de l'exception au profit des réseaux fermés

Le **troisième paragraphe** de l'**article XII.24** du CDE fait application de la dérogation consacrée par l'article 2.2. du règlement 910/2014 au profit des « systèmes fermés » et l'étend aux nouvelles dispositions nationales. Le premier alinéa de ce paragraphe stipule que « En application de l'article 2, paragraphe 2, du règlement 910/2014, tous les composants utilisés pour les signatures électroniques, les envois recommandés électroniques, l'horodatage électronique et l'archivage électronique, fournis gratuitement ou contre paiement par une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, en exécution des missions qui lui sont confiées par ou en vertu d'une loi, sont exclus du champ d'application du règlement 910/2014, du présent titre et de ses annexes ».

Les travaux parlementaires justifient cette disposition comme suit. Le règlement et le titre 2 du livre XII contiennent des dispositions qui mettent en place un système général pour la prestation de services de confiance (signature, cachet, horodatage, recommandé et archivage électroniques). Cependant, depuis plusieurs années, certaines administrations ont mis en place des systèmes spécifiques, notamment par le biais de lois spéciales dans le domaine de la sécurité sociale et de la santé par exemple. Ces systèmes ont nécessité des investissements importants et sont déjà en cours d'utilisation ou sur le point de l'être. L'objectif de ce nouveau paragraphe 3 de l'article XII.24 est d'indiquer que le régime général pour les services de confiance élaboré par la loi du 21 juillet 2016 ne porte pas préjudice à ces systèmes spécifiques mis en place dans certains services publics particuliers par le biais de lois spéciales.

Toutefois, on relève utilement le message envoyé par le législateur – via ces mêmes travaux parlementaires –, particulièrement aux administrations qui souhaiteraient recourir à l'avenir aux services de confiance : « dans un objectif d'harmonisation des systèmes, d'augmentation du niveau de sécurité (juridique et technique) des transactions et de simplification administrative pour l'ensemble des acteurs, le législateur recommande à l'ensemble des adminis-

trations de tout mettre en œuvre à l'avenir pour utiliser les services de confiance qualifiés visés par le règlement et le présent titre 2, ou à tout le moins de s'en rapprocher le plus possible ».

Il convient enfin de préciser que si, dans le cadre de ces « systèmes fermés », il est recouru à un ou plusieurs services de confiance « qualifiés » au sens du règlement 910/2014 et du titre 2 du livre XII du CDE, les prestataires qui offrent ces services qualifiés ainsi que ces services restent tenus de respecter les exigences du règlement 910/2014 et du titre précité.

2.1.3. Confirmation de la signature des personnes morales

Le **troisième paragraphe** de l'**article XII.25** confirme en droit belge la possibilité pour les personnes morales de signer électroniquement, possibilité déjà consacrée par le législateur depuis la loi du 9 juillet 2001.

En effet, l'article 4, § 4 de cette loi stipulait : « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, *qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale*. ».

Toutefois, la formulation de la disposition ayant le même objet dans la loi du 21 juillet 2016, a été adaptée en vue de tenir compte des modifications apportées par le règlement 910/2014. Désormais, le libellé est le suivant : « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil et des dispositions légales et réglementaires concernant la représentation des personnes morales, un cachet électronique qualifié utilisé dans le cadre d'actes juridiques passés exclusivement par ou entre des personnes physiques et/ou morales domiciliées ou établies en Belgique est assimilé à la signature manuscrite de la personne physique qui représente la personne morale qui a créé ce cachet. ».

Cette nouvelle formulation se justifie par les raisons suivantes. Alors que la directive 1999/93/CE permettait de délivrer des certificats de signature électronique à des personnes physiques et à des personnes morales, le règlement opère une distinction entre le certificat de signature électronique et le certificat de cachet électronique. Le cachet électronique se distingue principalement de la signature électronique en ce que cette dernière est, selon le règlement, réservée aux personnes physiques (le certificat permet notamment d'identifier une *personne physique* selon l'article 3.9. du règlement 910/2014 et le point c) de son annexe I), alors que le cachet est dédié aux personnes morales (le certificat permet notamment d'identifier une *personne morale* selon l'article 3.24. du règlement 910/2014 et le point c) de son annexe III).

Par ailleurs, le règlement prévoit que la signature électronique est utilisée par une personne physique « pour signer » (articles 3.9. et 3.10.). Elle a donc un pouvoir « engageant » pour ladite personne. A l'inverse, le règlement ne prévoit pas que, à lui seul, le cachet électronique puisse engager juridiquement une personne morale. L'article 3.25. prévoit que ce dernier permet de « garantir l'origine et l'intégrité » des données cachetées. Chaque Etat membre reste néanmoins libre de prévoir au niveau national que l'utilisation du cachet électronique peut engager directement la personne morale sur le plan juridique, ce que le législateur belge a fait dans le cadre de la loi du 21 juillet 2016.

On précise que l'assimilation consacrée par l'article XII.25, §3, du CDE ne s'applique, d'une part, que si le cachet électronique est qualifié et, d'autre part, que si ce cachet est « utilisé dans le cadre d'actes juridiques ». En d'autres mots, l'assimilation ne jouera que lorsque le

cachet est précisément utilisé pour manifester son consentement mais le cachet n'aura aucun effet « engageant » s'il est utilisé en dehors du cadre de la passation d'actes juridiques.

Pour le reste, une personne morale peut bien entendu décider d'utiliser un cachet dans d'autres hypothèses, ayant soit aucun effet juridique soit un objectif juridique différent, telles que pour authentifier tout bien numérique d'une personne morale, comme un code logiciel ou des serveurs.

On note que, contrairement à la situation actuelle dans laquelle une personne physique qui a quitté la société pourrait toujours utiliser abusivement sa signature manuscrite pour engager son ancienne société, le cachet permet d'éviter un tel risque grâce à la possibilité pour l'organe de la personne morale de révoquer le certificat (en quelques minutes) dès que la personne physique utilisatrice du cachet a quitté l'entreprise.

Afin de rester conforme au règlement européen et de ne pas créer d'obstacles à l'utilisation transfrontière du cachet électronique qualifié, le texte précise que cette assimilation ne vaut que lorsque le cachet est « utilisé dans le cadre d'actes juridiques exclusivement posés par ou passés entre des personnes physiques et/ou morales domiciliées ou établies en Belgique ».

