

L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique

Les enjeux juridiques et archivistiques de la numérisation

Marie Demoulin et Sébastien Soyez

Résumé

La tendance actuelle semble être à la multiplication des projets de numérisation des documents papier, voire à leur élimination au profit de la seule copie numérique. Ce passage de la frontière numérique implique des mutations et soulève des questions particulières, que la présente contribution se propose d'examiner sous l'angle de l'archivistique et du droit. À travers cette approche interdisciplinaire, on s'attache à clarifier les concepts pour procéder à une qualification de la copie numérique et montrer les variations et les similitudes terminologiques autour des notions d'archive, d'original, de copie et d'authenticité. Le statut de la copie numérique est analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle. Confrontant les principes à la pratique, la contribution prend la mesure du débat sur l'élimination des originaux papiers. Compte tenu des incertitudes, controverses et contradictions relevées, on souligne la nécessité d'une réforme homogène et transversale pour mieux encadrer les pratiques de numérisation et ainsi permettre une véritable reconnaissance de la copie numérique.

Auteurs

Marie Demoulin est Chercheuse, doctorante et assistante au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) de l'Université de Namur (FUNDP), Belgique. Membre fondatrice de FedISA Belgium. Les recherches de Marie Demoulin ont été menées dans le cadre du projet de Centre d'Expertise en Ingénierie et Qualité des Systèmes (CE-IQS), cofinancées par l'Union européenne et la Wallonie : « Le Fonds Européen de Développement Régional et la Wallonie investissent dans votre avenir ».

Sébastien Soyez est archiviste et assistant scientifique auprès de la Section « Surveillance archivistique, avis, et coordination de la collecte et de la sélection » des Archives de l'État en Belgique.

1. Introduction

Depuis plusieurs années déjà, des projets de numérisation (*digitization*) des documents papier se multiplient, tant dans le secteur privé que public, qu'ils soient apparentés à une dématérialisation totale ou partielle des processus de travail. On remarque, au cœur de ces initiatives, que la tentation est grande de forcer le passage au *tout numérique* en accélérant le processus d'élimination des documents papier. Ce phénomène n'est pas sans susciter une certaine méfiance chez les juristes et les archivistes, qui s'interrogent sur le statut et la valeur probante que l'on peut conférer à la copie numérique et s'inquiètent du sort final réservé à l'original papier. C'est pourquoi la présente contribution se propose d'examiner les enjeux de la numérisation sous l'angle du droit et de l'archivistique.

On vise ici uniquement la copie numérique, c'est-à-dire le résultat de la translation d'un document papier original vers une forme numérique, principalement suite à un processus de scanning. Nous laisserons donc de côté l'étude des originaux électroniques (*digital born*). Pourquoi un tel choix? On constate que l'environnement papier et l'environnement électronique sont souvent étudiés séparément. Les récents travaux portent généralement sur la gestion et la préservation du patrimoine numérique original, reléguant la copie numérique au second plan. À notre avis, la numérisation mérite de retenir l'attention, étant donné l'ampleur croissante de cette pratique, mais aussi les mutations qu'impliquent le passage de la frontière numérique¹ et les questions spécifiques qui en découlent.

Sur le plan méthodologique, nous avons opté pour une approche interdisciplinaire, en croisant le regard du juriste et celui de l'archiviste. Outre qu'elle s'avère scientifiquement enrichissante, cette démarche permet de discerner de manière plus complète les enjeux du problème, la diversité et la complémentarité des points de vue et la nécessité de dégager des solutions plus cohérentes et efficaces. Il convient de préciser que le point de vue proposé est basé sur le droit de tradition civiliste, en particulier le droit belge et français, étant donné la place centrale que l'écrit y occupe sur le terrain probatoire.

Dans un premier temps, on s'attachera à clarifier les concepts pour procéder à une qualification de la copie numérique au regard des deux disciplines. Cette analyse mettra en lumière les variations et les similitudes terminologiques autour des notions d'archive, d'original, de copie et d'authenticité. Ensuite, le statut de la copie numérique sera analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle. Confrontant les principes à la pratique, nous prendrons la mesure du débat sur l'élimination des originaux papiers. Compte tenu des incertitudes, controverses et contradictions relevées, nous soulignerons enfin la nécessité d'une réforme homogène et transversale pour mieux encadrer les pratiques de numérisation et ainsi permettre une véritable reconnaissance de la copie numérique.

2. Variations terminologiques

La qualification juridique et archivistique de la copie numérique passe nécessairement par l'examen des notions d'archive, d'original, de copie et d'authenticité. En l'occurrence, on observe que si ces notions sont communes aux deux disciplines, elles n'y sont pas exactement comprises de la même manière. On ne manquera pas de souligner les convergences et les divergences à cet égard et la nécessité cruciale de clarifier le sens que l'on donne aux concepts lorsqu'on touche à une question pluridisciplinaire comme la numérisation.

2.1. La notion d'archive

En Belgique, selon la législation et la terminologie archivistiques, le terme *archive* peut être décrit comme « tout document (...), quels que soient sa date, sa forme matérielle, son stade d'élaboration ou son support (...) »². A priori donc, presque tous les documents produits et reçus par un producteur d'archives³ sont considérés comme des archives.

En outre, le *stade d'élaboration* d'une archive est entendu comme la phase dans laquelle se trouve un document au moment d'être archivé. À partir de ce concept, une archive peut être envisagée sous

¹ Nous n'examinerons pas ici le phénomène inverse, à savoir l'impression papier de documents électroniques.

² (Nous soulignons). Arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 5 et 6 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives (« arrêté sur la surveillance des archives »), *M.B.*, 23 septembre 2010.

³ Un producteur d'archives est toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui a produit, reçu et conservé des archives dans l'exercice de son activité.

plusieurs formes. Un original bien sûr, mais aussi une copie, une minute⁴, un fac-similé, un brouillon, ou une traduction sont quelques exemples de stade d'élaboration d'un écrit ou d'un document. Une copie numérique peut donc recevoir la qualification d'archive.

2.2. Les notions d'original et de copie

On ne peut examiner la notion de copie sans passer par celle d'original. La notion d'original peut être diversement comprise d'une discipline à l'autre, voire au sein de la même discipline. À cet égard, pour qualifier un document d'original ou de copie, les disciplines examinées se basent sur différents critères. Ainsi, en droit de la preuve, dans les pays de tradition civiliste comme la France et la Belgique, le critère retenu est celui de la signature du document. Un autre critère, plus secondaire, est celui de la présentation du document sur son support d'origine. En archivistique, où il est plus généralement question d'identifier l'origine d'un document, c'est classiquement le critère du support qui prédomine.

2.2.1. Le critère de la signature

En droit de la preuve belge et français, l'original est synonyme d'*écrit signé*. Cette particularité mérite un mot d'explication.

Il convient d'abord de rappeler qu'en droit civil, l'écrit signé est la reine des preuves⁵, nettement supérieure aux témoignages et aux présomptions. La preuve par écrit signée est ainsi la seule qui soit recevable en justice pour prouver un acte au-delà d'un certain montant ou pour contredire un écrit signé produit par l'autre partie⁶. Dans ce contexte, lorsque le terme « original » est utilisé dans les dispositions du Code civil relatives à la preuve, la doctrine considère qu'il désigne l'écrit revêtu d'une signature, qu'il soit établi par des personnes privées ou par un officier public. L'original conjugue ainsi les fonctions de l'écrit et de la signature : « l'original est d'abord un écrit, c'est ensuite un écrit qui émane directement de la personne à qui on l'oppose et c'est enfin un écrit qui (...) l'identifie »⁷. La signature est ainsi le seul critère pour pouvoir qualifier un document d'original en termes de preuve⁸.

⁴ Dans son acception courante administrative, la minute est la première forme d'un document (ex. dans une correspondance, la minute d'une lettre sera généralement parafée et conservée par l'expéditeur, la forme expédiée de la lettre sera conservée par le destinataire). À ne pas confondre avec la définition en droit où la minute est le nom donné à l'original d'un document, d'un acte émanant d'une juridiction ou d'un officier public (ex. acte notarié dans le cas d'un notaire, décision de justice dans le cas d'une juridiction).

