

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.**

Avis complémentaire du Conseil d'État

(10 mars 2015)

Par dépêche du 20 octobre 2014, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'une série d'amendements au projet de loi proposés par la Commission de l'économie.

Les amendements étaient accompagnés d'un commentaire séparé pour chaque amendement ainsi que d'un texte coordonné du projet de loi tenant compte tant des modifications que le Conseil d'État a proposées dans son avis du 8 octobre 2013 et que la commission parlementaire a fait siennes que des amendements nouvellement proposés par la commission.

Plutôt que de numéroter les amendements, les auteurs se réfèrent aux articles ou éléments d'articles du projet de loi gouvernemental qu'il est prévu d'amender. Le Conseil d'État se tiendra à cette présentation lors de l'examen des amendements parlementaires.

La commission parlementaire a par ailleurs pris soin de munir l'intégralité des articles d'un intitulé. Si le Conseil d'État ne s'oppose pas à cette approche, il fait cependant remarquer que le libellé de certains intitulés tant des articles que des chapitres servant pour subdiviser le projet de loi commence par un « de » ou un « des » ablatif qui fait défaut dans le libellé d'autres intitulés. Une harmonisation de la présentation rédactionnelle s'avérerait indiquée à cet égard.

Alors que la commission parlementaire a retenu de ne pas évoquer l'acronyme « PSDC » à l'endroit de la définition du prestataire de services de dématérialisation ou de conservation, contrairement à ce que prévoyait le projet gouvernemental, cet acronyme continue à être utilisé dans les intitulés du chapitre 2 et des sections 1^{re} et 2 de ce chapitre ainsi que dans le texte des articles 4 et 11 (nouveau). Pour les raisons plus amplement développées dans le cadre de l'examen de l'article 11 nouveau, le Conseil d'État demande de faire abstraction de l'acronyme « PSDC » à travers l'ensemble du texte de la loi en projet.

Article 1^{er}, paragraphe 1^{er}

Concernant la manière de cerner le champ d'application de la loi en projet, le Conseil d'État n'a été suivi que très partiellement.

Le paragraphe 1^{er} continue ainsi à viser les objectifs de la loi en y mêlant le volet des dispositions à apporter notamment au Code civil et au Code de commerce. Le maintien de ce paragraphe continue de surcroît à prêter à critique dans la mesure où, en ne faisant que résumer le contenu des articles subséquents, il est dépourvu de valeur normative.

Comme le propre de la loi est d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations, des éléments à « teneur plutôt explicative » n'ont pas leur place dans un dispositif légal.

Si l'intérêt de son maintien tient uniquement à la volonté de ne pas faire débiter le dispositif par une disposition négative, le Conseil d'État propose d'échanger les articles 1^{er} (limité aux dispositions de son paragraphe 2) et 2. Il pourra cependant tout aussi bien s'accommoder de la suppression du paragraphe 2 de l'article 1^{er} qui en deviendra sans objet.

Article 2, définition supplémentaire

Aux termes de l'amendement sous examen, la commission parlementaire propose de combler une lacune du projet de loi en ajoutant au relevé des définitions celle du « certificateur ».

Le texte de la définition donne lieu à plusieurs observations critiques.

L'activité du certificateur, censé être accrédité par l'ILNAS, semble s'identifier à celle réservée aux « organismes d'évaluation de la conformité » dont question à la rubrique 23° de l'article 1^{er} de la loi du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS. La définition proprement dite du « certificateur » est à son tour insatisfaisante dans la mesure où elle se limite à l'évocation des formalités d'accréditation et de notification par l'ILNAS au lieu de viser les activités qui sont le propre des organismes accrédités, voire notifiés. Enfin, dans la mesure où l'ILNAS en tant qu'administration n'a pas de personnalité juridique, il faut se demander à qui appartient la compétence de conclure les accords de reconnaissance dont question. S'agit-il de contrats au sens privé du terme pour la conclusion desquels la personnalité juridique du contractant est présumée ? Ou s'agit-il d'accords internationaux de droit public pour l'adoption desquels les formalités de l'article 37 de la Constitution sont requises ?

De l'avis du Conseil d'État, il sera préférable d'abandonner la nouvelle définition au profit d'un recours pur et simple aux organismes d'évaluation de la conformité dont question dans la loi précitée du 4 juillet 2014 en vue de la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation.