On rappelle qu'un certificat de cachet électronique n'identifie *a priori* aucune personne physique, telle que par exemple la représentante légale de la personne morale, la personne bénéficiant d'une délégation de pouvoir au sein de cette personne morale et/ou le porteur physique du dispositif de création de cachet électronique. Or, connaître la personne physique qui « se cache » derrière un cachet électronique et qui crée matériellement ou pratiquement ce cachet (la personne morale n'ayant pas d'existence matérielle) peut parfois s'avérer utile, particulièrement dans notre droit où le législateur lui reconnaît un pouvoir engageant.

Pour ces raisons, le second alinéa de l'article XII.26 du CDE prévoit une obligation à charge de la personne morale établie en Belgique qui demande un ou plusieurs certificats qualifiés de cachet électronique. Ainsi, cette personne morale, titulaire du ou des certificats qualifiés de cachet électronique, est tenue de mettre en œuvre les mesures nécessaires (par exemple, en créant en interne et en mettant à jour une base de données sécurisée) afin de pouvoir établir le nom, la qualité et les pouvoirs de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait pratiquement usage du cachet électronique qualifié. Grâce à cette obligation, le titulaire et, le cas échéant, les autorités administratives ou judiciaires compétentes qui agissent dans le cadre de la recherche et de la constatation d'infractions, peuvent établir l'identité et les pouvoirs de représentation de la personne physique pour chaque utilisation du ou des cachets. Afin d'assurer un traitement proportionné des données à caractère personnel ainsi qu'un maximum de sécurité juridique tant pour la personne morale que pour les tiers qui traitent avec cette personne morale, les travaux préparatoires précisent que « les données visées au second alinéa de l'article XII.26 ne sont accessibles qu'aux seules personnes visées dans cet alinéa, et en aucun cas aux tiers ».

2.1.4. Clause de non-discrimination, obligation et présomptions légales

Les paragraphes 4 à 8 de l'article XII.25 du CDE consacrent des présomptions légales au profit des services d'archivage, d'envoi recommandé et d'horodatage électroniques qualifiés, ce qui devrait contribuer à leur utilisation, ainsi qu'une clause de non-discrimination au profit du service d'archivage électronique et une obligation de recourir à des services de confiance qualifiés dans certaines hypothèses bien définies.

a. Le principe de non-discrimination

Le quatrième paragraphe de l'article XII.25 du CDE vise à consacrer un principe de non-discrimination au profit du service d'archivage électronique, comme le règlement 910/2014 le fait déjà pour les autres services de confiance⁵. A l'instar des dispositions européennes précitées, le paragraphe 4 stipule que « L'effet juridique et la recevabilité d'un archivage électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cet archivage se présente sous une forme électronique ou qu'il ne satisfait pas aux exigences du service d'archivage électronique qualifié ».

Ainsi, les services d'archivage électronique qui ne sont pas « qualifiés » au motif qu'ils ne répondent pas à toutes les conditions du règlement, du titre 2 du livre XII et de son annexe I, ne sont pas pour autant privés de reconnaissance juridique. Toutefois, les documents issus de ces services ne bénéficient pas des présomptions prévues aux paragraphes 5 et 6 de l'article XII.25 du CDE. Celui qui recourt à ces services non qualifiés devra donc, en cas de contestation, prouver qu'ils présentent les qualités requises pour satisfaire à telle obligation légale ou réglementaire d'archivage ou que l'intégrité du contenu du document a bien été préservée. Les travaux parlementaires précisent par ailleurs qu'il « découle de ce principe de non-discrimination la confirmation qu'il est désormais possible de recourir à l'archivage au format électronique pour répondre à une obligation légale ou réglementaire d'archivage. L'archivage « papier classique » ne doit plus être le seul admissible ».

b. Les présomptions légales

10

Le législateur consacre deux types de présomptions :

- une présomption irréfragable au profit des services d'archivage, d'envoi recommandé et d'horodatage électroniques qualifiés ;
- une présomption réfragable au profit du service d'archivage électronique qualifié.

Les premiers alinéas des paragraphes 5, 7 et 8 de l'article XII.25 du CDE consacrent une présomption irréfragable au profit des services d'archivage, d'envoi recommandé et d'horodatage électroniques *qualifiés*. Cette dernière consiste à affirmer que lorsqu'une loi ou un arrêté prévoit implicitement ou explicitement une « obligation de conserver certains documents ou données » ou une « obligation de recourir à un envoi recommandé », ou encore une « obligation de datation de documents ou de données », cette obligation légale ou réglementaire est présumée respectée, sans pouvoir en apporter la preuve contraire, si les documents et données ont été conservés au moyen d'un « service d'archivage électronique *qualifié*, tel que défini à l'article I.18,18° du CDE » ou d'un « service d'envoi recommandé électronique *qualifié* au sens du règlement 910/2014 », ou encore « si la date est établie au moyen d'un service d'horodatage électronique *qualifié* au sens du règlement 910/2014 ».

Le second alinéa du paragraphe 5 consacre une présomption réfragable au profit du service d'archivage électronique *qualifié*⁶. Selon cette présomption, l'intégrité des données électroniques est préservée si celles-ci sont conservées au moyen d'un service d'archivage électro-

⁵ Respectivement l'article 25.1. pour la signature électronique, l'article 35.1. pour le cachet électronique, l'article 41.1. pour l'horodatage électronique et l'article 43.1. pour l'envoi recommandé électronique.

⁶ Une telle présomption réfragable ne devait pas être consacrée par le législateur belge pour les services d'envoi recommandé électronique *qualifié* et d'horodatage électronique *qualifié* car le législateur européen en consacre déjà une respectivement aux articles 43.2. et 41.2. du règlement 910/2014.

nique *qualifié*. Il est désormais possible de produire ces données, auprès d'un partenaire, de l'administration, voire en justice, sans devoir prouver qu'elles n'ont subi aucune modification au cours du processus d'archivage. En cas de contestation, la charge de la preuve est renversée, ce qui constitue un véritable avantage pour l'utilisateur d'un tel service : il appartient à l'autre partie qui conteste la réalité du maintien de l'intégrité de renverser la présomption.

Cette notion d'intégrité du document doit s'entendre raisonnablement d'un point de vue juridique. Ainsi, les travaux parlementaires précisent que « On ne tient donc pas compte des modifications de support ou de format qui sont nécessaires au bon déroulement du processus d'archivage électronique et au maintien de la lisibilité des données ».

Le paragraphe 6 de l'article XII.25 du CDE et le nouvel alinéa de l'article 1334 du Code civil visent à apporter une solution au problème de l'insécurité juridique lié à la numérisation (scan) des originaux papiers. On le sait, l'une des raisons principales pour lesquelles les entreprises ou les administrations décident de recourir à un système d'archivage électronique est notamment la perspective de réduire l'espace de stockage physique occupé par les archives papiers au sein de l'organisation. De nombreuses entreprises et administrations poursuivent généralement l'objectif de pouvoir numériser tous les documents papiers, et les détruire ensuite, tout en ayant la certitude que leurs documents numérisés soient reconnus juridiquement. Or, de nombreuses législations exigent encore la conservation d'un document en original (papier), ce qui peut poser problème pour le document électronique issu d'une numérisation d'un document papier.