⁵ Dans la hiérarchie des preuves, l'écrit signé est toutefois inférieur à l'aveu, mais il faut bien reconnaître que ce dernier n'est guère usité dans les prétoires.

⁶ Voy. l'art. 1341 C. civ. fr et b. Des exceptions sont toutefois prévues aux art. 1347 et 1348, et la preuve peuvent être administrées par tous moyens dans un certain nombre de cas. Pour plus de détails sur ces règles de preuve civile dans le domaine de l'archivage électronique, voy. M. Demoulin, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », dans M. Demoulin, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-35.

⁷ P. Gaudrat, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-cadre) », dans F. Gallouédec-Genuys (dir.), *Une société sans papier? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 172.

⁸ J. Larrieu, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? – Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cah. Lamy Droit de l'informatique*, 1988, H, p. 13, n° 19.

Partant, les autres critères ne sont pas pertinents pour déterminer le caractère original d'un document sur le terrain probatoire⁹. Ainsi, *l'original ne doit pas nécessairement être unique*¹⁰. Au contraire, la loi exige parfois la constitution de plusieurs originaux, en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct¹¹. De plus, à moins que la loi l'exige explicitement, *l'original ne doit pas toujours être daté*¹², même si l'absence de date pourra donner lieu à des difficultés probatoires¹³. Enfin, *l'original ne doit pas être confondu avec son support d'origine*, sauf dans certaines hypothèses (*infra*, point 2). D'ailleurs, *l'original n'est pas une notion tributaire du papier* : un original peut désormais être un écrit électronique revêtu d'une signature électronique, les notions classiques d'écrit et de signature ayant été adaptées en ce sens par le législateur¹⁴.

A contrario, en droit, une copie est la *reproduction littérale et non signée* d'un original, *quel que soit le procédé de reproduction* (transcription manuelle, photocopie, microfilm, télécopie, numérisation, etc.)¹⁵. Même si le processus de reproduction permet de restituer à l'identique non seulement le contenu, mais également la forme de l'original, y compris les signatures des parties, il ne s'agira que d'une copie des signatures. Dans cette logique, pour qu'une copie acquière le statut d'original, elle devrait être (re)signée par son auteur¹⁶. Naturellement, un document non signé peut également faire l'objet d'une copie, mais sa valeur probante sera encore plus limitée (*infra*, point B).

Dès lors, il est clair que la copie numérique d'un document papier signé manuscritement est juridiquement une copie. Elle ne pourrait être qualifiée d'originale¹⁷ qu'en étant revêtue, après numérisation, de la signature électronique des parties ayant signé l'original papier, afin de garantir leur identité et leur approbation du contenu. On voit d'emblée que cette façon de procéder est fastidieuse et pourrait même s'avérer impraticable.

En revanche, en archivistique, la signature n'est pas un critère exclusif pour qualifier un document d'original. Il s'agit toutefois d'un des éléments fondamentaux pour pouvoir l'authentifier (*infra*, point c, 2). Comme on va le voir, l'absence de signature n'empêche pas nécessairement un document d'être qualifié d'original.

⁹ Pour plus de détails, voy. D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, n° 6000, p. 127.

¹⁰ Il arrive toutefois que la loi exige qu'un document original soit unique, par exemple lorsqu'il s'agit d'un titre au porteur ou d'un titre endossable, comme le connaissement maritime, dont la détention physique symbolise un droit sur les marchandises transportées par mer.

¹¹ Voy. p. ex. l'art. 1325 C. civ. b. et fr. : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

¹² La date n'est pas une condition de validité des actes sous seing privé, sauf lorsque la loi l'exige spécifiquement, comme pour le chèque, la lettre de change, le contrat d'assurance ou le contrat de crédit à la consommation. Par contre, elle est spécifiquement exigée pour les actes authentiques. Pour un examen de la question à propos de l'horodatage des actes électroniques, voy. M. Demoulin, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », M. Demoulin, D. Gobert et E. Montero, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43-68.

¹³ D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., p. 115, n° 46; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 209, n° 439 et s.

¹⁴ Voy. principalement, en Belgique, l'art. 1322, al. 2, C. civ. b., la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, et les art. 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003 *M.B.*, 29 juillet 2001; en France, les art. 1108-1 et 1316 et s. du C. civ. fr.

¹⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, PUF, 1987, V° Copie et Reproduction.

¹⁶ On parle parfois ainsi de second original ou de *duplicata*.

¹⁷ Ou de second original.

2.2.2. Le critère du support d'origine

« Sous l'empire du papier, on pouvait penser, à juste titre, qu'écrit original et écrit originaire se confondent ou, en d'autres termes, que le tracé de l'écriture *sur son premier support* est une caractéristique essentielle de l'original »¹⁸. Dans l'univers des supports traditionnels, l'original est *de facto* préservé sur son support d'origine (papier, parchemin, papyrus, etc.), auquel il est physiquement lié. Partant, le passage du support papier d'origine à un autre ferait perdre la qualification d'original à l'écrit, qui deviendrait une simple copie. Cette position a été défendue non seulement en droit, mais aussi en archivistique, où un original est un document émanant directement de son auteur, et qui constitue *l'origine et la source des reproductions* et des copies éventuelles¹⁹.

C'est pourquoi en droit belge et français, on trouve des auteurs et des décisions allant en ce sens²⁰. Néanmoins, la doctrine majoritaire considère qu'en droit de la preuve, il est vain d'envisager la question de l'original sous l'angle du support. Peu importe si l'écriture de l'original avait été initialement apposée par les parties ou n'en était qu'une reproduction, puisque c'est bien la signature qui confère à l'écrit la qualité d'original, et non l'écriture sur un support. Ceci résout bien des controverses juridiques sur les notions d'original et de copie dans l'univers numérique, où un original électronique peut aisément changer de support durant son cycle de vie tout en restant lié à une signature électronique. Cela étant en dehors du domaine de la preuve, on trouve parfois dans la loi le terme « original » utilisé pour désigner des pièces et documents non signés. Par exemple, la loi belge sur la comptabilité des entreprises précise que « les pièces justificatives doivent être conservées, en original ou en copie (...) »²¹. Dans ce cas, s'agissant de documents qui ne sont pas nécessairement revêtus d'une signature (une facture, un titre de transport, un justificatif de paiement à la banque, etc.), on peut légitimement se demander si le critère de distinction entre l'original et la copie ne serait pas le support. Ce genre de conception pourrait soulever des questions pour les originaux *électroniques* non signés, lorsque la loi requiert la production d'une pièce justificative en original, mais là n'est pas notre propos.

En archivistique, le critère du support d'origine est fondamental pour vérifier le caractère original du document. Ici encore, cette conception s'avère difficile à manier dans l'environnement purement électronique. C'est pourquoi d'autres critères, plus fonctionnels, sont à l'étude pour évaluer le statut des originaux électroniques et de leurs copies, et surtout leur authenticité²². À nouveau, ceci dépasse le cadre de la présente étude.

Dans l'hypothèse qui nous occupe, à savoir la numérisation des documents papier, la situation est claire : il s'agit simplement d'un original papier reproduit sous forme numérique. Dès lors, en droit comme en archivistique, le fichier numérique ainsi obtenu sera toujours qualifié de copie, soit par la perte de la signature d'origine, soit en raison du changement de support.

¹⁸ D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, n° 6000, p. 127.

¹⁹ Définitions reprises du glossaire présenté sur le Portail international archivistique francophone (PIAF), <http://www.piaf-archives.org>, consulté le 28/08/2012.

²⁰ Liège, 20 juin 1978, *Jur. Liège*, 1978-1979, p. 17. Voy. aussi Douai, 25 octobre 1966 et T.G.I. Bayonne, 5 juillet 1976, cités par M. Van Quickenborne, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », note sous Cass., 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 91, n° 32, note 100. Voy. aussi X. Malengreau, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents », *Ann. dr. Louvain*, 1981/2, p. 115.

²¹ Art. 6 de la loi belge du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

²² Voy. not. les importants travaux du projet InterPARES (www.interpares.org).