Article 2, définition b)

Sans observation.

Article 2, définition c)

Les précisions apportées à la notion de « copie » grâce à l'ajout des termes « à valeur probante » s'inscrivent dans la ligne esquissée par le Conseil d'État dans son avis du 8 octobre 2013. Elles ne donnent pas lieu à observation.

Article 2, définition d)

Tout en notant que la Commission de l'économie de la Chambre des députés entend donner suite aux observations de l'avis précité du 8 octobre 2013, le Conseil d'État estime que pour pouvoir prétendre à avoir valeur probante au même titre que l'original, une copie numérique ou micrographique doit par nature s'avérer de manière inaltérable conforme à l'original. Aussi ne suffit-il pas que la dématérialisation de l'original analogique soit effectuée « dans des conditions qui assurent (seulement) des garanties fiables quant à la conformité de la copie ainsi créée », mais il y a lieu de définir la dématérialisation comme étant le « processus (forme utilisée à l'article 4, paragraphe 1^{er} du texte coordonné joint aux amendements) qui consiste à créer une copie à valeur probante d'un original existant sous forme analogique dans des conditions qui garantissent la conformité de la copie ainsi créée à l'original ».

Article 2, définitions e) et g)

Sans observation.

Article 2, définition h)

Le Conseil d'État note qu'il a été largement suivi par la commission parlementaire en ce qui concerne sa proposition de limiter à une seule catégorie les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation.

La définition prévue par la commission parlementaire donne lieu à deux observations.

Il semble plus exact de se référer aux activités de dématérialisation et de conservation en utilisant un article indéfini (« des » au lieu de « les »), alors que par définition le « prestataire de services de dématérialisation ou de conservation » n'effectuera pas obligatoirement l'ensemble de ces activités. Dans le même ordre d'idées, il y a lieu d'évoquer « des activités de dématérialisation ou de conservation électronique », formule qui permettra de faire abstraction des mots « ou l'une de ces activités seulement ».

Par ailleurs, l'obligation de se faire inscrire sur la liste visée à l'article 4, paragraphe 3, apparaît comme obligation qui s'impose comme conséquence de l'activité de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation plutôt que de constituer un élément de définition du prestataire. Aussi le Conseil d'État demande-t-il la suppression du bout de phrase « et inscrite sur la liste visée à l'article 4(3) ».

Article 3

Le Conseil d'État note la volonté des auteurs des amendements sous avis de suivre sa suggestion reprise dans son avis précité du 8 octobre 2013 qui fut de concevoir en relation avec la valeur juridique des documents et copie analogiques ou numériques un régime juridique unique qui a sa place au Code civil et accessoirement au Code de commerce.

Or, il doit constater que cette volonté n'est pas respectée avec la logique utile, alors que l'amendement sous examen prévoit de maintenir parmi les dispositions autonomes de la loi en projet plutôt que d'en prévoir le transfert vers le Code civil un élément ayant trait à la valeur juridique des copies de documents originaux.

Le Conseil d'État estime que le contenu qu'il est prévu de réserver nouvellement à l'article 3 de la loi en projet aurait également sa place dans le Code civil. Il rappelle cependant que dans son avis du 8 octobre 2013 il avait considéré la disposition en question comme superfétatoire au regard du contenu qu'il est prévu de conférer aux dispositions du Code civil relatives aux copies des actes sous seing privé (cf. amendement concernant les articles 12 et 13 (nouveaux)). Dans la mesure où il sera suivi sur ce point, l'article 3 deviendra sans objet, et il y aura lieu de procéder à une nouvelle numérotation des articles subséquents. Au cas où la Chambre des députés entendrait maintenir les dispositions sous examen, leur place se trouverait dans le Code civil et dans le Code de commerce. Le Conseil d'État y reviendra dans le cadre de son examen des articles 12 et 13 (nouveaux).

Article 6, intitulé et paragraphe 1^{er}

En examinant l'article 6 dans le cadre de son avis du 8 octobre 2013, le Conseil d'État avait rappelé les exigences de l'article 11(6) de la Constitution en relation avec les conditions à respecter en vue d'effectuer des services de dématérialisation ou de conservation en qualité de prestataire certifié. En effet, et sans préjudice de la possibilité offerte par l'article 32(3) de la Constitution, les conditions à prévoir à ces fins sont réservées à la loi formelle.