Afin d'apporter une solution à cette difficulté, le législateur belge consacre deux dispositions, qui doivent être lues en combinaison l'une avec l'autre. Celles-ci visent à permettre la numérisation de documents initialement sur papier et la destruction du support original (sous réserve de dispositions spécifiques contenues dans la loi du 24 juin 1955 relative aux archives), à condition que la numérisation se soit déroulée conformément à un processus fiable et sécurisé qui permette de garantir tant la fidélité de la copie que la conservation durable de celle-ci.

La première disposition, à savoir le paragraphe 6 de l'article XII.25 du CDE, énonce que : « Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, une copie numérique effectuée à partir d'un document sur support papier est présumée en être une copie fidèle et durable lorsqu'elle est réalisée et conservée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié. Dans ce cas, la destruction de l'original papier est autorisée, sous réserve de l'application des dispositions légales et réglementaires relatives à la préservation et à l'élimination des archives du secteur public, en particulier de l'article 5 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives ». Cette disposition permet de présumer que les scan des originaux papiers sont des copies fidèles et durables du document papier original dès lors que l'on recourt à un service d'archivage électronique *qualifié*, tel que défini à l'article I.18,18° du CDE et répondant aux conditions de cette disposition. Comme le confirme l'article 1334 du Code civil ci-après, cette présomption est réfragable : celui à qui on oppose la copie présumée fidèle et durable pourra donc tenter de démontrer qu'elle ne présente en réalité pas les qualités alléguées.

La seconde disposition insère un nouvel alinéa à l'article 1334 du Code civil : « Lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié conforme au livre XII, titre 2, du Code de droit économique fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance ». Cette disposition élève la

copie fidèle et durable au rang d'original, lui octroyant ainsi la même valeur probante, lorsque le document copié était à l'origine un acte sous seing privé et qu'il est recouru à un service d'archivage électronique *qualifié*.

Concernant ce nouvel alinéa de l'article 1334 du Code civil, on note les précisions suivantes apportées dans les travaux parlementaires :

« Cette disposition ne concerne que les copies d'actes sous seing privé. Le statut des copies numériques des actes authentiques devra être fixé dans le cadre juridique des actes authentiques électroniques, non visés par le présent projet de loi. Quant aux reproductions numériques des documents constituant des commencements de preuve par écrit, des présomptions ou des copies, il ne semble pas utile de leur conférer un statut particulier.

Cette disposition n'envisage que l'hypothèse où le titre original n'existe plus, autrement dit l'hypothèse où l'on a procédé à la numérisation de l'original pour le détruire ensuite et ne conserver que sa copie numérique. Autrement dit, si l'original subsiste, il primera sur la copie numérique, qui fera foi uniquement de ce qui est contenu au titre original, dont la représentation peut toujours être exigée (art. 1334, al. 1er, C. civ.) ».

On souligne enfin que les services d'archivage électronique, utilisés pour la numérisation de documents, qui ne sont pas « qualifiés » - parce qu'ils ne répondent pas à toutes les conditions du règlement 910/2014, du titre 2 du livre XII du CDE et de son annexe I - ne sont pas pour autant privés de reconnaissance juridique. Celui qui invoque ce document à la place du document original devra cependant établir qu'il s'agit d'une copie fidèle de ce document et qu'elle a été conservée dans des conditions de nature à assurer sa pérennité et le maintien de l'intégrité de son contenu. Cette preuve établie, le document sera admis au titre de copie ayant une valeur probante « améliorée » susceptible de convaincre plus facilement le juge. Les travaux parlementaires précisent toutefois que ce document « ne pourra cependant pas bénéficier de la valeur d'original que lui confère le second alinéa de l'article 1334 du Code civil ».

12

c. L'obligation de recourir aux services de confiance qualifiés dans certaines hypothèses

Le législateur belge consacre une disposition originale qui consiste en l'obligation, lorsque l'on décide de travailler dans un environnement électronique, de recourir à un service de confiance *qualifié* chaque fois qu'une formalité papier équivalente serait exigée de manière expresse dans la réglementation.

Ainsi, le troisième alinéa du paragraphe 5 de l'article XII.25 du CDE prévoit que lorsqu'une obligation de conservation (peu importe l'expression utilisée dans le texte conservation, archivage...) est imposée de manière expresse par un texte légal ou réglementaire, il y a une obligation de recourir à un service d'archivage électronique *qualifié*. Le second alinéa du paragraphe 7 du même article prévoit la même obligation de recourir à un service *qualifié* lorsqu'il existe une obligation légale ou réglementaire expresse de recourir à un envoi recommandé (peu importe l'expression utilisée dans le texte⁷). Enfin, le second alinéa du para-

⁷ Envoi recommandé, courrier recommandé, lettre recommandée (à la poste), etc. On rappelle par ailleurs que si certaines dispositions légales ou réglementaires font encore explicitement référence à la notion de « courrier recommandé à la poste », l'article 7, § 2, de la loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au

graphe 8 consacre la même exigence lorsqu'une obligation de datation de données ou de documents (peu importe l'expression utilisée dans le texte) est imposée de manière expresse par un texte légal ou réglementaire.

Les travaux parlementaires motivent cette obligation comme suit : « L'analyse des textes permet de constater que chaque fois que le législateur ou le Roi exigent de manière expresse une obligation de conservation, [un envoi recommandé ou encore une obligation de datation de données ou de documents], cette exigence est motivée par un objectif de disposer de garanties élevées [respectivement] quant à la lisibilité dans le temps et à l'intégrité d'un document, [quant à la réalité et à la date de l'envoi et de réception d'un document ou encore quant à l'exactitude de cette date], et plus largement de sécurité juridique. Cette sécurité juridique profite tant à l'ensemble du système qu'aux parties, et en particulier à la partie faible (par exemple, un consommateur, un travailleur, etc.). Grâce aux présomptions dont il bénéficie, seul le service (...) *qualifié* permet de répondre de manière raisonnable et préalable (c'est-à-dire sans devoir recourir au juge) à cet objectif de sécurité juridique ».

Il convient de préciser divers éléments permettant de bien comprendre la portée de cette obligation de recourir dans certaines hypothèses à un service de confiance qualifié. Cette obligation ne s'applique que si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies.