Il est singulier de constater qu'en archivistique, la notion de copie est déclinée sous diverses variantes. On y retrouve des concepts voisins comme celui de copie d'utilisation (ou de consultation), de copie de sécurité ou encore de copie de substitution²³. Ces termes existaient déjà avant l'avènement du numérique et étaient appliqués notamment pour le microfilmage. La *copie d'utilisation* est une copie effectuée généralement par le service d'archives lui-même dans le but de faciliter la communication et d'éviter que l'original papier soit malmené par des consultations répétées (ex. copies des registres paroissiaux). La *copie de sécurité* est effectuée dans le but de conserver une copie d'un document au cas où l'original serait détérioré ou détruit accidentellement²⁴. La *copie de substitution* est une copie d'un document original, en vue de le remplacer et de pouvoir le détruire. À cet égard, ces qualifications peuvent sans difficulté s'appliquer à la copie numérique d'un document papier.

2.3 La notion d'authenticité

L'authenticité est une notion fréquemment utilisée en droit et en archivistique, et plus précisément en diplomatique. Il convient de distinguer l'authenticité conférée *a priori* à des écrits spécifiques et l'authenticité vérifiée *a posteriori* sur tout type de document.

2.3.1. L'authenticité conférée a priori

Dans les pays de tradition civiliste, l'authenticité en droit est une qualité spéciale conférée *a priori* à certains types d'actes juridiques, appelés actes authentiques. « L'authenticité est le caractère de vérité et de force qui s'attache aux actes de l'autorité publique »²⁵. « Dans chaque État, cette qualité est conférée par le Pouvoir qui l'institutionnalise et l'organise à son gré en fonction de son système juridique »²⁶. À titre d'exemple, sont des actes authentiques les actes notariés, les exploits d'huissier, les jugements ou encore les actes de l'état civil²⁷.

Rappelons que parmi les actes juridiques, on distingue les actes sous seing privé et les actes authentiques. Au sens matériel, les actes juridiques sont des titres, des instruments, bref des écrits, rédigés en vue de faire preuve²⁸. L'acte sous seing privé est un acte établi entre particuliers et revêtu de leur signature²⁹. L'acte authentique est un acte officiel, reçu ou dressé par un officier public³⁰ dûment habilité,

²³ R. Petit., D. Van Overstraeten, H. Coppens et J. Nazet, *Terminologie archivistique en usage aux Archives de l'État en Belgique, vol. I, Gestion des archives*, Série Miscellanea Archivistica. Manuale (16), Bruxelles, Archives générales du Royaume et Archives de l'État dans les provinces, 1994.

²⁴ On parle aussi de copie miroir, notion ancienne utilisée actuellement comme pierre angulaire des politiques de sécurité informatique.

²⁵ J. Demblon, P. Harmel, M. Renard-Declairfayt, J.-F. Taymans, *L'acte notarié*, Rép. Not. T. XI, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 103, n° 13.

²⁶ D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., n° 85, p. 149.

²⁷ Voy. les exemples cités par D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., n° 86, p. 149. Voy. aussi la typologie dressée par I. de Lamberterie, « Réflexions sur l'établissement et la conservation des actes authentiques », *Les actes authentiques électroniques — Réflexion juridique prospective*, Paris, La documentation française, 2002, p. 33, également disponible à l'adresse http://www.interpares.org/display_file.cfm?doc=ip2%28delamberterie%29_reflexions_etablissement_et_conservation_actes_authentiques.pdf, p. 8.

²⁸ N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 194, n° 396.

²⁹ Normalement, l'acte sous seing privé ne doit répondre à aucune exigence de forme particulière. Cependant, il est de plus en plus fréquent que la rédaction de certains types de contrat (contrat de crédit, contrat de travail, contrat de consommation...) soit assortie d'exigences légales de forme, comme la datation, certaines mentions obligatoires, etc. Ces exigences de forme n'érigent toutefois pas le contrat au rang d'acte authentique.

dans les formes requises par la loi³¹. Ces formes varient d'un acte authentique à l'autre et sont précisées dans les textes de loi propres à chacun d'eux. Parmi les formes récurrentes, on peut citer, entre autres, la signature de l'officier public, son sceau, la date de l'acte et l'apposition de mentions ou de formules spécifiques. Trois effets sont principalement attachés à l'acte authentique³² : il jouit d'une force probante supérieure jusqu'à inscription de faux³³, sa date est certaine³⁴ et il a force exécutoire³⁵. Et encore, seules certaines mentions de l'acte sont couvertes par l'authenticité, à savoir l'origine de l'écriture des parties et de l'officier public instrumentant, ainsi que toutes les constatations faites personnellement par l'officier public au moment d'instrumenter et dans les limites de sa compétence et de sa mission³⁶.

Il convient encore de noter que l'authenticité ne semble pas être une qualité propre à l'original. Ainsi, dans le cas des actes notariés, il est question de *copies authentiques*³⁷ (les grosses et les expéditions³⁸) délivrées par le notaire et certifiées conformes à l'original (la minute, conservée par le notaire et dont il ne peut se dessaisir).

À cet égard, on note qu'une copie numérique d'un acte notarié papier peut être qualifiée de « copie authentique » en droit français, lorsqu'elle est réalisée dans certaines conditions réglementaires³⁹. Le décret relatif aux actes établis par les notaires prévoit en effet que « Les copies authentiques sont établies soit sur support papier, soit sur support électronique, quel que soit le support initial de l'acte »⁴⁰. En droit belge, il est prévu que « Tous les actes notariés reçus sous forme dématérialisée, ainsi qu'une copie dématérialisée de tous les actes qui sont reçus sur support papier, sont conservés dans une Banque des actes notariés. (...) La Banque des actes notariés a la valeur de *source authentique* pour les actes qui y

³⁰ Notamment, un notaire, un juge, un greffier, un huissier de justice, un officier de l'État civil, un officier de police judiciaire... Voy. N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 211, n° 445.

³¹ Voy. l'art. 1317, al. 1, C. civ. b. et fr. : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

³² I. de Lamberterie, « Réflexions sur l'établissement et la conservation des actes authentiques », *Les actes authentiques électroniques — Réflexion juridique prospective*, Paris, La documentation française, 2002, p. 28, également disponible à l'adresse

http://www.interpares.org/display_file.cfm?doc=ip2%28delamberterie%29_reflexions_etablissement_et_conservation_actes_authentiques.pdf, p. 4.

³³ Autrement dit, les mentions de l'acte qui sont couvertes par l'authenticité ne peuvent être attaquées qu'en recourant à une procédure particulière d'inscription de faux, compliquée et coûteuse, visant à démontrer que l'acte produit est en réalité un faux. Voy. N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 222, n° 469 et s.

³⁴ C'est-à-dire opposable aux tiers.

³⁵ « La force exécutoire d'un acte est la possibilité de recourir à l'exécution forcée de cet acte, lorsqu'il a été revêtu de la formule exécutoire ». Voy. N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 196, n° 403.

³⁶ D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., p. 155, n° 93.

³⁷ On retrouve cette expression dans le décret français n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, art. 33.

³⁸ « L'expédition est la copie entière, littérale, certifiée conforme par le notaire, mais dépourvue de la formule exécutoire, de l'acte restant en mains du notaire ». « La grosse est une expédition munie de la formule exécutoire » Voy. J. Demblon, P. Harmel, M. Renard-Declairfayt, J.-F. Taymans, *L'acte notarié*, Rép. Not. T. XI, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 432 et 434.

³⁹ Voy. l'art. 37 du décret français n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005.

⁴⁰ Voy. l'art. 33 du décret français n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005.

sont enregistrés »⁴¹. Cela étant dit, il n'est pas certain que le terme *authentique* ait ici la même signification. Il semble utilisé pour désigner, d'un côté, le caractère authentique d'un acte (reçu par l'officier public compétent selon les formalités requises), de l'autre, le caractère authentique de son origine. Quoi qu'il en soit, ces copies authentiques n'ont pas tout à fait la même force probante que l'acte authentique original, comme on le verra (*infra*, point B).

En résumé, en droit, l'authenticité se confère *a priori*⁴², au moment de l'élaboration de certains types d'actes, moyennant le respect de certaines formes spécifiques et l'intervention d'un officier public compétent. L'authenticité est ainsi le propre des actes authentiques, à l'exclusion des autres écrits. Cette qualité leur procure une valeur juridique particulière, notamment comme moyen de preuve. Pour autant, une autre signification, plus large et plus courante, est également attribuée à la notion d'authenticité en droit. Est authentique l'objet ou le document, quel qu'il soit, dont l'auteur ou l'origine ont pu être vérifiés *a posteriori*⁴³. Cette seconde conception juridique de l'authenticité rejoint celle qui domine la discipline archivistique, et plus précisément la diplomatique.