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen retient que le statut de « prestataire de services de dématérialisation ou de conservation » aux termes du point h) de l'article 2 du texte coordonné joint aux amendements sous avis est fonction de sa certification qui doit avoir « respecté les règles relatives à l'établissement d'une gestion de la sécurité de l'information et d'une gestion opérationnelle spécifiques aux processus de dématérialisation ou de conservation ». L'alinéa 1^{er} de ce paragraphe retient en outre que les règles en question sont déterminées par règlement grand-ducal. Si les fins du règlement grand-ducal visé sont dès lors explicitement reprises dans la loi formelle, il n'en est pas le cas pour les conditions et les modalités qui, selon l'article 32(3) de la Constitution, doivent également être spécifiées dans la loi même. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et plus particulièrement à son arrêt 108/13 du 29 novembre 2013 aux termes duquel « dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc »¹.

Dans les conditions données, le Conseil d'État se voit obligé de confirmer son opposition formelle du 8 octobre 2013 au sujet de la nouvelle version amendée du texte. Il demande qu'en plus de la finalité les conditions et les modalités de la certification soient ajoutées aux dispositions sous examen.

¹ Cf. Mém. A N° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886.

Dans la mesure où la certification ci-avant ne suffit pas pour se prévaloir de la qualité de prestataire (certifié) de services de dématérialisation ou de conservation, mais que le prestataire doit en sus être inscrit à ce titre sur la liste tenue à cet effet par l'ILNAS, le Conseil d'État propose en outre de transférer l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} au paragraphe 3 où il fera l'objet d'un nouvel alinéa 2. Dans ces conditions, le libellé du texte proposé doit être adapté comme suit :

« Les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation inscrits sur la liste prévue à l'alinéa 1^{er} ont le droit d'utiliser dans leur dénomination sociale, ... ».

Article 6, paragraphes 2 à 5

Le Conseil d'État se doit de rappeler ses observations du 8 octobre 2013 au sujet du paragraphe 2, alors que les auteurs des amendements omettent d'y prendre position.

Quels sont le sens et le bien-fondé d'une notification si le destinataire n'en est pas précisé ? La notification, à moins que ne soit visée l'inscription sur la liste dont question au paragraphe 3, autorise-t-elle l'ILNAS en tant qu'autorité d'accréditation de vérifier les conditions d'accréditation de l'organisme d'évaluation de la conformité qui a procédé à la certification du prestataire à notifier ou plutôt à inscrire sur cette liste, sans remettre en cause la confiance légitime à laquelle le prestataire est en droit de prétendre en s'adressant à un organisme accrédité en vue de se faire certifier ?

Pour autant que « la certification s'opère dans une relation d'entreprises privées sans intervention directe de l'ILNAS », le Conseil d'État propose de renoncer à l'évocation du concept de notification dont le destinataire n'est pas autrement déterminé. À son avis, il devrait, dans l'intérêt d'une approche de simplification de la procédure, suffire que la certification du prestataire par un organisme d'évaluation de la conformité, accrédité par l'ILNAS, intervienne dans les conditions à préciser au paragraphe 1^{er}. Une deuxième étape de la procédure consistera dans la formalité d'inscription du prestataire dès après l'aboutissement de la procédure de certification. Avant de procéder à cette inscription, la prérogative pourra être réservée à l'ILNAS de vérifier si l'organisme d'évaluation de la conformité qui a procédé à la certification est accrédité pour faire ce type de certification.

Le Conseil d'État estime en effet que toutes les autres conditions mises en avant au paragraphe 2 relèvent de la responsabilité de l'organisme d'évaluation de la conformité qui, dans la mesure où il justifie d'une accréditation en due forme, ne doit pas être soumis à une tutelle supplémentaire de la part de l'ILNAS qui s'exercerait tout au long des différentes étapes de la procédure de certification.