Tout d'abord, l'utilisateur doit opter pour la voie électronique. Ce dernier conserve toujours le choix de réaliser les formalités (archivage, datation, envoi recommandé) en version papier ou électronique. Cela découle non seulement de l'article XII.25, §1^{er} du CDE mais également des mots « ...si l'utilisateur du service opte pour la voie électronique » que l'on trouve dans le troisième alinéa du paragraphe 5 et le second alinéa des paragraphes 7 et 8 de l'article XII.25 du CDE. En d'autres mots, il n'y a pas d'obligation absolue de recourir à un service de confiance électronique qualifié. Si une entreprise, une administration ou un citoyen considère que le recours à un service de confiance qualifié (archivage, horodatage, envoi recommandé) est trop complexe et/ou coûteux (ce qui n'est pas démontré à ce jour), il peut renoncer à la voie électronique et continuer à utiliser les équivalents version papier.

Ensuite, l'obligation n'existe que si « un texte légal ou réglementaire prévoit une exigence *expresse* » d'archivage, de recommandé ou de datation. Dans toutes les autres hypothèses, notamment celles où les parties souhaitent uniquement se ménager un moyen de preuve sans qu'un texte ne leur impose, les utilisateurs restent libres d'utiliser des services de confiance qualifiés ou non qualifiés. Le cas échéant, ces utilisateurs ne doivent pas perdre de vue les effets juridiques différents associés à ces services.

Enfin, par application du principe général de droit « *lex specialis derogat legi generali* »⁸, l'obligation ne s'applique que si une disposition légale ou réglementaire spécifique ne prévoit pas une autre solution. En effet, le troisième alinéa du paragraphe 5 et le second alinéa des paragraphes 7 et 8 de l'article XII.25 du CDE stipulent clairement que l'obligation s'applique « Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières ». Des dispositions spécifiques, dans certains secteurs, peuvent donc permettre le recours à des services de confiance non qualifiés au sens du règlement 910/2014 et de la loi.

cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, confirme désormais le principe selon lequel ces mots ne peuvent plus être utilisés ou interprétés pour faire obstacle ni à l'utilisation d'un envoi recommandé autre que physique (donc électronique), ni au recours à un prestataire d'envoi recommandé (physique ou électronique) autre que bpost (voir l'article 135, § 2 de la loi du 21 mars 1991).

⁸ La loi spéciale déroge (et prévaut) sur la loi générale.

On note enfin que sur le plan de l'application opérationnelle de cette obligation, le législateur a fait preuve de prudence pragmatique. En effet, les travaux parlementaires précisent que « comme la mise en œuvre opérationnelle des services qualifiés dépendra tant de l'existence de normes internationales/européennes/nationales et des actes d'exécution de règlement 910/2014 que de l'offre de tels services sur le marché, l'entrée en vigueur de [cette obligation] pourrait être postérieure à celle de la plupart des dispositions du présent projet de loi. (...). Ces dispositions n'entreront pas en vigueur en Belgique tant qu'il n'existe pas sur le marché belge et/ou européen une offre acceptable et opérationnelle de ces services de confiance qualifiés ainsi qu'une concurrence suffisante permettant de garantir un prix raisonnable ». Cette prudence du législateur a été suivie par le Roi. En effet, l'arrêté royal relatif à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 21 juillet 2016 prévoit expressément en son article 1^{er} que les dispositions de la loi entrent en vigueur le jour de la publication au Moniteur belge de l'arrêté (donc le 28 septembre 2016), *à l'exception toutefois* des articles XII.25, § 5, alinéa 3, § 7, alinéa 2, § 8, alinéa 2, XII.34 et XII.35 du Code de droit économique. L'entrée en vigueur de ces dispositions est reportée à une date ultérieure et indéterminée, cette dernière dépendant de la réalisation des conditions précitées.

d. La lutte contre les affirmations trompeuses

Afin d'éviter que des prestataires sur le marché ne soient tentés de laisser croire que les services de confiance sont qualifiés alors que leurs services ne correspondent pas aux critères de qualité requis, le législateur a jugé opportun de consacrer une disposition qui stipule que « Un prestataire de service de confiance ne peut à aucun moment laisser entendre, directement ou indirectement, qu'il offre un service de confiance qualifié s'il ne se conforme pas aux dispositions du règlement 910/2014, du présent titre et de ses annexes, relatives à ces services » (**art. XII.25, § 9**).

Un prestataire ne peut en effet pas offrir un service de confiance qualifié s'il ne répond pas à toutes les exigences du règlement 910/2014 et, le cas échéant, du titre 2 du livre XII du CDE et de ses annexes. Le législateur entend écarter tout risque de confusion à cet égard. Un prestataire qui offre à la fois des services de confiance qualifiés et non qualifiés (ce qui est permis par le règlement et la loi belge) pourrait par ailleurs faire intentionnellement un usage inadéquat du label de confiance (réservé aux services qualifiés) prévu par l'article 23 du règlement 910/2014, ce qui aurait pour conséquence de laisser croire à l'utilisateur que tous ses services sont qualifiés. La nouvelle obligation permet d'empêcher ces pratiques et poursuit l'objectif

- tant d'éviter de tromper la légitime confiance des utilisateurs
- que d'assurer une concurrence loyale entre les prestataires de services de confiance.

Dans le même esprit, le **paragraphe 10** de l'**article XII.25** du CDE indique que « Sous réserve de l'application de l'article 1328 du Code civil, un prestataire de service d'horodatage électronique qualifié ou non qualifié ne peut à aucun moment laisser entendre, directement ou indirectement, que son service confère date certaine ».

La tentation pourrait en effet être grande pour un prestataire de service d'horodatage électronique (qu'il soit qualifié ou non) de recourir à la notion civiliste de « date certaine », à laquelle sont attachés des effets juridiques particuliers, en vue de promouvoir son service. Or comme le précisent les travaux parlementaire, « l'article 1328 du Code civil ne confère date certaine qu'en trois hypothèses précises : la mort, l'enregistrement et la constatation dans des actes dressés par un officier public. Dès lors, en dehors de ces hypothèses, il n'est pas acceptable de dire que l'horodatage électronique puisse conférer date certaine ». Afin

d'éviter des pratiques de publicité trompeuse et les allégations de mauvaise foi, la nouvelle loi interdit le recours à cette expression et permet d'éviter ainsi toute ambiguïté.

e. La matérialisation des signatures et cachets électroniques

Les paragraphes 11 et 12 de l'article XII.25 visent à permettre la matérialisation en toute sécurité juridique des documents établis par voie électronique et assortis, soit d'une signature électronique, soit d'un cachet électronique. Le paragraphe 11 reprend le contenu du paragraphe 6 de l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001, moyennant l'adaptation des références, désormais faites aux dispositions du règlement 910/2014. Ce paragraphe 6 de l'article 4 de la loi du 9 juillet 2001 avait été introduit par la loi du 15 février 2012⁹.

