

Pérennité et diffusion des données

LA DIMENSION JURIDIQUE DE L'ARCHIVAGE ÉLECTRONIQUE



SABINE MARCELLIN
Juriste
d'entreprise
Chargée
de cours à
l'EPF École
d'Ingénieurs

Dans le monde bancaire, la dématérialisation et la conservation sécurisée des documents soulèvent de multiples problématiques techniques, économiques, environnementales et naturellement juridiques. Le Code civil a assimilé depuis une dizaine d'années l'écrit électronique à l'écrit sur papier. Cependant, les potentialités des systèmes d'information ont fait évoluer les pratiques et l'application de différentes règles traditionnelles aux nouveaux supports pose quelques questions. La dimension juridique de l'archivage électronique conditionne d'une part la conservation des documents, la durée et la sécurisation, et d'autre part les modes de consultation.

Pour développer les services numériques tout en sécurisant leurs pratiques, les établissements bancaires doivent s'assurer que leurs documents sont conservés dans des conditions de fiabilité et de durabilité. Si l'archivistique n'est pas une science neuve, de nouvelles questions juridiques apparaissent cependant, du fait de l'intégration des systèmes d'information et de la facilité des échanges internationaux. Au-delà des dispositions spécifiques à l'écrit électronique, de nombreux principes juridiques traditionnels s'appliquent indépendamment de la nature du support d'information, papier ou électronique. Néanmoins, les potentialités des systèmes numériques induisent une évolution des pratiques et des interprétations. L'approche juridique doit être intégrée dès la conception des systèmes, avec les enjeux organisationnels et financiers.

Quand les groupes bancaires sont multinationaux, les établissements doivent intégrer les contraintes juridiques locales. Les choix d'implantation des succursales, des serveurs informatiques ou les partenariats avec des entreprises étrangères peuvent soulever des interrogations, notamment quant au droit applicable au patrimoine informationnel de l'entreprise.

Quels sont les principes majeurs de l'environnement juridique français, applicables à l'archivage électronique, permettant au groupe ou à l'entreprise bancaire de construire une politique d'archivage adaptée¹? En premier lieu, il apparaît utile de recenser les principaux impératifs légaux et réglementaires, à savoir les exigences de conservation des documents électroniques à titre probatoire. La seconde question porte sur les procédures d'accès aux documents archivés : dans quel cadre légal les acteurs internes ou externes à l'établissement accèdent-ils aux documents ?

CONTRAINTES LÉGALES DE CONSERVATION DES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

La conservation des documents et traces² électroniques se justifie par des exigences légales (obligation de conserver) ou par leur caractère probant (opportunité de conserver).

L'écrit sous forme électronique a la même valeur que l'écrit sous forme traditionnelle, depuis la loi du 13 mars 2000³. Cette loi a modifié l'article 1316 du Code civil et sa définition de la preuve par écrit :

1. Guide « Vers une politique d'archivage électronique des documents », 2009, Forum des compétences, association d'établissements et d'institutions bancaires, œuvrant dans le domaine de la sécurité des systèmes d'information. Ce guide a inspiré la rédaction de l'article. Site : forum-des-competences.org
2. Les traces désignent la journalisation des événements (consultation, modification, etc.) relatifs au système d'information et leur chronologie.
3. Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

« La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. »

L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve de deux conditions cumulatives. La première est que l'écrit sous forme électronique doit être signé électroniquement, de façon à pouvoir lier avec certitude l'acte à un contractant identifié. La seconde est qu'il doit être archivé de façon à pouvoir garantir l'intégrité de l'acte lors de sa création et de sa conservation.

La signature électronique, définie à l'article 1316-1 du Code civil, consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité du procédé est présumée jusqu'à preuve du contraire lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie dans des conditions fixées par décret⁴, et l'archivage doit préserver ces éléments pendant le temps voulu. Cependant, certains documents doivent être constitués sur support papier. C'est le cas des actes sous seing privé relatifs au droit de la famille, des successions et aux sûretés réelles ou personnelles.

