

Legal News

Janvier 2006

Chers clients, Chers partenaires,

En 1999, les dispositions du Code des obligations relatives à la comptabilité commerciale (art. 957 ss CO) ont été modifiées. Elles sont entrées en vigueur le 1er juin 2002, ainsi que leur texte d'exécution, l'Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico). Cette dernière crée la possibilité de conserver des documents soumis à l'obligation de conservation sous forme électronique. L'Olico prévoit par ailleurs diverses mesures d'organisation concernant les archives et l'archivage. Le délai ordinaire de conservation reste en principe de 10 ans.

La plupart des entreprises envisagent, vu l'accroissement des masses de documents et la digitalisation progressive des dossiers, d'introduire un archivage électronique. En raison du durcissement des prescriptions pour les processus de contrôle interne dans les entreprises, et de l'obligation accrue de documentation que cela crée (modification du Code des obligations concernant l'obligation de révision en droit des sociétés), la conservation et la documentation ont pris de l'importance.

La mise en œuvre de l'Olico pose de nombreuses questions et certaines notions doivent encore être clarifiées. Nous aborderons ci-après trois exigences de l'Olico que, selon notre expérience, beaucoup d'entreprises n'ont pas encore totalement mises en œuvre. Ensuite, nous éclairerons brièvement la thématique particulièrement actuelle de l'archivage électronique.

Daniel Bachmann

Partner, Legal

daniel.bachmann@ch.ey.com

L'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes en pratique

Klaus Krohmann, avocat, Senior Manager, Legal; klaus.krohmann@ch.ey.com

1. Contrôle de l'accès aux archives

Selon l'art. 8 Olico, les informations archivées doivent être protégées contre les accès non autorisés. Les consultations et les accès doivent être enregistrés. Ces enregistrements sont soumis à la même obligation de conservation que les informations concernées.

Par «accès», on comprend l'accès au local des archives et par «consultation», la remise de dossiers individuels.

Par expérience, les informations archivées sont bien protégées contre les accès non autorisés. Par contre, les enregistrements sur les accès et les consultations ainsi que la conservation de ces enregistrements ne respectent souvent pas les exigences légales. Il est en effet fréquent que seuls les accès ou seules les consultations soient enregistrés. Les enregistrements ne sont pas toujours conservés assez longtemps et dans la bonne forme.

2. Exigence de l'inventaire systématique

Selon l'art. 8 Olico, les informations archivées doivent être inventoriées systématiquement. Ce que cela signifie en pratique doit encore fortement être clarifié. En cas d'archivage électronique en particulier, cette exigence peut poser quelques problèmes lors de son application. Cette disposition a pour but que les informations voulues soient, en cas de besoin, rapidement trouvées.

Alors que les méthodes traditionnelles d'archivage sont en général organisées de façon logique, cela n'est souvent pas le cas pour les archives électroniques. En particulier, les courriels sont volontiers archivés seule-

ment en fonction de l'expéditeur/destinataire et de leur date. Un rattachement logique fait donc défaut. En l'absence d'un tel rattachement, il devient presque impossible de retrouver rapidement les informations nécessaires, sur la seule base de recherches dans le texte et avec mots clés, dans le cadre de dossiers complexes. En conséquence et en l'absence de rattachement logique, de nombreux courriels potentiellement concernés devront être examinés et triés à la main un par un.

3. Conservation de la correspondance électronique (courriels)

En général, les collaborateurs ont conscience de devoir collecter et archiver systématiquement leur correspondance papier. Les entreprises disposent d'ailleurs souvent de processus établis à ce sujet et contenus dans une directive (Filing Policy).

Il en va tout autrement en matière de correspondance électronique. Hormis quelques exceptions, les entreprises suisses n'archivent actuellement que sous forme papier. En conséquence, tous les courriels pertinents devraient être imprimés et classés systématiquement dans les archives papier. Les collaborateurs croient souvent que leur boîte de courriels ainsi que leur archive électronique font l'objet d'un backup régulier, et que l'archivage est donc conforme à la loi. Cela n'est pourtant souvent pas le cas. Des documents importants et soumis à une obligation de conservation peuvent être perdus de cette manière.

4. Archivage électronique

Lorsque des documents sont conservés électroniquement, il faut distinguer entre la conservation sur des supports d'information non modifiables et modifiables (art. 9 al. 1 lit. a et b Olico).

Supports d'information non modifiables

Appartiennent aux supports d'information non modifiables par exemple les CD-ROM ou les DVD inscriptibles qu'une fois.