Le texte consacrait la possibilité de matérialiser une signature électronique pour autant que la signature sous forme matérialisée remplisse les mêmes conditions que celles applicables à la signature électronique avancée, telles que formulées à l'article 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 9 juillet 2001. Selon les travaux parlementaires de la loi de 2012, les technologies utilisées pour la matérialisation de la signature garantissent le respect de ces conditions. Ces technologies « permettent, notamment par le biais d'un scanner, d'un lecteur à code-barres ou même d'un simple code de référence, apposé sur la copie, de demander le document numérique original revêtu de la signature numérique originale ».

Même si les travaux parlementaires laissent planer une certaine confusion sur ce point, il semble que le texte légal se limite uniquement à permettre juridiquement la matérialisation d'une signature électronique tout en fixant les conditions de cette matérialisation. Le résultat de cette matérialisation ne constitue ni plus ni moins qu'une « copie » au sens juridique. Cette copie présente toutefois l'avantage de permettre d'accéder à tout moment, grâce au code de référence, au « document numérique *original* revêtu de la signature numérique *originale* ».

La loi du 21 juillet 2016 reprend les principes consacrés par le législateur de 2012. Il adapte toutefois la terminologie en permettant, via le paragraphe 11, la matérialisation de la signature électronique et via le paragraphe 12, de manière identique, celle du cachet électronique.

2.2. Les exigences relatives au service d'archivage électronique (qualifié)

Pour rappel, une des spécificités de la loi du 21 juillet 2016 consiste à consacrer des dispositions inédites et originales visant à encadrer juridiquement le service d'archivage électronique (qualifié) en tant que service de confiance à part entière, ce que le règlement européen n'a pas réalisé. Pour ce faire, le législateur insère deux nouvelles définitions aux 17° et 18° de l'article I.18, du CDE ainsi que des dispositions particulières pour le service d'archivage électronique aux articles XII.27 à 29 du même code.

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

⁹ [Loi du 15 février 2012](#) modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, MB, 7 mars 2012.

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

Ces définitions enseignent que les services d'archivage électronique peuvent être soit fournis par un prestataire de services de confiance au profit du public soit exploités par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale pour son propre compte.

Cette distinction s'avère importante car seul l'archivage électronique qualifié « exploité pour son propre compte » bénéficiera de certaines dérogations prévues par l'article XII.28, § 2, du CDE. Il est donc nécessaire de pouvoir aisément la mettre en œuvre. Un double critère pourrait être utilisé pour opérer la distinction entre service d'archivage électronique qui, d'une part, est offert par un prestataire de service de confiance *tiers* et d'autre part, est *exploité pour son propre compte* par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale. Le premier est celui de l'objet de l'activité principale. Le second est celui de l'existence d'un intérêt ou pas à l'égard des données ou du document archivés.

- Concernant le premier critère, si l'activité principale de l'entreprise a pour objet le service d'archivage électronique lui-même¹⁰, celle-ci sera considérée comme un prestataire de service de confiance qui offre ses services au public et qui devra se soumettre à toutes les exigences du règlement 910/2014 et de la loi du 21 juillet 2016, particulièrement s'il est qualifié. Si, par contre, le service d'archivage électronique apparaît seulement comme un service « accessoire », qui vient en support de son activité principale (par exemple, services bancaires, services d'assurances, secrétariat social, consultance en ressources humaines, entreprises pharmaceutiques, etc.), ce service pourra être considéré comme « exploité pour le compte propre ».
- Le second critère, cumulatif au premier, pose la question de savoir si l'organisation ou la personne, qui exploite le service d'archivage électronique pour son compte propre, est également une des parties ayant intérêt aux données ou documents archivés. Ce second critère pourrait se déduire de l'extrait suivant des travaux parlementaires : « On peut s'attendre à ce que, dans cette hypothèse, l'organisme du secteur public ou la personne qui exploite pour son propre compte le service d'archivage *veille particulièrement au respect des exigences dans la mesure où il ne peut pas se permettre de perdre le bénéfice des présomptions consacrées à l'article XII.25 pour les documents archivés dont il est partie* ». Si un prestataire prétend exploiter pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié et ainsi revendiquer le bénéfice des dérogations prévues à l'article XII.28, §2 du CDE, mais que l'on constate qu'il n'a aucun intérêt – apprécié notamment par rapport à son activité principale – au regard des droits et obligations consacrés par les données ou documents ainsi archivés, il pourrait perdre le bénéfice des dérogations précitées et serait considéré comme un prestataire de service de confiance *tiers* pour cette activité (qui ne serait d'ailleurs plus nécessairement qualifiée d'accessoire par rapport à l'activité principale invoquée).

Les définitions des points 17° et 18° de l'article I.18, du CDE révèlent également que ces services peuvent être soit non qualifiés, auquel cas la grande majorité des dispositions du rè-

¹⁰ Cela pourra se déduire notamment de l'objet social de l'entreprise, de la manière dont elle présente ses activités à ses clients potentiels (via des communications ou publicités diverses), etc.

gement et de la loi ne sont pas applicables, soit qualifiés, toutes les conditions légales européennes et belges devant alors être respectées.

Ces définitions se veulent neutres d'un point de vue technologique. Par ailleurs, elles assimilent les services d'archivage électronique et leurs prestataires à des services de confiance et à leurs prestataires au sens du règlement 910/2014. De la sorte, le législateur belge atteint l'objectif, déjà indiqué, de s'inscrire dans la philosophie, les principes et les procédures établis par ce règlement. On précise que cette assimilation « n'implique pas qu'un prestataire d'un service d'archivage électronique serait tenu d'offrir un ou plusieurs des services de confiance visés par le règlement ».

Les définitions précisent enfin qu'il existe deux catégories d'archivage : l'archivage électronique de données originellement électroniques et celui de documents papiers numérisés (scanning). La loi du 21 juillet 2016 donne ainsi la possibilité de prester ou d'exploiter librement l'une ou l'autre de ces catégories d'archivage voire les deux.

Les articles XII.27 à 29 du CDE visent, à l'instar des autres services de confiance prévus dans le règlement 910/2014, d'une part, à distinguer les services d'archivage électronique qualifiés et non qualifiés et, d'autre part, à indiquer que les services d'archivage électronique sont soumis, par analogie, aux mêmes exigences que celles applicables à l'ensemble des services de confiance.