Quant à l'alinéa 2 de ce paragraphe, le Conseil d'État approuve l'intérêt de vérifications sporadiques de l'exécution conforme des activités de dématérialisation et de conservation par les prestataires certifiés. Ces vérifications devraient pouvoir être effectuées à l'initiative de l'ILNAS ou à celle de l'organisme ayant procédé à la certification, tout en étant confiées soit à cet organisme, soit à des auditeurs désignés à cet effet par l'ILNAS. En plus, il faut se demander s'il ne serait pas opportun, plutôt que d'exiger

de la part du prestataire certifié de « [communiquer] chaque année à l'ILNAS les éléments de maintien de sa certification », de charger l'organisme, ayant procédé à la certification d'un contrôle annuel du respect des conditions de cette certification, du résultat duquel l'organisme serait tenu d'informer l'ILNAS. Si le Conseil d'État est suivi sur ce point, il y aura intérêt à fusionner l'alinéa 2 du paragraphe 2 avec les dispositions du paragraphe 4.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'État rappelle tout d'abord son observation au sujet de l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}. Par ailleurs, le libellé des dispositions censées dans ces conditions devenir l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 auraient avantage à se lire comme suit :

« Après leur certification, l'ILNAS inscrit les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation, à leur demande, sur une liste qu'il tient à cet effet. La liste est publiée sur le site Internet de l'ILNAS. Les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation sont informés de leur inscription ainsi que de tout changement concernant cette inscription. »

Quant au paragraphe 5, le Conseil d'État a été d'avis le 8 octobre 2013 que le régime spécial, réservé aux prestataires de services de dématérialisation ou de conservation qui n'effectuent ces services que pour leur propre compte ou pour compte du groupe d'entreprises dont ils relèvent, pourrait être abandonné. Tout en notant l'attitude contraire à cet égard de la commission parlementaire, il s'interroge sur l'opportunité d'exclure ces prestataires des règles qui se dégagent de l'article 10 du texte coordonné avec pour résultat d'empêcher des entreprises qui procèdent pour leur seul compte à la dématérialisation d'originaux analogiques ou à la conservation numérique de copies à valeur probante de sous-traiter cette activité à un prestataire certifié externe lorsque les conditions économiques pour ce faire le justifient ou le requièrent. Exclure ces prestataires pour compte propre ne revient-il pas, dans l'hypothèse de la reprise de l'activité par un prestataire tiers, à imposer la reconstitution de l'archive sur support électronique déjà en place dont devra dès lors se charger ce prestataire tiers en devenant le repreneur, au lieu de lui confier simplement la gestion de cet archive constitué par définition selon les règles légales en place ?

Article 7

Le Conseil d'État note que la commission parlementaire entend donner suite à ses observations du 8 octobre 2013, assorties de deux oppositions formelles, qui n'ont plus de raison d'être au regard du nouveau texte.

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu d'assurer la cohérence du texte avec l'article 2 de la loi précitée du 4 juillet 2014 en ne visant pas le ministre sous l'autorité (non la tutelle) duquel est placé l'ILNAS, mais en écrivant « Le membre du Gouvernement ayant l'Économie dans ses attributions peut procéder ... ».

Par ailleurs, conformément à ses observations du 8 octobre 2013, le Conseil d'État demande de faire abstraction de l'alinéa 2 de ce paragraphe 1^{er} qui ne reflète que de façon très fragmentaire les exigences de la procédure administrative non contentieuse. La suspension voire le retrait de la liste des prestataires certifiés est à considérer comme révocation d'une

décision administrative individuelle créatrice ou reconnaitrice de droits. Les règles valant en matière de révocation des décisions administratives individuelles s'appliquent dès lors de plein droit sans que le texte d'une loi spéciale ait à le mentionner de façon spécifique. Le libellé de l'alinéa 2 s'avère de surcroît malencontreux puisqu'il mène à une évidence en disposant que la mesure de suspension de l'inscription ou de retrait de la liste des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation entraîne la suspension ou le retrait de la liste des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation.

Enfin, les prestataires certifiés opérant pour leur propre compte seraient au regard du texte sous examen à l'abri des mesures administratives de suspension ou de retrait de la liste puisque leur inscription sur cette liste n'est pas prévue. Or, en ne risquant pas de voir leur certification suspendue, ils ne s'exposent pas aux sanctions pénales qu'il est nouvellement prévu d'introduire sous l'article 11 du nouveau texte coordonné.

Article 8

Étant donné que le Conseil d'État a été largement suivi par la commission parlementaire, l'article sous examen ne donne pas lieu à observation.