Il existe de nombreux textes régissant la durée de conservation des documents applicables à différents domaines. Les principaux délais de conservation sont les suivants :

- documents relatifs aux opérations financières et à l'identité des clients – 5 ans après la cessation de la relation (art. L. 561-12 du Code monétaire et financier) ;
- documents comptables et des pièces justificatives en matière commerciale – 10 ans (art. L. 123-22 du Code de commerce) ;
- délai général de prescription extinctive pour les actions de professionnels vis-à-vis des consommateurs – 2 ans (art. L. 137-2 du Code de la consommation) ;
- contrats sous forme électronique, conclus en ligne et portant sur une somme supérieure à 120 euros, pendant une durée de 10 ans⁵.

Quant aux délais de prescription, les principes majeurs se déclinent ainsi :

- prescription en matière civile – 5 ans en principe pour les actions personnelles ou mobilières, avec un point de départ glissant, c'est-à-dire commençant à courir « à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. » (art. 2224 du Code civil) ;
- prescription extinctive en matière civile applicable aux obligations entre commerçants ou commerçants et non-commerçants – 5 ans (art. L. 110-4 du Code de commerce) ;
- prescription en matière fiscale – 6 ans (art. L. 102B et L. 169 du Livre des procédures fiscales).

4. Décret en Conseil d'État n° 2001-272 du 30 mars 2001.

5. Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Art. 134-2 du Code de la consommation et décret n° 2005-137 du 16 février 2005.

Au-delà des contraintes légales de conservation, l'archivage a également pour objectif de permettre la conservation de preuve d'actes ou de faits juridiques. Pour établir un fait juridique, l'entreprise pourra apporter la preuve par tous moyens. Pour établir l'existence d'un acte juridique, il lui faudra apporter la preuve⁶ de la manifestation de la volonté de son ou ses co-contractant(s). Il existe des exceptions à l'obligation de produire un écrit, notamment en cas d'impossibilité matérielle ou morale, en cas de force majeure ou lorsqu'il est possible de produire une copie fidèle et durable (art. 1348 al. 2 du Code civil).

Dans ce dernier cas, il s'agit de la volonté de la personne de ne pas conserver l'original, mais seulement une copie qui, sous certaines conditions de fidélité et de durabilité, aura une valeur probante équivalente à celle d'un écrit traditionnel. Il a été jugé⁷ que des photocopies et télécopies étaient des copies fidèles et durables.

Lorsque les documents comportent des données à caractère personnel⁸, la réglementation applicable en la matière⁹ n'impose pas de délais précis de conservation mais, en vertu du « droit à l'oubli », incite à conserver les données selon la durée la plus adaptée à la finalité du traitement, et à les détruire au-delà.

PROCÉDURES D'ACCÈS AUX DOCUMENTS ARCHIVÉS

Quelles sont les conditions légales d'accès aux documents ? L'ensemble informationnel archivé sera accessible, à différents acteurs, selon des conditions à préciser dans des procédures. Aux utilisateurs pour consulter les informations, les modifier ou les diffuser. Aux administrateurs de systèmes, pour gérer et maintenir l'ensemble informationnel. Aux auditeurs internes, pour prendre connaissance des documents et de leurs traces. Et d'une manière plus large, aux personnes concernées par des données à caractère personnel, qui disposent des droits d'accès¹⁰, de rectification et d'opposition.

L'accès des autorités aux informations

Au-delà des consultations citées, les entreprises sont soumises, en France, à différentes procédures administratives et judiciaires, permettant à certaines autorités d'accéder à certains documents archivés.

Voici une présentation succincte des pouvoirs des principales autorités, administratives et judiciaires, qui vise à anticiper l'étendue des accès aux informations archivées et à intégrer cette dimension dans la politique d'archivage de la banque.

■ L'Autorité de contrôle prudentiel (ACP)¹¹ a le pouvoir

6. Pour un acte portant sur une valeur supérieure à 1 500 euros, la preuve devra obligatoirement être écrite (art. 1341 du Code civil).

7. Notamment Cass. Civ.1, 21 mars 2006 et Cass. Civ.1, 30 mai 2000.

8. Données permettant d'identifier directement ou indirectement des personnes physiques (nom, prénom, numéro de téléphone, de compte, adresse électronique, etc.).

9. Loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et Directive européenne 95/45/CE du 24 octobre 1995 relative aux données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Site : cnil.fr

10. Articles 38 à 40 de la loi n° 78-17 précitée.

11. Autorité issue de la fusion entre la Commission bancaire et l'Autorité de contrôle

de demander aux entreprises de crédit ou d'investissement, tous documents, quel qu'en soit le support, dans le cadre du contrôle sur pièces. L'ACP peut demander et prendre copie de tous documents nécessaires à son enquête, lors des contrôles sur place¹².

■ L'Autorité des marchés financiers (AMF) peut se faire communiquer¹³ tous documents nécessaires à l'enquête, quel qu'en soit le support et en obtenir copie.

■ La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) peut demander, lors d'une enquête simple, la communication de livres comptables, factures et de tous autres documents professionnels¹⁴. Les enquêteurs de la DGCCRF peuvent en prendre copie sur tous moyens et sur tous supports. En cas d'enquête lourde, avec autorisation judiciaire¹⁵, les enquêteurs ont le droit de rechercher et de saisir tous documents utiles à leur enquête. Pour le contrôle de la conformité des produits et services¹⁶, les agents peuvent prendre copie, par tous moyens, des documents de toute nature.

■ La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) peut demander communication¹⁷ de tous documents quel qu'en soit le support, dans le cadre de son enquête. En cas de refus de collaborer, la Halde peut saisir le juge des référés.

■ La Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) peut accéder¹⁸ aux locaux professionnels¹⁹,

en informant préalablement l'entreprise de son droit de s'opposer à la visite, et demander communication de tous documents.

■ L'administration des Douanes dispose de « pouvoirs de visite » des personnes, locaux et biens ainsi que des droits de communication sur l'ensemble du territoire national. Au cours du contrôle, les agents des Douanes peuvent retenir des documents et en prendre copie. La jurisprudence²⁰ a confirmé que la Douane pouvait, dans ce cas, saisir un agenda électronique.

■ L'autorité fiscale dispose d'un droit de communication²¹ de tous documents comptables, quel qu'en soit le support. En cas de présomption de fraude, par ordonnance du Juge des libertés et de la détention, elle peut procéder à des perquisitions en tous lieux de tous documents et procéder à leur saisie.

Les différents modes de consultation des données

Par ailleurs, dans le cadre de différentes procédures, les autorités judiciaires françaises ont la possibilité d'accéder aux documents conservés et archivés dans l'entreprise.

■ L'enquête de flagrance²² s'impose à toute personne pouvant contribuer à l'établissement de la vérité, pendant les 8 jours qui suivent les crimes et délits qui sont en train de se commettre ou viennent d'être commis. Les perquisitions sont effectuées par l'officier de police judiciaire, sans l'accord des personnes intéressées, mais en prenant toutes mesures utiles pour assurer le respect des droits de la défense et du secret professionnel.

des assurances et mutuelles, depuis l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010.

12. Art. L. 613-1 et suivants du Code monétaire et financier.

13. Art. L. 621-9 du Code monétaire et financier.

14. Art. L. 450-3 du Code de commerce.

15. Art. L. 450-4 du Code de commerce.

16. Art. L. 217-10 du Code de la consommation.

17. Loi du 30 décembre 2004.

18. Article 11-2 de la loi n° 78-17 précitée.

19. Art. 44 de la loi n° 78-17 et décret du 20 octobre 2005 modifié par le décret du

25 mars 2007. Voir également arrêt CE, 6 novembre 2009.

20. C. Cass. Crim., 18 avril 1988.

21. Art. L. 102 B du Livre des procédures fiscales.

22. Art. 53 et suivants du Code de procédure pénale.



SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

POINT ANNUEL DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

ANIMÉ PAR :

- ▶ **M. Thierry SAMIN**, Responsable de la Réglementation Bancaire & Financière, Société Générale
- ▶ **M. Bertrand BREHIER**, Responsable Adjoint, Société Générale

A Paris, le **jeudi 25 novembre 2010 de 9h à 17h30**

POINTS SUR L'ACTUALITÉ DU DROIT BANCAIRE :

- ▶ Les activités de banque commerciale
- ▶ Les problématiques institutionnelles
- ▶ Conformité et contrôle interne

POINTS SUR L'ACTUALITÉ DU DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS :

- ▶ Actualité du droit boursier / droit des titres
- ▶ Les activités de BFI

Tél : 01.44.94.14.49 - thibault.delmas@demos.fr - www.demos.fr



■ L'enquête préliminaire²³ permet à l'autorité judiciaire de rassembler des preuves sans mettre en œuvre l'instruction, sur décision de l'officier de police judiciaire. Les documents couverts par le secret professionnel ne peuvent pas être requis, sauf autorisation du Parquet²⁴.