Le problème principal concernant les informations enregistrées sur des supports de données non modifiables résulte aujourd'hui du manque de résistance du support de données. Alors que les CD de musique et les DVD pour les films sont pressés en machine, le support d'un CD-ROM ou DVD inscriptible est composé d'une substance chimique qui est altérée par le rayon laser du graveur. Les supports de données sont sensibles à la lumière et à la chaleur et la substance chimique se transforme avec le temps ce qui rend le support de données illisible. Des produits de grande valeur qualitative et stockés dans des conditions idéales sont encore lisibles après plus de 10 ans. Toutefois, de telles garanties ne sont pas données par le fabricant. Ainsi, selon notre expérience, dans les cas d'archivage sur des supports de données non modifiables, les supports de données ont été transférés chaque 2 à 5 ans sur des nouveaux supports de données. Il en va de même pour l'enregistrement WORM avec un Jukebox-System. Dans ce cas, le transfert doit faire l'objet d'un procès verbal, à conserver avec le nouveau support de données (art. 10 al. 3 Olico).

Supports de données modifiables

Si des données doivent être enregistrées selon la loi sur un support de données modifiables (par exemple CD/DVD réinscriptibles, disque dur, bande magnétique), l'art. 9 al. 1 lit. b Olico exige que :

- des procédés techniques (par ex. signature électronique, aussi appelée «certificat») qui garantissent l'intégrité des informations enregistrées soient utilisés;
- le moment où les informations ont été enregistrées puissent être prouvé sans possibilité de falsification (par ex. Timestamp);
- les autres prescriptions relatives à l'utilisation du procédé en question qui existent au moment de l'enregistrement soient respectées; et
- les procédures et les modes d'utilisation de ces supports soient consignés et les informations nécessaires (protocoles, journal de bord des connexions [log file]) soient également conservées.

L'application pratique de ces prescriptions fait clairement apparaître un conflit entre les exigences légales et les solutions praticables et bons marché. Il s'agit par exemple d'estimer quel certificat (ou, pour les entreprises internationales, même plusieurs certificats) doit être utilisé pour s'assurer de l'intégrité voulue. Un «certificat qualifié» au sens de l'art. 7 de la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSE) n'était par exemple pas disponible jusqu'à récemment. Il n'y avait en effet pas d'organe de certification en Suisse. D'office, il fallait se rabattre sur un certificat, reconnu par l'Administration fédérale des contributions, d'un fournisseur allemand, qui

est depuis tombé en faillite. Depuis début décembre 2005, Swisscom Solutions SA offre à présent un certificat qualifié au sens de la SCSE. SwissSign SA, la filiale de la poste, devrait suivre prochainement.

On peut également se demander si le Timestamp peut être généré par le système lui-même ou s'il doit provenir d'un fournisseur tiers. Cela crée aussi des problèmes pratiques pour lesquels il n'existe pas encore de solution standard.

5. Conclusion

L'Olico est certes en vigueur depuis plus de trois ans, les exigences qu'elle pose ne sont pourtant toujours pas complètement remplies par les entreprises. Dans le domaine de l'archivage électronique, diverses questions restent sans réponse.

Dans leur publicité, les fournisseurs de systèmes d'archives électroniques parlent principalement de systèmes d'archives «sûrs pour la révision». Ils ne donnent par contre aucune garantie quant à la conformité de leur concept d'archives avec les exigences légales.

Il faut opérer une pesée des risques dans le choix des mesures à adopter. Il existe alors un conflit important entre les différentes solutions possibles: bon marché, à haute sécurité, facile à mettre en place ou juridiquement idéale. ■

Information

Le Legal News a pour but de donner un aperçu de développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique.

Vos interlocuteurs pour des questions juridiques:

Bâle

Ernst & Young SA
Thomas Bauer
Aeschengraben 9
Case postale
4002 Bâle
Tél. +41 58 286 86 11
thomas.bauer@ch.ey.com

Berne

Ernst & Young SA
Daniel Bachmann
Belpstrasse 23
Case postale
3001 Berne
Tél. +41 58 286 66 11
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genève

Ernst & Young SA
Olivier Dunant
59, route de Chancy
Case postale
1213 Petit-Lancy
Tél. +41 58 286 56 11
olivier.dunant@ch.ey.com

Zurich

Ernst & Young SA
Stefan Seiler
Bleicherweg 21
Case postale
8022 Zurich
Tél. +41 58 286 36 11
stefan.seiler@ch.ey.com

www.ey.com/ch/legal