Article 9, paragraphe 1^{er}

Sans observation.

Article 9, paragraphe 2

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de son examen de l'article 2, définition d), et propose d'écrire au point b) du paragraphe 2 : « ... sous une forme lisible garantissant la conformité de la copie à l'original ; ».

Article 10, paragraphe 3

Tout en maintenant que les paragraphes 1^{er}, 2 et 3 de l'article sous examen sont superflus au vu des dispositions de l'article 458 du Code pénal, le Conseil d'État peut s'accommoder de l'ajout apporté au libellé du paragraphe 3.

Article 11

Par l'amendement sous examen, la Commission de l'économie de la Chambre des députés répond globalement aux craintes exprimées par le Conseil d'État dans son avis précité du 8 octobre 2013.

Le texte proposé par la commission parlementaire ne donne pas lieu à d'autres observations.

Sur le plan formel, le Conseil d'État juge préférable de faire abstraction de la subdivision en deux paragraphes de l'article sous examen et de scinder de surcroît le contenu du paragraphe 2 en deux alinéas séparés. À la dernière phrase du paragraphe 1^{er} (alinéa 1^{er} selon le Conseil d'État), il y a lieu de remplacer le terme « article » par « alinéa ».

Article 12

Du fait que la commission parlementaire n'a pas prévu de rendre applicables aux prestataires assurant la dématérialisation ou la conservation électronique pour leur propre compte les dispositions de l'article sous examen (cf. article 4, paragraphe 5 du texte coordonné joint aux amendements sous avis), le transfert de l'activité en matière de dématérialisation ou de conservation est *a priori* exclu, en empêchant dès lors la sous-traitance à un moment où pareille option se recommande ou s'impose entre autre au regard des conditions économiques ayant changé pour l'entreprise concernée. De l'avis du Conseil d'État, les dispositions de l'article sous examen devraient également s'appliquer en pareille circonstance.

Le libellé nouvellement retenu de l'article sous examen ne donne pas lieu à observation, sauf à faire abstraction dans la première phrase du paragraphe 2 aussi bien du « ne » supplétif, en écrivant « ... sans que celles-ci soient reprises ... », que du mot « respectivement ».

Article 11 (nouveau)

L'insertion de cet article nouveau fait suite aux suggestions formulées par le Conseil d'État dans son avis du 8 octobre 2013 au sujet de l'article 7 du projet gouvernemental.

Les auteurs des amendements proposent de punir d'une amende correctionnelle toute référence à l'activité de prestataire de service de dématérialisation ou de conservation ou à l'acronyme afférent dans la dénomination sociale ou dans la correspondance commerciale sans avoir obtenu l'inscription sur la liste dont question à l'article 4, paragraphe 3 du texte coordonné joint aux amendements.

Hormis les conditions que devront respecter les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation en application de la loi en projet, ces prestataires auront en plus qualité de PSF du moment qu'ils déploieront leurs activités dans le secteur financier, que ce soit pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui. Si un prestataire est par contre actif dans un autre secteur, il devra se conformer aux exigences de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. Dans les deux hypothèses, les prestataires de services visés seront tenus, selon le secteur dans lequel ils exerceront leur activité, par les exigences de l'une ou de l'autre des lois précitées, y compris les dispositions pénales que celles-ci comportent notamment en relation avec l'exercice illégal de l'activité professionnelle. Les prestataires de services devront dès lors respecter tant les dispositions de la loi en projet que celles de l'une des deux autres lois. Dans ces conditions, le Conseil d'État estime suffisant l'ajout de l'incrimination proposée par la commission parlementaire à l'article 11 nouveau, qui se limite à l'utilisation abusive de la qualité de prestataire de services au sens de la loi en projet.

Conformément à son observation afférente reprise sous les considérations générales, le Conseil d'État demande qu'il soit fait abstraction de l'acronyme « PSDC » dans le texte de l'article sous examen,

alors que, d'une part, les autres dispositions du projet de loi n'y ont pas recours, et que, d'autre part, la même abréviation se trouve utilisée dans d'autres publications avec des significations différentes. Or, la spécificité des notions utilisées dans les dispositions pénales s'avère particulièrement importante en vue de pouvoir respecter le principe de la légalité des incriminations.