L'article XII.27 stipule que le prestataire de service d'archivage électronique *non qualifié* doit satisfaire aux dispositions du règlement applicables au prestataire de service de confiance non qualifié. En pratique, cela se traduit essentiellement en une obligation générale de sécurité et en une obligation de notification en cas d'atteinte à la sécurité, consacrées par l'article 19 du règlement 910/2014.

L'article XII.28 détermine les exigences applicables au prestataire de service d'archivage électronique *qualifié*.

En premier lieu, il doit se soumettre aux dispositions du règlement 910/2014 applicables aux prestataires de services de confiance qualifiés. Outre les obligations de sécurité visées à l'article 19 précité, ces dispositions visent principalement les exigences communes énoncées à l'article 24, l'obligation de se soumettre au contrôle de l'organe visé à l'article 17 selon les modalités prévues à cet article et à l'article 20, l'obligation de passer préalablement par la procédure de lancement d'un service de confiance qualifié consacrée par l'article 21 (sous réserve de l'exception expliquée ci-après), l'obligation d'être inscrit sur la liste de confiance et, le cas échéant, le respect de l'article 34 relatif au service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées.

Ensuite, le prestataire doit se soumettre aux exigences prévues par le titre 2 du Code de droit économique ainsi que son annexe I. Cette dernière décrit les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les prestataires de services de confiance établis en Belgique offrant des services d'archivage électronique qualifiés. Ces exigences sont de nature organisationnelle et technique et ont pour but d'accroître la fiabilité du service. Un prestataire de services n'est pas tenu de respecter ces exigences mais n'a, s'il ne s'y conforme pas, pas le droit de demander le statut qualifié pour ses services et ceux-ci ne bénéficient pas des présomptions consacrées à l'article XII.25.

Concernant le service d'archivage électronique qualifié, nous rappelons que l'article XII.28 prévoit qu'il peut être soit fourni par un prestataire de service de confiance au profit du public, auquel cas il devra répondre à toutes les exigences précitées, soit exploité par un orga-

nisme du secteur public ou une personne physique ou morale pour son propre compte, auquel cas il n'est pas tenu de répondre à certaines exigences.

Le second paragraphe de l'article XII.28 dispense en effet cet organisme du secteur public ou personne qui exploite pour son propre compte le service de respecter certains exigences qui sont spécifiques à l'offre de services au public (24.2.a), d) et i) du règlement ainsi que points e), i), j) et k) de l'annexe I du titre 2). Il dispense également de se soumettre à la procédure préalable de lancement d'un service de confiance qualifié consacrée par l'article 21 du règlement, de l'audit tous les 24 mois visés par l'article 20.1. du règlement et de l'inscription sur la liste de confiance.

Cette dispense ne signifie pas pour autant l'absence de tout contrôle. En effet, le second paragraphe impose à l'organisme du secteur public et à la personne qui exploite le service de procéder à une déclaration préalable contenant diverses informations auprès de l'organe de contrôle¹¹, déclaration devant être accompagnée d'un rapport d'évaluation effectué par un organisme d'évaluation de la conformité accrédité. Sur cette base, l'organe de contrôle peut toujours décider de procéder à un contrôle et, le cas échéant, constater que toutes les conditions ne sont pas remplies pour obtenir le statut « qualifié » et ainsi bénéficier des présomptions précitées.

Le troisième paragraphe de l'article XII.28 du CDE énonce que « Sans préjudice de l'article 34, paragraphe 2, du règlement 910/2014, le Roi peut déterminer les numéros de référence des normes applicables au service d'archivage électronique qualifié. Le service d'archivage électronique qualifié qui respecte ces normes est présumé satisfaire à tout ou partie des exigences du présent titre et de l'annexe I. Le cas échéant, le Roi spécifie les exigences présumées satisfaites ». Cette disposition s'inspire très largement des dispositions prévues dans le règlement 910/2014 pour les autres services de confiance. Elle consacre une faculté et non une obligation pour le Roi, faculté qui ne pourra être exercée que si les normes *ad hoc* sont élaborées sur le marché et que celles-ci permettent raisonnablement de répondre aux exigences légales, ce qu'il appartient au Roi de juger.

¹¹ L'organe de contrôle est défini à l'article I.18,16°, du CDE comme « l'organe visé à l'article 17, paragraphe 1, du règlement 910/2014, créé au sein du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, composé des agents visés à l'article XV.2. et chargé des tâches de contrôle des prestataires établis en Belgique de services de confiance, y compris de services d'archivage électronique ». Cette définition poursuit un double objectif : affirmer, d'une part, que l'organe de contrôle est constitué au sein du SPF Economie, tout en laissant le soin au ministre de désigner en son sein - conformément à l'article XV.2. du Code de droit économique - les agents chargé du contrôle (il s'agit des agents de la Direction générale de la Qualité et Sécurité) et, d'autre part, que cet organe est chargé du contrôle des prestataires établis en Belgique non seulement des services de confiance visés par le règlement 910/2014 mais également des services d'archivage électronique visés par la loi, peu importe que ces derniers services soient offerts au public ou exploités en interne.

2.3. Les exigences relatives au service d'envoi recommandé électronique qualifié

Le service d'envoi recommandé électronique est déjà en grande partie harmonisé par les articles 43 et 44 du règlement 910/2014. Mais déjà indiqué, le considérant n° 24 de ce règlement concède que les services de confiance visés par le texte européen ne sont pas (tous) complètement harmonisés, et qu'une certaine marge de manœuvre existe encore au niveau national. Le législateur belge ne s'est pas privé d'exploiter cette marge de manœuvre, avec parcimonie toutefois et la volonté évidente de ne pas imposer des contraintes inutiles à l'offre d'un tel service.

Ainsi, le premier alinéa de l'article XII.30. du CDE indique que « Sans préjudice des dispositions du règlement 910/2014 applicables au prestataire de services de confiance qualifié et au service d'envoi recommandé électronique qualifié, le prestataire de services de confiance qualifié qui offre un service d'envoi recommandé électronique qualifié satisfait aux exigences visées à l'annexe II du présent titre ». En réalité, cette annexe II ne contient pas d'exigences contraignantes supplémentaires à celles prévues par le règlement mais plutôt des dispositions qui complètent utilement celles consacrées par le texte européen en vue de permettre et d'encadrer l'envoi recommandé *hybride* utilisé dans le cadre d'un envoi recommandé électronique qualifié. Cette forme alternative et intermédiaire d'envoi recommandé, non visée par le règlement, offre la possibilité à un expéditeur d'envoyer son recommandé sous forme électronique tout en veillant à ce que le destinataire le reçoive sous enveloppe au format papier, après matérialisation par un opérateur postal. Si, et seulement si car il ne s'agit pas d'une obligation¹², un prestataire décide d'offrir un tel service d'envoi recommandé *hybride*, alors il est tenu de respecter les exigences contenues à l'annexe II.