2.3.2. L'authenticité vérifiée *a posteriori*

La recherche de l'authenticité renvoie, en archivistique, à la notion de diplomatique. La diplomatique est une science auxiliaire à l'archivistique et à l'histoire. Elle étudie les actes écrits en eux-mêmes et, par extension, tous les documents d'archives, d'après leur forme, leur genèse et leur tradition, et en établit la typologie⁴⁴. Pour simplifier, on peut dire que les techniques utilisées en diplomatique visent à s'interroger sur la crédibilité de l'écrit que l'on analyse.

L'authenticité diplomatique renvoie à la conclusion selon laquelle un document est bien ce qu'il prétend être, après qu'il ait subi avec succès une analyse et une critique de sa forme, examen qui aura mis en évidence que le discours émane bien de la personne qui apparaît comme l'auteur, et que ce discours a bien été établi et validé à la date affichée ou suggérée dans le document. Ainsi, un document authentique est un document dont l'exactitude, la véracité ne peuvent être contestées.

Cette authenticité s'apprécie à l'égard de n'importe quel type de document, quel que soit son auteur ou la forme de sa rédaction, qu'il s'agisse d'un original ou d'une copie, d'un écrit signé ou non signé, d'un acte « authentique » (au sens juridique premier) ou d'un acte sous seing privé.

Pour que la diplomatique puisse s'exercer, il faut nécessairement que le document à authentifier soit fini et daté, faute de quoi l'exigence d'authenticité n'a pas lieu d'être. Il est en effet impossible de vérifier l'auteur ou la date d'un document qui n'est pas fixé dans le temps, ou de vérifier l'auteur d'un contenu qui n'a pas d'auteur⁴⁵.

La vérification de l'authenticité d'un document est facilitée quand il s'agit de sa rédaction définitive et que l'on peut identifier son auteur par le biais d'une signature manuscrite. D'autres éléments vont concourir à conforter son authenticité : des inscriptions complémentaires, appelées en diplomatique les « mentions marginales », comme le numéro et la date d'enregistrement du document, qui sont

⁴¹ Voy. les art. 18 et 20 de la loi belge du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat modifiée par la loi du 6 mai 2009 (*M.B.*, 19 mai 2009). Ces dispositions entreront, en vigueur à une date à fixer par le Roi.

⁴² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1996, 6e éd., V° Authenticité (2), Authentification (1) et Authentique (2).

⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1996, 6e éd., V° Authenticité (1), Authentification (2) et Authentique (1).

⁴⁴ Glossaire du PIAF, *op.cit.*

⁴⁵ M.-A. Chabin, *Histoire de dates. Réflexion de diplomatique numérique*, Montréal, École de Bibliothéconomie et des Sciences de l'Information (EBSI), 1er novembre 2011.

apportées lors de sa diffusion. En outre, une analyse graphologique des écritures ou des expertises chimiques sur le support, les timbres ou autres sceaux éventuels dont il est revêtu concourent encore à en établir le caractère authentique.

Lorsqu'il est établi que l'on est face à un faux, il est intéressant de constater que le document ne perd pas systématiquement toute valeur archivistique justifiant sa conservation, à la différence du droit qui va l'écartier catégoriquement des débats. Le faux peut en effet présenter une valeur patrimoniale propre, non plus en tant que reproduction fidèle de l'original, mais au contraire en tant que pièce falsifiée, notamment si l'on peut identifier le faussaire et les enjeux historiques d'une telle manipulation. On pourrait presque parler à cet égard d'un « authentique faux ».

Par ailleurs, on relève qu'une copie peut être authentique lorsqu'elle est une copie intégrale d'un document délivré notamment par un service d'archives public, soit sous forme de photographie, de photocopie ou de copie numérique, soit sous forme de transcription manuscrite, et accompagnée des signes légaux d'authentification⁴⁶. Comme en droit, l'authenticité diplomatique n'est pas forcément liée au statut original d'un document, mais bien, dans le cas d'une copie, à la conformité de la copie avec l'original. Il est par contre difficile d'authentifier de manière absolue une copie quand on ne dispose plus de l'original.

Dans cette optique, on constate que la diplomatie procède de la même logique que les vérifications d'écriture et de signature, et plus largement les expertises auxquelles il peut être procédé pour vérifier la véracité d'un document produit comme moyen de preuve devant le juge. Cette convergence n'a rien d'étonnant dans la mesure où, historiquement, la diplomatie était utilisée en justice pour authentifier les actes anciens, afin de déterminer l'existence de droits de propriété ou de privilèges⁴⁷. À cet égard, certains ont déjà plaidé, avec justesse, pour un rapprochement de la diplomatie numérique (*Digital Diplomatics*) et des méthodes d'expertise légale des documents électroniques (*Digital Records Forensics*)⁴⁸. L'expertise des documents numérisés devrait en faire partie, en tenant compte des particularités de leur processus de création. En outre, à l'ère numérique, il est nécessaire que la diplomatie se modernise et développe de nouveaux critères, plus fonctionnels, non seulement pour authentifier *a posteriori* l'origine et le contenu des documents électroniques (natifs ou numérisés), mais aussi pour intervenir *a priori*, de manière prospective, afin que les documents destinés à être conservés soient munis de toutes les garanties d'authenticité dès leur conception⁴⁹.

3. Valeur de la copie numérique d'un document papier

Comme on l'a vu, le fichier électronique obtenu après avoir scanné un document papier n'est qu'une copie numérique de celui-ci. Il convient dès lors de s'interroger sur le statut, la valeur de cette copie numérique, au regard du droit et de l'archivistique.

⁴⁶ La notion de copie authentique est présentée à l'article 3 de la loi belge du 24 juin 1955 relative aux archives (*M.B.*, 12 août 1955), où l'on précise que « *Les expéditions* (ndr : en d'autres mots les copies littérales d'un acte, délivrées en bonne forme par l'officier public, dépositaire de l'original, c'est-à-dire les Archives de l'État) ou extraits sont délivrés par les conservateurs des archives, signés par eux et munis du sceau du dépôt; ils font ainsi foi en justice ».

⁴⁷ Voy. L. Duranti, « Diplomats », *Encyclopedia of Library and Information Sciences*, 3e éd., 2010, 1 : 1, p. 1593.

⁴⁸ Voy. L. Duranti, « From Digital Diplomats to Digital Records Forensics », *Archivaria*, n° 68, 2009, p. 39 et s.

⁴⁹ À propos de cette diplomatie moderne, par contraste avec la diplomatie classique, voy. L. Duranti, « Diplomats », *Encyclopedia of Library and Information Sciences*, 3e éd., 2010, 1 : 1, p. 1594 et s.

3.1. La force probante de la copie numérique

On s'attache essentiellement ici à évaluer la valeur juridique de la copie numérique au regard du droit de la preuve, d'une perspective civiliste⁵⁰. À cet égard, le principe qui prévaut est que la copie (numérique ou non) n'a pas la force probante d'un original. Ce n'est que dans des hypothèses limitées qu'une force probante presque équivalente à l'original est accordée à certaines copies, sans franchir le pas d'une équivalence totale.

3.1.1. Le principe : force probante inférieure à l'original

En Belgique et en France, les articles 1334 et suivants du Code civil définissent le régime probatoire des copies. Or, ces dispositions ne visent que les copies d'actes authentiques qui, seules et à certaines conditions, se voient reconnaître une force probante dans la loi, parce qu'elles émanent de l'autorité publique. Les copies réalisées par les particuliers ne sont en principe pas visées par le Code civil, même si cette question demeure controversée⁵¹.

Quoi qu'il en soit, le principe reste le même pour toutes les copies, que l'on applique l'article 1334 du Code civil ou non⁵² : on peut toujours contester une copie et réclamer la production de l'original pour lever un doute sur la véracité de son contenu⁵³.