Le Conseil d'État note encore que l'accord du participe passé doit être fait avec le sujet de la phrase « les personnes » en écrivant « inscrites ». L'erreur en question se trouve redressée dans le texte coordonné joint aux amendements.

Articles 12 et 13 (nouveaux)

Comme déjà relevé à l'endroit de l'examen de l'article 3 amendé, le Conseil d'État note l'accord de la commission parlementaire de suivre sa proposition du 8 octobre 2013 de reprendre au Code civil et parallèlement au Code de commerce les dispositions relatives à la valeur probante des copies numériques établies par un prestataire certifié. Comme il l'a déjà relevé lors de l'examen dudit article, il ne comprend pas l'utilité du maintien à l'article 3 du texte coordonné d'une seule disposition légale ayant trait à cette valeur probante, alors que la question est traitée pour le reste dans le Code civil et le Code de commerce. Aussi rappelle-t-il sa proposition de faire abstraction de l'article 3 amendé en vue d'en reprendre, le cas échéant, le contenu au Code civil et, pour autant que de besoin, au Code de commerce.

La portée des nouveaux articles 12 et 13 proposés par la commission parlementaire s'écarte de la proposition de texte reprise à cet égard dans l'avis du Conseil d'État du 8 octobre 2013. En effet, le Conseil d'État y avait préconisé d'abandonner « 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 service certifié ». Cette approche aurait mené à reconnaître aux copies numériques créées et conservées par un prestataire certifié la même valeur probante qu'à l'original, tout en accordant à cette valeur probante un caractère irréfragable.

La commission parlementaire n'entend pourtant pas reconnaître le caractère irréfragable à la valeur probante de ces copies, puisque le texte qu'elle propose d'ajouter tant au Code civil (ajout d'un nouvel article 1334-1) qu'au Code de commerce (article 16) continue à admettre que la valeur probante de ces copies peut être remise en cause en rapportant la preuve contraire.

Tout en pouvant s'accommoder de l'approche de la commission parlementaire, le Conseil d'État note que le choix opéré réduit la plus-value qu'il avait proposé de réserver à la valeur probante des copies numériques réalisées dans les conditions de la loi en projet par rapport à la situation qui se dégage du régime légal et réglementaire en place. Même dans l'approche retenue par la commission parlementaire, il reste néanmoins que les dispositions en projet s'avèrent au niveau de la valeur probante plus avantageuses que celles de l'article 1334 du Code civil, lues avec le règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution des articles

1348² du code civil et 11 du code de commerce. Tant l'article 1334 actuel du Code civil que les dispositions prévues par l'amendement sous examen visent l'hypothèse où « le titre original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 [du Code civil] n'existe plus ». Dans la situation légale actuellement en vigueur, la force probante de la copie est donnée, si celle-ci « [a été réalisée] dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et [qu'elle répond] aux conditions fixées par [le règlement grand-ducal précité du 22 décembre 1986] », à moins que la preuve contraire ne soit rapportée. Selon les dispositions en projet, version retenue par la commission parlementaire, la même présomption simple de la valeur probante est prévue, mais le propriétaire ou détenteur de la copie numérique ou micrographique n'a pas besoin d'établir que celle-ci a été réalisée dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie, du moment que la copie en question est l'œuvre d'un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation certifié dans les conditions de la loi en projet. En effet, le fait que la dématérialisation a été effectuée par un tel prestataire certifié permet de présumer que cette dématérialisation a eu lieu selon une méthode assurant à la copie au moins la même fiabilité que celle reconnue aux copies réalisées selon les méthodes prévues par le règlement grand-ducal précité du 22 décembre 1986, voire le régime réglementaire destiné à remplacer les dispositions de 1986. Le propriétaire ou détenteur d'une copie numérique ou micrographique réalisée par un prestataire certifié n'aura dès lors pas besoin de prouver que sa copie répond aux conditions de réalisation réglementaires de 1986 ou à des exigences équivalentes, telles que celles-ci sont censées résulter du régime normatif destiné à remplacer le cadre réglementaire de 1986, car il appartiendra à celui qui en conteste la valeur probante d'établir que le prestataire certifié a failli aux obligations techniques et opérationnelles auxquelles celui-ci est tenu en vertu des conditions qui sont inhérentes à sa certification.