19

2.4. De la révocation, de la suspension et de l'expiration des certificats qualifiés de signature électronique et de cachet électronique

Le règlement 910/2014 consacre des dispositions (articles 24.3., 24.4., 28.4. et 38.4.) relatives à la transparence concernant le statut d'un certificat qualifié ainsi que les effets d'une éventuelle révocation. Ainsi, il prévoit que les prestataires qui délivrent des certificats qualifiés de signature ou de cachet électroniques fournissent à toute partie utilisatrice des informations sur la validité ou le statut de révocation des certificats qualifiés qu'ils ont délivrés. Toutefois, le règlement ne spécifie pas les cas dans lesquels un certificat qualifié peut être révoqué.

L'article XII.31 du CDE vise à compléter les articles précités du règlement européen en spécifiant les différentes hypothèses dans lesquelles un prestataire de services de confiance qualifié qui délivre des certificats qualifiés de signature ou de cachet électroniques est tenu de révoquer un certificat qualifié.

Si le prestataire de services de confiance qualifié révoque le certificat qualifié, il « informe le titulaire de certificat de la révocation et motive sa décision, sauf en cas de demande, de décès ou de dissolution du titulaire de certificat ».

¹² Cette affirmation découle de la formulation du second alinéa de l'annexe II qui indique que « Le prestataire d'un service d'envoi recommandé électronique qualifié *peut*, à la demande de l'expéditeur, procéder à la matérialisation de l'envoi recommandé sous forme papier et à sa mise sous enveloppe ».

L'article XII.32 du CDE spécifie les obligations à charge du titulaire de certificat en cas de doutes sérieux quant au maintien de la confidentialité des données de création de signature ou de cachet électronique (vol du code PIN ou de la clé privée de signature par exemple) ainsi qu'en cas d'arrivée à échéance ou de révocation d'un certificat qualifié de signature électronique ou de cachet électronique.

Le titulaire de certificat est défini par l'article I.18, 15°, du CDE comme « une personne physique ou morale à laquelle un prestataire de service de confiance a délivré respectivement un certificat de signature électronique ou un certificat de cachet électronique ». Cette notion n'est pas utilisée dans le règlement 910/2014. Elle fait néanmoins référence à deux services de confiance couverts par celui-ci (signature électronique et cachet électronique). Cette notion est utile dans le cadre de loi du 21 juillet 2016 pour de nombreuses dispositions qui mettent en œuvre ou complètent le règlement (utilisation d'un pseudonyme dans un certificat de signature électronique, utilisation d'un cachet électronique, hypothèse de la révocation des certificats comme évoqué ici, hypothèse de l'arrêt des activités par le prestataire).

Ainsi, l'article XII.32 stipule, d'une part, que « En cas de doutes sérieux quant au maintien de la confidentialité des données de création de signature électronique ou de cachet électronique ou de perte de conformité à la réalité des informations contenues dans le certificat, le titulaire est tenu de faire révoquer le certificat » et, d'autre part, que « Lorsqu'un certificat de signature électronique ou de cachet électronique est arrivé à échéance ou a été révoqué, le titulaire de celui-ci ne peut, après l'expiration du certificat ou après révocation, utiliser les données de création de signature électronique ou de cachet électronique correspondantes pour créer une signature électronique ou un cachet électronique ou faire certifier ces données par un autre prestataire de service de confiance ».

Quant au prestataire de service de confiance qualifié, l'article XII.32 du CDE prévoit une obligation à sa charge d'informer le titulaire d'un certificat qualifié de son expiration un mois avant celle-ci.

L'article XII.33 du CDE vise à garantir légalement une pratique déjà mise en place par les prestataires de services de confiance en Belgique : la suspension temporaire de certificat. Comme le souligne le considérant n° 53 du règlement 910/2014, la « suspension de certificats qualifiés est, dans un certain nombre d'Etats membres, une pratique opérationnelle établie des prestataires de services de confiance qui est différente de la révocation et entraîne une perte temporaire de validité d'un certificat ». Toutefois, le même considérant ajoute que « La sécurité juridique impose que le statut de suspension d'un certificat soit toujours clairement indiqué » et qu'il convient de « prévoir des règles en matière de transparence, dans les cas où cette pratique est disponible ».

C'est la raison pour laquelle un prestataire établi en Belgique est tenu – s'il met en place une telle procédure de suspension temporaire, ce que lui permettent le règlement et l'article XII.33 du CDE – de respecter les exigences contenues aux articles 28.5. et 38.5. Ces exigences se traduisent par le respect de deux conditions.

- D'une part, le certificat qualifié temporairement suspendu doit perdre sa validité pendant la période de suspension.
- D'autre part, la période de suspension doit clairement être indiquée dans la base de données relative aux certificats et le statut de suspension doit être visible, pendant la période de suspension, auprès du service fournissant les informations sur le statut du certificat.

2.5. De la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié

Les articles XII.34 et 35 du CDE déterminent les effets juridiques liés à l'utilisation d'un *service de validation qualifié* d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié. Si le règlement 910/2014 promeut la validation et l'offre de service de validation de signature électronique qualifiée et de cachet électronique qualifié, tout en déterminant les conditions dans ses articles 32, 33 et 40, il ne consacre par contre aucune obligation à charge de la partie utilisatrice de vérifier la signature ou le cachet. Comme le précisent les travaux parlementaires « Une telle obligation ne pourrait pas non plus être mise à charge de la partie utilisatrice par le droit national, au risque de créer une condition supplémentaire contraire au règlement 910/2014. Toutefois, rien n'interdit aux Etats membres de consacrer des dispositions qui visent à inciter la partie utilisatrice à procéder à la validation ».

Ainsi, les articles XII.34 et 35 prévoient que la partie utilisatrice - c'est-à-dire celle qui reçoit un document faisant l'objet d'une signature ou d'un cachet électronique de son auteur - bénéficie d'une présomption de validité de cette signature ou de ce cachet au sens des articles 32, 33 et 40 du règlement 910/2014 si elle vérifie cette signature ou ce cachet qualifié au moyen d'un service de validation qualifié conforme à ces articles. La disposition précise que cette présomption ne joue que si la partie utilisatrice procède à cette vérification avant de se fier à cette signature ou à ce cachet. En effet, si la partie ne vérifie pas la signature ou le cachet avant de s'y fier, et ne conserve pas la preuve de cette vérification, des contestations pourraient toujours naître par la suite, par exemple si le document signé l'avait été au moyen d'un certificat expiré, révoqué ou suspendu ou encore non qualifié, ce que le service de validation aurait dû détecter. Cette présomption permet en outre d'opérer un renversement de la charge de la preuve en cas de contestation.