■ La commission rogatoire du juge d'instruction²⁵ est une délégation de pouvoir, octroyée à un autre magistrat ou un officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale. Elle permet de rechercher des informations et documents, dans la limite des faits qui y sont visés.

■ Les réquisitions électroniques²⁶ s'effectuent sur demande d'un officier de police judiciaire, sur présentation d'un procès-verbal. Les informations sollicitées sont mises à disposition, au moyen d'un fichier spécifique, pour accès temporaire à la base de données de l'entreprise contrôlée.

■ Enfin, la saisie-contrefaçon, est une procédure²⁷ ordonnée par le président du tribunal de grande instance, à la demande d'un auteur d'œuvre protégée par les droits de propriété intellectuelle. Elle permet d'accéder aux archives électroniques, si des éléments de preuve de la contrefaçon y sont recherchés.

Les procédures étrangères

Outre les procédures françaises, les bases de données archivées sur le territoire français peuvent faire l'objet de demandes émanant d'autorités administratives et judiciaires étrangères. Dès lors qu'elles ont des activités commerciales dans certains pays de *common law*, les entreprises situées en France peuvent être sollicitées pour produire des documents électroniques. Par exemple, le processus de *pre-trial discovery*²⁸ américain peut s'appliquer ou la procédure de *disclosure*²⁹ de Grande-Bretagne, qui requièrent qu'une entreprise communique à la partie adverse tous les éléments pertinents de preuve dont elle dispose au cours de l'instruction d'une affaire. Outre les restrictions spécifiques à l'application des procédures judiciaires et l'application du secret bancaire, la loi française cherche à encadrer la transmission d'informations à l'étranger. La loi de blocage³⁰, sous réserve des traités et accords internationaux, interdit la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, financier ou technique, à des personnes physi-

ques ou morales étrangères. Ce texte s'applique dès lors que cette communication est de nature à constituer une menace notamment à l'égard des intérêts économiques essentiels de la France, ou qu'elle tend à la constitution de preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative étrangère.

Des dispositions légales autorisent la communication d'informations à des autorités publiques étrangères, fondée sur la mise en place de systèmes de coopération entre autorités de supervision publique, dans une logique de reconnaissance mutuelle des contrôles. Ainsi, pour ce qui concerne l'activité bancaire, l'Autorité de contrôle prudentiel a passé différents accords avec des autorités de contrôle de pays tiers. Dans le domaine judiciaire, la convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuve à l'étranger et le Règlement³¹ du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, déterminent les procédures de communication des pièces en vue d'une utilisation dans un procès à l'étranger.

Toute infraction aux dispositions de la loi de blocage est susceptible de faire l'objet de sanctions, jusqu'à 6 mois d'emprisonnement et 18 000 euros d'amende. La Cour de cassation a fait application de sanctions à l'encontre d'un avocat français, le 12 décembre 2007. Il a été reconnu coupable d'avoir tenté d'obtenir des renseignements d'ordre économique en vue d'une utilisation dans un procès aux États-Unis, en dehors des procédures de la Convention de La Haye.

DES PARAMÈTRES JURIDIQUES INDISPENSABLES

Si la conservation fiable et durable du patrimoine informationnel de l'établissement bancaire s'appuie sur des choix technologiques, les paramètres juridiques devront également être intégrés le plus tôt possible. Pour construire une politique d'archivage électronique en conformité avec les exigences légales, la banque s'intéressera aux contraintes de conservation des documents et aux conditions d'accès potentiel des autorités administratives et judiciaires. ■

23. Art. 75 et suivants du Code de procédure pénale.

24. Art. 77-1-1 du Code de procédure pénale.

25. Art. 151 du Code de procédure pénale.

26. Art. 60 du Code de procédure pénale.

27. Art. 615-5 du Code de la propriété intellectuelle.

28. Federal Rules of Civil Evidence, Amendments, December 1, 2006.

29. Civil Procedures Rules, SI 1998/3 132.

30. Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968.

31. Règlement 1 206/2001.