Quant à l'insertion dans le Code civil des dispositions relatives à la valeur probante des copies établies par un prestataire certifié, il échet tout d'abord de noter que la structure actuelle des articles 1333 et 1334 repose sur la distinction faite en relation avec la valeur probante de copies visées entre l'hypothèse où l'original continue à subsister et dont il est question à l'article 1333, d'une part, et celle où l'original ou l'acte en faisant foi n'existe plus et qui est traitée à l'article 1334, d'autre part. Il y a lieu, aux yeux du Conseil d'État, de ne pas changer cette structure dans la perspective des modifications en projet qu'il est prévu d'apporter au Code civil.

Dans ces conditions, le Conseil d'État propose de maintenir en l'état le contenu de l'article 1333 et de faire partant abstraction de l'ajout d'un nouvel alinéa, tel que proposé par la commission parlementaire. En effet, même dans l'hypothèse où l'original ou l'acte en faisant foi n'existe plus, la valeur probante d'une copie numérique ou micrographique, réalisée par un prestataire certifié, n'est présumée que jusqu'à preuve contraire. Il ne fait dès lors pas de sens, comme il résulte de l'alinéa 2 que la commission parlementaire propose d'ajouter à l'article 1333, de reconnaître à de telles copies une valeur probante se présument de manière irréfragable dans l'hypothèse où l'original ou l'acte en faisant foi continue d'exister (« le

² Sous l'effet de l'article 14 de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, l'article 1348 du Code civil a été remplacé par l'article 1334 comme base légale du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986.

présent article ne s'applique pas aux copies sous forme numérique qui sont des copies à valeur probante au sens de la loi »).

Le Conseil d'État propose par ailleurs de compléter l'article 1334, plutôt que de suivre la commission parlementaire, lorsque celle-ci prévoit d'insérer un article 1334-1 nouveau censé traiter de la valeur probante des copies numériques réalisées par un prestataire certifié dans l'hypothèse où l'original ou l'acte en faisant foi n'existe plus. Il estime en effet qu'il convient de réunir sous un seul et même article l'ensemble des dispositions renvoyant au cas où il n'y a plus d'original ou d'acte en faisant foi. Par voie de conséquence, il y a lieu de prévoir à l'article 1334 les deux hypothèses retenues. L'article 1334 aura dès lors avantage à être structuré en sorte à faire apparaître les deux situations à reprendre respectivement sous un point a) relatif à l'hypothèse où la copie a été effectuée selon les méthodes réglementaires de 1986 ou selon des méthodes équivalentes, et un point b) relatif à l'hypothèse où la copie numérique ou micrographique a été réalisée par un prestataire certifié, méthode qui conférera à la copie ainsi effectuée la valeur probante proposée dans l'amendement sous examen.

Au regard de l'analyse qui précède, le Conseil d'État propose de faire abstraction des dispositions retenues à l'article 3 du texte coordonné joint aux amendements parlementaires ainsi qu'à l'ajout d'un alinéa 2 sous l'article 1333 du Code civil. Le contenu du nouvel article 1334-1 proposé sera à son tour repris, avec un libellé modifié, à l'article 1334.

Le Conseil d'État propose par ailleurs d'aligner en conséquence l'ajout qu'aux termes de l'amendement sous examen il est prévu d'apporter à l'article 16 du Code de commerce.

Le texte proposé par le Conseil d'État se lit comme suit :

« **Art. 13. (De la) modification du Code civil**

L'article 1334 du Code civil est remplacé par le texte suivant:

"**Art. 1334.** Lorsque le titre original ou l'acte faisant foi d'original au sens de l'article 1322-2 n'existe plus,

- a) les copies effectuées à partir de celui-ci sous la responsabilité de la personne qui en a la garde, ont, sauf preuve contraire, la même valeur que l'original ou l'acte faisant foi d'original, si elles ont été réalisées dans le cadre d'une méthode de gestion régulièrement suivie et qu'elles répondent aux conditions fixées par règlement grand-ducal ;
- b) les copies effectuées à partir de celui-ci sous forme numérique ou micrographique par un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation au sens de la loi du *jj.mm.aaaa* relative à l'archivage électronique ont, sauf preuve contraire, la même valeur probante que l'original ou l'acte faisant foi d'original, si elles ont été réalisées dans les conditions de la loi."