2.6. De l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié

S'il veut assurer la pérennité et la durabilité des services de confiance qualifiés et accroître la confiance des utilisateurs dans la continuité de ces services, le législateur pouvait difficilement éviter de prendre en compte la problématique liée à l'arrêt éventuel des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié et de consacrer des dispositions en vue de gérer au mieux ce risque potentiel.

Au niveau européen, le règlement 910/2014 n'élude pas la question mais se limite essentiellement à consacrer l'obligation de disposer d'un plan actualisé d'arrêt d'activité, afin d'assurer la continuité du service, et une sauvegarde des données (cf. les articles 17.4.i) et 24.2.h) et i) du règlement). Toutefois, le règlement n'offre aucune information sur le contenu et les modalités de mise en œuvre de ce plan d'arrêt d'activité, ce que les Etats membres sont en mesure de préciser en vue d'encadrer au mieux et de limiter au maximum les conséquences préjudiciables d'un tel arrêt.

Les articles XII.36 à 38 du CDE visent à préciser les conditions et modalités de mise en œuvre du plan d'arrêt d'activité. Ces dispositions distinguent l'arrêt volontaire de l'arrêt involontaire (par exemple, une faillite). Dans la première hypothèse, le prestataire doit en premier lieu tout mettre en œuvre pour tenter la reprise des activités dont il envisage la cessation par un autre prestataire de services de confiance qualifié. Si ce n'est pas possible, il doit alors en informer les utilisateurs et prendre des mesures spécifiques en vue de réduire au maximum le préjudice pour ces derniers et répondre aux obligations du règlement 910/2014. Dans tous

les cas, il doit en outre informer l'organe de contrôle qui pourra ainsi suivre de près ce processus délicat et veiller au respect scrupuleux des exigences européennes et nationales. Vu la technicité de ces dispositions, nous renvoyons pour le reste à la lecture de celles-ci.

2.7. L'organe de contrôle

A l'instar de la directive 1999/93/CE, le règlement 910/2014 fait obligation aux Etats membres d'instaurer un système adéquat permettant de contrôler les prestataires de services de confiance, particulièrement s'ils sont qualifiés¹³. Toutefois, le règlement va bien au-delà de la directive en consacrant une obligation pour les Etats membres de désigner un organe de contrôle ainsi qu'en précisant et en étendant le mandat de cet organe. Cette évolution traduit la volonté de la Commission et du législateur européen non seulement de renforcer mais également d'harmoniser plus largement le système de supervision jugé trop « fragile » jusqu'alors dans le cadre de la directive, notamment en raison de la trop grande liberté laissée aux Etats membres.

L'article 17 du règlement fait obligation aux Etats membres de désigner un organe de contrôle. Pour procéder à cette désignation, le législateur belge institue un organe de contrôle belge chargé de contrôler les prestataires établis en Belgique. Ainsi, l'article I.18,16°, du CDE indique que cet organe est créé au sein du SPF Economie et est composé plus particulièrement des agents de la Direction générale de la Qualité et de la Sécurité¹⁴.

2.8. Les dispositions modificatives et abrogatoires

22

La loi du 21 juillet 2016 contient de nombreuses dispositions modificatives (articles 35 à 46), dont le premier objectif est d'opérer un toilettage des textes, sans nécessairement toucher au fond des dispositions. Ce toilettage vise à intégrer la nouvelle terminologie désormais harmonisée par le règlement européen ainsi qu'à tenir compte de l'abrogation de la loi du 15 mai 2007¹⁵, remplacée par les nouvelles dispositions du titre 2 du livre XII du CDE.

Par ailleurs, l'article 32 abroge la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, ainsi que son arrêté royal d'exécution du 6 décembre 2002. Cette abrogation est logique car, d'une part, cette loi transposait en droit belge la directive 1999/93/CE, qui est elle-même abrogée par le règlement 910/2014 depuis le 1^{er} juillet 2016 et, d'autre part, les dispositions relatives à la signature électronique sont désormais consacrées dans le règlement, qui est d'application directe en droit national.

L'article 33 rapporte la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance. Cette loi n'a en effet jamais été d'application, faute d'arrêtés d'exécution. Le délai accordé au Roi pour prendre les arrêtés d'exécution nécessaires est expiré de longue date. Le règlement 910/2014 et la loi du 21 juillet 2016 contiennent désormais toutes les dispositions pertinentes en matière de services de confiance et peut donc remplacer intégralement la loi du 15 mai 2007 précitée.

¹³ L'organe de contrôle est tenu de contrôler tous les prestataires de services de confiance, qu'ils soient qualifiés ou non. Toutefois, l'intervention de cet organe va sensiblement varier en fonction de la catégorie à laquelle appartient le prestataire contrôlé.

¹⁴ [Arrêté ministériel du 13 septembre 2016](#) modifiant l'arrêté ministériel du 25 avril 2014 désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions prévues à l'article XV.2 du Code de droit économique, *Moniteur belge*, 28 septembre 2016.

¹⁵ Loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance *MB*, 17 juillet 2007.

Conclusion

Le législateur belge est un des premiers au niveau européen à avoir adopté la loi de mise en œuvre du règlement 910/2014.

Les dispositions de la loi cherchent manifestement à atteindre un équilibre entre souplesse et sécurité. A l'instar du régime déjà applicable aux autres services de confiance dans le cadre du règlement 910/2014, le cadre juridique relatif à l'archivage électronique est envisagé comme une « boîte à outils juridiques » permettant aux utilisateurs de recourir à ce service en vue de gérer leurs risques par rapport principalement aux données ou documents présentant une valeur juridique. A cet effet, diverses présomptions sont prévues en faveur des services d'archivage électronique considérés comme « qualifiés » au sens de la loi ainsi qu'en faveur des autres services de confiance qualifiés au sens du règlement.

Cette « boîte à outils juridiques » étant désormais mise à la disposition de l'ensemble des acteurs du marché, gageons que ceux-ci en tirent profit et prennent les actions utiles afin d'assurer, d'une part, une offre suffisante, concurrentielle et opérationnelle de ces services de confiance qualifiés et, d'autre part, une utilisation optimale dans le cadre de la politique de gestion des risques.