Le vrai problème se pose lorsqu'on n'a pas conservé l'original : dans ce cas, quel crédit accorder à la copie? Lorsqu'il s'agit de copies d'actes authentiques, leur force probante est déterminée par les articles 1335 et s. du Code civil, dont nous n'examinons pas le détail ici (*infra*, point 2). Quant aux copies d'actes sous seing privé (ou d'actes non signés, d'ailleurs), face au silence du législateur, il appartient au juge de se prononcer sur leur valeur probante. À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence belge ou française sur la valeur probante des documents scannés. Toutefois, il nous semble que l'on peut raisonner à partir de la jurisprudence développée en matière de photocopie⁵⁴.

Si l'original n'a pas été conservé, la copie n'aura pas beaucoup de valeur probante, mais cela ne signifie pas qu'elle n'aura pas de valeur du tout. On pourrait ainsi considérer la copie numérique d'un document papier comme un commencement de preuve par écrit⁵⁵. Un commencement de preuve par écrit est, selon l'article 1347 du Code civil, un écrit qui n'est pas signé, mais qui émane bien de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué en justice. Or, la copie numérique peut être considérée comme un écrit électronique. S'il s'agit d'une copie d'un document signé, ou comportant des mentions manuscrites, ou d'autres marques indiquant son origine, l'on pourrait considérer qu'il émane bien de leur auteur. Ce raisonnement ne vaut, bien entendu, que si la fidélité de la copie par rapport à l'original ne peut raisonnablement être mise en doute. On ne saurait trop insister sur l'importance capitale d'éléments

⁵⁰ Pour plus de détails, voy. M. Demoulin, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », dans M. Demoulin, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-35.

⁵¹ Certains auteurs estiment ainsi que l'article 1334 C. civ. pourrait s'appliquer aux actes sous seing privé. Sur cette controverse, voy. D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., pp. 248-249, n° 188, et les réf. citées.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Art. 1334 C. civ. b. et fr. : « Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ».

⁵⁴ Pour une étude en la matière, voy. D. Mougenot, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, Liège, 2002, p. 229-268.

⁵⁵ Voy., par analogie, le raisonnement développé par D. Mougenot, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », dans *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, Liège, 2002, p. 245-252, n° 14 et s., et les réf. citées.

comme les métadonnées du document, la procédure de scanning et d'archivage électronique, la personne sous le contrôle de laquelle la numérisation a eu lieu, etc., pour convaincre le juge que le processus de numérisation n'a pas été entaché de fraude. En outre, le commencement de preuve par écrit n'est pas une preuve qui se suffit à elle-même. Pour emporter la conviction du juge, il faudra encore le compléter par des témoignages ou des présomptions. Toutefois, l'avantage indéniable est la recevabilité de ce mode de preuve, même dans les cas où, normalement, le juge ne pourrait accepter qu'une preuve par écrit signée⁵⁶.

Lorsque la copie numérique ne réunit pas les conditions d'un commencement de preuve par écrit, elle sera tout au plus considérée comme une simple présomption. Cependant, à la différence du commencement de preuve par écrit, une présomption n'est pas recevable en justice lorsque la loi exige une preuve par écrit signée. Le juge n'acceptera de la prendre en considération que dans les cas où la preuve peut être administrée par tous moyens⁵⁷, mais il appréciera souverainement son caractère convainquant.

On ajoute encore qu'en principe, la copie certifiée conforme ne jouit pas d'une force probante supérieure, sauf lorsque la loi l'indique spécifiquement. Cependant, ce type de copie s'avérera plus convainquant pour le juge, mais seulement au titre de commencement de preuve par écrit ou de présomption⁵⁸.

On voit que le statut de commencement de preuve par écrit ou de présomption est largement inférieur à celui d'écrit signé, de sorte que la copie numérique ne jouit pas de la plus grande force probante en l'état actuel des textes. Étant donné les importantes incertitudes à cet égard, il convient donc de bien mesurer les risques juridiques avant d'envisager la destruction de l'original papier après sa numérisation.

3.1.2. Exceptions : force probante (quasi) équivalente à l'original

Cet état des lieux doit cependant être nuancé, dans la mesure où il existe des cas où la copie aura la même force probante que l'original... ou presque.

3.1.2.1. Les copies non contestées

D'abord, rappelons que si sa conformité à l'original n'est pas contestée par l'autre partie, la copie fera pleine preuve de son contenu⁵⁹. On relève ainsi que certaines décisions ont déjà accordées à la photocopie une force probante particulière⁶⁰ : si le défendeur n'en conteste pas le contenu ou en avoue la sincérité par son attitude, elle peut se voir attribuer « le même caractère de véracité que les lettres originales elles-mêmes »⁶¹ ou, du moins, dispenser de la production de l'original⁶². Cela ne signifie pas que la copie a la même force probante que l'acte original, puisqu'elle pourra toujours être contestée par toutes voies de

⁵⁶ Le recours au commencement de preuve par écrit est en effet recevable par exception à la règle qui exige une preuve par écrit signée (art. 1341 et art. 1347 C. civ. b. et fr.).

⁵⁷ On songe par exemple aux litiges en matière commerciale, ou au cas où l'original aurait été perdu ou détruit par cas fortuit ou de force majeure (art. 1348, 4°, C. civ.).

⁵⁸ D. & R. Mougenot, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, 3e éd., pp. 249-250, n° 189.

⁵⁹ Voy. D. Mougenot, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, Liège, 2002, p. 254, n° 26, et les réf. citées.

⁶⁰ Ph. Malaurie, note sous Cass. fr. (civ.), 21 avril 1959, *D.*, 1959, p. 522.

⁶¹ Cass. fr. (civ.), 20 juil. 1953, *J.C.P.*, G, 1953, note J. Savatier, qui considère cette formule comme équivoque et dangereuse.

⁶² Cass. fr. (civ.), 21 avril 1959, *D.*, 1959, p. 521, note Ph. Malaurie; Cass., 21 février 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 664; Cass. fr. (civ.), 30 avril 1969, *J.C.P.*, G, 1969, note M.A.

droit, alors que l'acte original ne peut être contesté que par la production d'un autre écrit signé (pour les actes sous seing privé⁶³) ou par une procédure d'inscription de faux (pour les actes authentiques).

Or, on sait qu'en pratique, devant les tribunaux, la plupart des parties présentent à la cause des photocopies de documents, généralement sans que cela pose le moindre problème. Sauf en cas de doute sérieux sur la conformité de la copie, il est rare qu'une partie exige la production de l'original. Il devrait en être de même pour la plupart des documents scannés, mais toujours sous réserve du droit pour l'autre partie de réclamer l'original, qui plane comme une épée de Damoclès au-dessus de la copie.

3.1.2.2. Certaines copies d'actes authentiques

On note également, sans entrer dans les détails, que certaines copies authentiques, comme les grosses, les expéditions, et les documents qui y sont assimilés, se voient reconnaître la force probante de l'acte authentique. D'autres copies d'actes authentiques ne valent cependant que commencement de preuve par écrit⁶⁴.

En Belgique, en ce qui concerne les copies numériques d'actes notariés reçus sur support papier, elles devront être conservées dans une Banque des actes notariés gérée par la Chambre nationale des notaires et elles auront la même valeur probante que la première expédition de la minute sur support papier⁶⁵.

On note cependant que la force probante de ces copies authentiques n'est pas tout à fait celle des actes authentiques originaux, puisque pour les contester, il ne faut pas intenter une procédure en inscription de faux : il suffit de demander la production de l'original (art. 1334 C. civ.). Ce n'est que si l'original n'existe plus que ces copies authentiques sont totalement assimilées à l'acte authentique original (art. 1335 C. civ.).

3.1.2.3. La copie fidèle et durable en France

En 1980, le législateur français a modifié le Code civil pour y ajouter une disposition prévoyant que lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original, mais dispose d'une copie qui en est la reproduction fidèle et durable, cette copie peut être présentée en justice à la place de l'original⁶⁶. La majorité des auteurs estime que le législateur dispense ainsi les parties de conserver le titre original, qui peut être volontairement détruit après copie, sans perdre tout moyen de preuve⁶⁷. Mais la copie fidèle et durable ne se voit pas accorder la même valeur que l'écrit original : elle est recevable en justice, mais peut être contestée par tous les moyens⁶⁸.

⁶³ Voy., pour rappel, l'art. 1341 C. civ. b. et fr.

⁶⁴ Voy. les art. 1335 et s. C. civ. b. et fr.

⁶⁵ Voy. l'art. 18 de la loi belge du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat modifiée par la loi du 6 mai 2009 (*M.B.*, 19 mai 2009). Ces dispositions entreront, en vigueur à une date à fixer par le Roi.

⁶⁶ Art. 1348, al. 2, C. civ. fr.

⁶⁷ Ph. Jestaz, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 821; J. Viatte, « La preuve des actes juridiques – Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, *Gaz. pal.*, 1980, p. 582; F. Chamoux, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », *JCP*, G, 1981, I 3008, n° 23 et s.; I. Pottier, note sous Cass. fr. (civ.), 30 juin 1993, *Gaz. pal.* 1993, p. 469; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 651, n° 670; J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 665, n° 594.

⁶⁸ Ph. Jestaz, Commentaire de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 821; F. Chamoux, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », *JCP*, G, 1981, I 3008, n° 15; J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 666, n° 594.

En outre, seule la copie « fidèle et durable » bénéficie d'une telle reconnaissance. Or, la notion de copie durable est définie dans le Code civil comme « toute reproduction indélébile de l'original, qui entraîne une modification irréversible de son support »⁶⁹. Cette définition semble se cantonner à des supports matériels, comme le microfilm, voire le CD-ROM, au détriment des procédés logiciels ou organisationnels permettant de garantir l'intégrité du contenu et au mépris des réalités de la pratique, étant donné que le maintien de la pérennité et de la lisibilité du document pourrait nécessiter des migrations régulières de support. Dès lors, à moins que sa fidélité soit certaine et qu'elle soit enregistrée de manière « indélébile » entraînant une « modification irréversible de son support », la copie numérique ne peut être considérée comme une copie fidèle et durable aux yeux du droit français.

3.1.2.4. Certaines copies, dans des secteurs spécifiques

On relève encore qu'à titre exceptionnel, on trouve dans la législation des dispositions éparpillées octroyant force probante à certaines copies, y compris les copies numériques.

Certaines de ces dispositions dérogatoires concernent les copies réalisées par des organismes privés, mais la plupart visent les copies faites sous le contrôle d'organismes publics⁷⁰. Ainsi, les copies de documents réalisées par les entreprises d'assurance et les établissements de crédit « font foi comme les originaux sauf preuve contraire »⁷¹. De même, les copies faites par les institutions de sécurité sociale ont « valeur probante jusqu'à preuve du contraire » à condition que la procédure d'enregistrement, de conservation et de reproduction des documents soit dûment agréée par le ministre compétent⁷². Il peut s'agir de copies de tous types de documents, et non uniquement de copies d'écrits signés. En leur accordant « valeur probante jusqu'à preuve du contraire », le législateur renverse la charge de la preuve. En effet, celui qui conteste la fiabilité de la copie ne peut plus se contenter de demander la production de l'original : il lui appartient d'en établir le caractère non fiable, avec toute la difficulté d'une telle preuve négative. Cette preuve contraire pourra toutefois être administrée par tous les moyens, et non uniquement par la production d'un écrit signé. Dès lors, techniquement, la copie d'un acte signé n'aura pas la même force probante que l'original, puisqu'elle peut être contredite par davantage de moyens de preuve⁷³.

On relève toutefois l'existence de quelques rares textes, plus anciens d'ailleurs, reconnaissant que les copies effectuées par certains organismes sont purement et simplement équivalentes à l'original⁷⁴.

⁶⁹ Art. 1348, al. 2, C. civ. fr.

⁷⁰ Voy. not., en Belgique : Arrêté royal du 15 mars 1999 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale et de droit du travail, des informations échangées, communiquées, enregistrées, conservées ou reproduites par les services ministériels et les parastataux du Ministère de l'Emploi et du Travail, *M.B.*, 5 juillet 1999; Arrêté royal du 9 janvier 2000 relatif à la force probante des informations utilisées par l'Administration des Pensions pour l'application de la législation dont elle est chargée, *M.B.*, 24 février 2000; Arrêté royal du 26 avril 2007 modifiant l'arrêté royal du 27 avril 1999 relatif à la force probante des données enregistrées, traitées, reproduites ou communiquées par les dispensateurs de soins et les organismes assureurs, *M.B.*, 18 juin 2007; Art. 13 de la Loi du 21 août 2008 relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme eHealth, *M.B.*, 13 octobre 2008.

⁷¹ Art. 196 de la loi belge du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé.

⁷² Arrêté royal du 22 mars 1993 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, pris en application de l'art. 18 de la loi du 4 avril 1991.

⁷³ En ce sens, D. Mougenot, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, Liège, 2002, p. 242 et s., n° 10 et s.

⁷⁴ Ainsi, les copies réalisées par les organismes d'allocations familiales (art. 173ter des lois belges coordonnées du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, insérées par la loi du 19 décembre 1990).

Cela signifie que la copie d'un acte signé ne pourra être contredite par témoignages ou présomptions, mais uniquement par la production d'un autre écrit signé, ce qui lui donne véritablement une force probante égale à l'original signé. Cela étant, il est intéressant de constater que plusieurs textes reconnaissant une telle équivalence pure et simple⁷⁵ ont par la suite été modifiés pour y ajouter la possibilité d'une preuve contraire, ce qui dénote peut-être un recul du législateur à l'égard de la copie.

Il existe également des autorisations sectorielles de *conserver* un document sous forme de copie, mais elles sont très limitatives. Par exemple, en Belgique, les factures⁷⁶, les pièces justificatives de comptabilité⁷⁷ ou les documents sociaux⁷⁸ peuvent être conservés sous forme de copie ou d'original. Ces règles n'octroient toutefois pas explicitement une force probante particulière à ces copies.

Il est loisible au législateur de déroger aux règles du Code civil relatives à la force probante de la copie⁷⁹, voire de donner délégation au pouvoir réglementaire pour le faire. On note cependant qu'en Belgique, ces textes peuvent poser problème dans le secteur public, au regard de la loi sur les archives, qui interdit de procéder à une destruction d'archives sans l'autorisation préalable de l'Archiviste général du Royaume⁸⁰, comme on va le voir.

3.2. La valeur archivistique

Dans la sphère archivistique, le statut de copie (numérique ou papier) ne dénature pas en soi la valeur de l'information qui y est enregistrée, pour autant qu'on ait pu authentifier son contenu (*supra*, point A, c, 2). Au regard des critères d'évaluation et de sélection des archives, la conservation ou l'élimination de la copie numérique ou de l'original papier dépendra d'un certain nombre de principes, critères et considérations examinés ci-après.

3.2.1. Le principe de l'élimination contrôlée

Si on se base sur la pratique dans l'univers papier, il semble inutile et redondant de conserver à la fois les originaux et ses multiples copies. Au vu de la croissance exponentielle de la production documentaire, il est même impératif de procéder à un tri sélectif afin de ne conserver que l'essence même de l'information.

Par analogie, on pourrait donc considérer que la double conservation d'un document dans sa forme originelle papier et dans sa forme copiée numérique est superflue. Toutefois, avant toute destruction de documents, il est indispensable qu'une analyse soit réalisée par les archivistes responsables de l'évaluation et la sélection des archives. Ces derniers sont chargés de contrôler sur le terrain la production documentaire et vérifier si le producteur d'archives ne procède pas à des éliminations inopportunes. Dans le secteur public, il s'agit là du principe dit de l'élimination contrôlée des archives⁸¹, consacré dans la loi

⁷⁵ Voy. les textes cités, à l'époque, par D. Mougenot, « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, Liège, 2002, p. 242 et s., n° 10 et s. L'auteur constatait déjà un retrait du législateur dans les dispositions adoptées dans les années 90.

⁷⁶ Art. 60 du Code TVA belge et Circulaire n° AFER 16/2008 (E.T.112.081) du 13 mai 2008.

⁷⁷ Art. 6 de la loi belge du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

⁷⁸ Art. 24 et 25 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 27 août 1980.

⁷⁹ Il s'agit simplement d'une application de la maxime *Lex specialis derogat legi generali*.

⁸⁰ Sur ce problème, voy. également M. Demoulin et S. Soyez, « L'archivage électronique dans le secteur public : entre archivage légal et archivage patrimonial », dans M. Demoulin, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 46-48.

⁸¹ Pour plus de détails sur ce principe d'élimination contrôlée et sa mise en œuvre en Belgique, voy. M. Demoulin et S. Soyez, « L'archivage électronique dans le secteur public : entre archivage légal et archivage patrimonial », dans M. Demoulin, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 42-43.

sur les archives : « les autorités ne pourront procéder à la destruction de documents sans avoir obtenu l'autorisation de l'archiviste général du Royaume ou de ses délégués »⁸². L'idée sous-jacente n'est pas d'interdire la destruction de toute archive, mais de veiller à ce qu'une archive qui présente encore un intérêt scientifique, historique ou social ne soit pas détruite par une administration. Il appartient en effet aux Archives de l'État, et non au service public concerné, d'évaluer si ses archives présentent un tel intérêt et de déterminer leur destination définitive⁸³.

Concrètement, ce principe d'élimination contrôlée se matérialise sous la forme d'un tableau de gestion des documents⁸⁴ dans lequel sont exposées les recommandations précises de conservation et d'élimination d'archives.

3.2.2. Les méthodes d'évaluation

La sélection des archives à conserver est basée sur des méthodes d'évaluation concentrées sur le terrain de production des documents. Ces méthodes reposent sur différents critères, d'ordre juridique, patrimonial et pragmatique.

Sur le plan juridique, en l'état actuel du droit, étant donné la moindre force probante de la copie numérique, on a vu qu'il est risqué de procéder à la destruction du document original papier, lorsque celui-ci destiné à faire preuve en justice. À moins que des dispositions particulières permettent le recours à la copie avec une force probante proche de l'original, les centres d'archives auront tendance à conserver les documents à valeur juridique sous leur format papier, même s'ils ont été numérisés.

Sur le terrain patrimonial, l'archiviste analysera aussi la valeur historique d'une copie numérique par rapport à son original papier. Or, à l'heure actuelle, il apparaît plus aisé d'établir l'authenticité d'un original papier, ce qui plaiderait ici encore pour la conservation de ce dernier, du moins tant que la diplomatique moderne n'a pas atteint une certaine maturité et tant que des procédures homogènes, claires et complètes de numérisation de documents n'ont pas été mises en places et encadrées juridiquement au niveau des producteurs d'archives.

En définitive, les motivations des archivistes à conserver la copie numérique d'un document en plus de son original papier seront pragmatiques. On songe ainsi aux registres papier des actes d'état civil, qui doivent être conservés dans leur forme originale pour des raisons juridiques et historiques, et dans leur forme numérisée, avec leur base de données descriptive, pour un accès en ligne. En effet, lorsque la copie numérique a été réalisée pour préserver l'original papier de détériorations accidentelles (copie de sécurité) ou pour en faciliter l'accès (copie d'utilisation), la copie numérique présente une utilité en soi et il serait irrationnel de ne pas la conserver sur la seule base de sa moindre valeur juridique.

3.2.3. Conserver l'original papier ou la copie numérique?

À ce stade, on pourrait penser que la question est de savoir si l'on conserve uniquement l'original papier, ou l'original papier avec sa copie numérique. Traditionnellement, le papier jouit en effet d'une certaine préférence dans les milieux juridiques et archivistiques, de sorte que certains pourraient préconiser de le conserver en tout état de cause. On a vu que les critères juridiques et historiques d'évaluation plaideront

⁸² Art. 5 de la loi belge du 24 juin 1955 sur les archives.

⁸³ Art. 12 de l'arrêté royal sur la surveillance archivistique.

⁸⁴ En terminologie archivistique belge, ce tableau est appelé « tableau de tri des archives »; dans d'autres terminologies : « tableau de conservation », « tableau d'élimination », « tableau de gestion » ou encore « échancier de conservation ».

en ce sens, du moins en l'absence d'un cadre clair et précis sur les procédures de numérisation et la valeur des copies numériques. Les critères pragmatiques conduiront à conserver, en plus du papier, sa copie numérique, comme copie d'utilisation et/ou de sécurité.

En réalité, dès lors qu'une numérisation des documents a lieu, la vraie question qui se pose est de savoir si l'on conserve les deux exemplaires, ou seulement l'un d'entre eux. Dans ce dernier cas, il est piquant de constater que la tendance actuelle semble être de ne conserver que l'exemplaire numérique et de détruire l'original papier, pour des raisons de facilité de gestion et des raisons purement économiques.

Ainsi, lorsqu'une disposition sectorielle octroie une force probante à certaines copies (*supra*, point a), les administrations concernées y voient souvent une autorisation implicite de destruction des originaux papiers. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par la lecture des travaux préparatoires de certains de ces textes : « L'accroissement permanent du volume des informations impose également d'abandonner des archives-papiers difficilement accessibles au profit de copies électroniques ou optiques. (...) Les mesures envisagées permettent en conséquence la destruction des documents originaux et la réduction optimale du problème de l'archivage-papier »⁸⁵. Mais les travaux préparatoires n'ont pas force de loi. Par ailleurs, l'interprétation qu'ils proposent est contraire à la loi belge sur les archives et outrepassé le champ d'application de ces dispositions dérogatoires, qui ne visent qu'à octroyer une force probante, et non à autoriser la destruction des archives numérisées. Cette situation est problématique lorsque des lots entiers d'archives originales sont détruits sans consultation préalable des Archives de l'État quant à leur éventuelle valeur patrimoniale.

Plus explicitement, on trouve parfois dans la législation même une véritable *obligation de destruction du double* (papier ou électronique), afin d'éviter la gestion en parallèle de documents identiques sur des supports différents. En France, le décret sur la gestion du dossier individuel des agents publics sur support électronique prévoit que « le dossier individuel peut être créé et géré, en tout ou partie, sur support électronique, soit à partir de documents établis sur support-papier et numérisés, soit à partir de documents produits directement sous forme électronique. (...) *En cas de coexistence des supports électronique et papier, toute pièce versée au dossier ne peut être conservée que sur l'un des deux supports, selon le mode de gestion choisi par l'administration* »⁸⁶. L'idée est que si le dossier est composé de documents nativement électroniques et de documents papier et que l'administration ne souhaite pas travailler avec un dossier hybride, elle a le choix : soit elle opte pour un dossier entièrement papier et procède alors à l'impression des documents électroniques⁸⁷, soit elle opte pour un dossier électronique et procède à la numérisation des documents papier. Dans un cas comme dans l'autre, elle devrait ensuite détruire l'original, conformément au décret. « Lorsque l'autorité administrative ou territoriale chargée de la gestion du dossier crée une copie sur support électronique d'un acte original établi sur support papier, elle utilise un système de numérisation dans des conditions et sous des formes garantissant sa reproduction à l'identique et la conservation pérenne du document ainsi créé. *La copie conforme ainsi*

⁸⁵ Voy. le rapport au Roi de l'Arrêté royal du 9 janvier 2000 relatif à la force probante des informations utilisées par l'Administration des Pensions pour l'application de la législation dont elle est chargée et le rapport au Roi de l'Arrêté royal du 15 mars 1999 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale et de droit du travail, des informations échangées, communiquées, enregistrées, conservées ou reproduites par les services ministériels et les parastataux du Ministère de l'Emploi et du Travail.

⁸⁶ Art. 2 du décret français n° 2011-675 du 15 juin 2011 relatif au dossier individuel des agents publics et à sa gestion sur support électronique.

⁸⁷ On rencontre encore cette option en pratique, mais il n'est guère conseillé de procéder à la destruction des fichiers électroniques originaux dans ce cas. En effet, cela entraînerait la perte de tous les avantages du numérique en termes d'accessibilité et de gestion, ainsi que la perte de l'information périphérique au document électronique (métadonnées, certificat, log, etc.).

établie se substitue au document original sur support papier qui est détruit dans un délai fixé par [voie réglementaire] »⁸⁸.

Outre ces obligations ou autorisations de destruction, on constate que, du côté des producteurs d'archives, la tendance actuelle semble aussi s'orienter vers la seule conservation de la copie numérique comme copie de substitution, au détriment du papier. En effet, étant donné les ressources matérielles et humaines de plus en plus limitées allouées à la préservation du patrimoine archivistique, il s'avère souvent indispensable d'opérer un choix, la conservation des deux exemplaires en parallèle étant trop coûteuse. Vu les moyens importants déjà investis dans les projets de numérisation⁸⁹ et les avantages pratiques de la copie numérique, celle-ci sera de plus en plus souvent privilégiée. Mais là aussi, l'intervention de l'archiviste dans le contrôle de ces éliminations nous semble cruciale pour garantir une réelle transparence administrative. L'original papier ne devrait être conservé que s'il présente une valeur juridique ou historique importante et à condition de disposer des moyens financiers suffisants. Pour le reste, il y a fort à parier que les archives papier ordinaires seront détruites après leur numérisation, à plus ou moins bref délai. Il s'agit là d'un véritable dilemme pour l'archiviste et d'un bouleversement dans la pratique archivistique.

4. Synthèse et perspectives : vers une reconnaissance de la copie numérique?

Cet examen du cadre juridique et archivistique régissant le statut de la copie numérique permet de mettre en lumière l'inadéquation et les lacunes du cadre actuel. Cet état des lieux nous conduit à penser qu'une réforme en la matière est non seulement nécessaire, mais presque inévitable.

4.1. L'inadéquation et les lacunes du cadre actuel

Sur le plan strictement conceptuel, la copie numérique ne prête guère à controverse. Il s'agit clairement d'une archive. C'est en outre une copie, aux yeux du droit comme de l'archivistique. Dans certains cas, elle pourra même être qualifiée de copie authentique, au sens juridique du terme, s'il s'agit de la copie numérique d'un acte authentique papier, réalisée dans certaines conditions. Au sens archivistique, un service d'archives public pourra également délivrer des copies numériques authentiques et certifiées conformes des archives papiers qu'il détient.

En revanche, sur le plan de sa valeur, le statut de la copie numérique est très incertain. À l'heure actuelle, hormis quelques cas particuliers, elle reste généralement considérée comme inférieure à l'original papier, tant par le droit que par l'archivistique et la diplomatique. En cas de contestation de la conformité de la copie à l'original papier, si ce dernier est détruit et que seule la copie numérique subsiste, sa valeur probante sera, sinon nulle, en tout cas inférieure à celle de l'original, selon l'appréciation du juge. Quant à l'expertise de son authenticité au regard de la diplomatique classique, elle sera difficile à établir en l'absence de l'original.

Or, ces considérations juridiques et archivistiques sont de plus en plus fréquemment éclipsées par des motifs pragmatiques et financiers. Sur le terrain, une pression accrue se fait sentir en faveur d'une gestion documentaire homogène, en procédant à la numérisation des flux papier existants, non seulement pour faciliter leur gestion et leur accessibilité en préservant les originaux papiers des détériorations, mais

⁸⁸ Art. 3 du décret français n° 2011-675 du 15 juin 2011 relatif au dossier individuel des agents publics et à sa gestion sur support électronique.

⁸⁹ En Belgique, les Archives de l'État ont investi plusieurs millions d'euros dans des opérations de numérisation patrimoniale ces dernières années.

aussi, à l'inverse, pour détruire les originaux papiers, considérés comme trop volumineux et coûteux à conserver en parallèle. Au vu de ce qui précède, on ne peut que constater un décalage flagrant entre les principes et la pratique.

Outre l'inadéquation des règles actuelles, le problème réside plus spécifiquement dans l'absence d'encadrement et de contrôle des procédures de numérisation, source d'incertitudes et de dérives. Plusieurs conséquences graves en découlent. En amont, on constate que certains projets de numérisation-destruction sont réalisés à moindres coûts, souvent au détriment des règles de l'art et sans concertation avec les Archives de l'État. Outre le fait que des archives précieuses peuvent ainsi disparaître, le résultat d'une mauvaise numérisation peut s'avérer catastrophique, notamment en raison de la piètre qualité de l'image numérique, de l'absence de métadonnées de description ou de gestion, ou du choix de formats difficile à exploiter et à conserver. Cette situation conduira inévitablement à une impasse, les copies numériques étant inutilisables et l'original papier ayant disparu. Par ailleurs, si la numérisation a été bâclée, il sera d'autant plus difficile d'apprécier la valeur probante et diplomatique de la copie numérique. Enfin, même si la numérisation a été réalisée avec soin, l'appréciation ultérieure de sa valeur juridique et diplomatique restera incertaine, en l'absence de critères d'évaluation clairs et prédéfinis.

4.2. Nécessité d'une réforme globale et transversale

Le mouvement de numérisation est en marche et constitue une évolution dont il faut tenir compte. Prôner l'immobilisme et le maintien dogmatique des règles actuelles irait à contre-courant d'une tendance irréversible et ignorerait le problème urgent des numérisations anarchiques. Confiner radicalement la copie numérique dans un statut juridique et diplomatique d'infériorité reviendra à laisser planer un doute difficilement tenable sur des pans entiers de moyens de preuve et d'archives, au détriment de la sécurité juridique et de la vérité historique. Dès lors, on ne saurait trop insister sur la nécessité d'encadrer les pratiques de numérisation de manière conjointe et transversale, tenant compte des enjeux juridiques, archivistiques et technologiques, afin de développer une plus grande confiance à l'égard de ces processus et des documents électroniques qui en sont issus.

Sur le plan juridique, on a vu que les premières initiatives du législateur ont jusqu'ici été timides et sectorielles. Le temps est venu d'offrir à la copie numérique une véritable reconnaissance juridique et un statut équivalent à celui de l'original. Il conviendra cependant de mesurer la portée de la réforme, de définir les conditions fonctionnelles et procédurales d'une telle équivalence et d'encadrer clairement la possibilité de détruire l'original. Répétons-le, l'élaboration d'un tel cadre devrait s'opérer en concertation avec l'archivistique et la diplomatie modernes, afin de développer des principes cohérents et homogènes.

Sur le plan archivistique, compte tenu de ce nouveau cadre juridique, il sera nécessaire d'organiser les pratiques de numérisation afin que les documents numérisés réunissent les qualités nécessaires à l'établissement de leur authenticité et de leur fidélité à l'original, le tout couplé à un processus de préservation numérique assurant le maintien de ces qualités. Le principe de l'élimination contrôlée des archives devrait être maintenu, mais les critères d'élimination adaptés. Loin de nous l'idée de prôner la destruction massive et systématique du patrimoine archivistique original après sa numérisation. Nous invitons simplement à reconsidérer certaines habitudes avec un regard réaliste, procéder à une juste évaluation des risques et des opportunités pour revoir notre attachement au papier et envisager la possibilité de sa destruction, à condition qu'il laisse une trace numérique fiable, pérenne et exploitable.

Les constatations qui précèdent confirment encore la nécessité de faire évoluer et d'adapter la diplomatie classique au nouvel environnement de production lié au monde numérique. Une nouvelle

science est ainsi en train de se développer sous le nom de diplomatie numérique, notamment suite aux études de Luciana Duranti et aux travaux du groupe de recherche InterPARES⁹⁰ ou, en France, de Marie-Anne Chabin. On ne peut que se réjouir de cette évolution, en souhaitant qu'elle continue à se développer de concert avec les juristes.

Naturellement, lors de l'élaboration de ce cadre juridique et archivistique global, il sera indispensable de tenir compte des règles de l'art, bonnes pratiques, normes et standards existants en la matière, tout en veillant à leur adaptation aux nécessités juridiques et archivistiques.

Enfin, ces mesures resteront vaines sans une sensibilisation et une formation des acteurs de terrain (producteurs d'archives, archivistes, diplomates, juristes, informaticiens...) à une numérisation de qualité et une bonne information des contraintes juridiques et patrimoniales en la matière. Les Archives de l'État sont d'ailleurs appelées à jouer un important rôle de conseil à cet égard.

Seule une approche globale et transdisciplinaire permettra d'encadrer la numérisation de manière appropriée et cohérente. Il s'agit là d'un défi à relever de manière concertée par les juristes, les professionnels de la préservation du patrimoine et les informaticiens, dans le souci de préserver le patrimoine archivistique durablement et dans un climat de confiance.

⁹⁰ Cf. www.interpares.org.