Art. 14. (De la) modification du Code de commerce

L'article 16 du Code de commerce est complété par un alinéa 3, libellé comme suit :

"Les copies sous forme numérique ou micrographique qui sont effectuées par un prestataire de services de dématérialisation ou de conservation au sens de la loi du *jj.mm.aaaa* relative à l'archivage électronique ont, sauf preuve contraire, la même

valeur probante que l'original ou l'acte faisant foi d'original, si elles ont été réalisées dans les conditions de la loi." »

Enfin, le Conseil d'État considère que la force probante d'une copie effectuée à partir d'une copie s'analyse *a priori* comme étant celle d'une copie réalisée à partir d'un acte faisant foi d'original, à condition que la copie de départ ait cette qualité d'acte faisant foi d'original.

Article 13, point 4°

Le Conseil d'État estime d'emblée qu'il y a avantage à ne pas se départir dans le cadre de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier de la terminologie utilisée dans la loi en projet relative à l'archivage électronique.

Aussi demande-t-il que dans la nouvelle version proposée du paragraphe 1^{er} du nouvel article 29-5 de la loi précitée du 5 avril 1993 il soit question de « prestataire de services de dématérialisation ou de conservation ». Dans ces conditions, le bout de phrase « qui sont enregistrés à l'ILNAS » s'avère superfétatoire, tout en risquant de donner lieu à des problèmes d'interprétation, alors que le libellé retenu s'écarte de l'article 6, paragraphes 3 et 4 (article 4 dans le texte coordonné) de la loi en projet.

Le Conseil d'État propose, par analogie au texte qu'il a proposé à l'endroit des ajouts que la commission parlementaire prévoit d'apporter au Code civil et au Code de commerce (articles 12 et 13 nouveaux), d'écrire :

«(1) Sont prestataires de services de dématérialisation du secteur financier, les prestataires de services de dématérialisation ou de conservation au sens de la loi du *jj.mm.aaaa* relative à l'archivage électronique qui sont en charge de ... ».

Tout en confirmant l'utilité d'une collaboration appropriée entre la CSSF et l'ILNAS en vue d'une mise en œuvre correcte de la loi en projet et en particulier de la surveillance des prestataires certifiés relevant du secteur financier, le Conseil d'État rappelle que chaque administration et établissement public s'est vu confier par le législateur des missions légales et qu'il échet de faire usage de ces compétences au mieux des missions en question. Dans la mesure où l'accomplissement des missions légales requiert de collaborer avec d'autres services de l'État ou d'autres instances publiques, cette obligation s'avère un corollaire naturel du devoir d'exécution conforme desdites missions légales sans que cette exigence doive être rappelée spécifiquement et expressément par le biais d'une disposition légale. En effet, ce devoir est commun à de nombreuses activités administratives, et il est communément respecté même si les textes organiques ne le prévoient pas explicitement.

Par voie de conséquence, le Conseil d'État demande de faire abstraction du paragraphe 3 de l'article 29-5 de la loi précitée du 5 avril 1993, version résultant du texte amendé joint aux amendements sous examen.

En ce qui concerne l'article 29-6 de la loi précitée du 5 avril 1993, les observations du Conseil d'État valant pour l'article 29-5 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Par ailleurs, il suffit d'écrire *in fine* du paragraphe 4 de cet article « ... au sens de la loi précitée du *jj.mm.aaaa* en garantissant son intégrité ».

Article 14

Le Conseil d'État note que la commission parlementaire n'entend pas le suivre quant au fond de ses observations, mais se limite à actualiser les millésimes indiqués.

Dans la mesure où l'exercice budgétaire 2014 est entretemps venu à son terme, le Conseil d'État demande l'insertion de la date correcte de la loi budgétaire, soit le 19 décembre 2014, et de viser par ailleurs l'exercice budgétaire en cours, soit 2015.

Article 15

La commission parlementaire a tenu compte de la double opposition formelle concernant cet article.

Le Conseil d'État peut lever l'opposition formelle concernant le traitement privilégié prévu dans le projet de loi gouvernemental au profit du registre de commerce et des sociétés, à condition de ne pas limiter les missions visées aux « missions de service public », mais de viser de façon générale les « prestataires assumant des missions prévues par des dispositions légales existantes ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 10 mars 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker