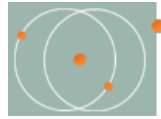


Le Forum des droits sur l'internet



www.foruminternet.org

AVIS
SUR LE
**PROJET DE DECRET N°2003 ... RELATIF AUX
ACTES AUTHENTIQUES ELECTRONIQUES**

Communiqué au Ministère de la Justice le 18 novembre 2003

Contact :
contact@foruminternet.org

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
RECOMMANDATIONS	4
ANNEXE 1 : COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL.....	12
ANNEXE 2 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	13

INTRODUCTION

Contexte

Le Forum des droits sur l'internet a été saisi par le Ministère de la justice pour rendre un avis sur l'avant-projet de décret « Décret n° 2003... relatif aux actes authentiques électroniques pris en application de l'article 1317, alinéa 2, du Code civil ».

L'article 1317, alinéa 2, dispose que :

« 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.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Cet article a été introduit par la 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. Cette loi pose le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le papier et l'écrit, c'est-à-dire qu'elle reconnaît la même force probante à l'écrit sur support électronique qu'à celui sur support papier.

Contenu de l'avant-projet de décret

L'avant-projet de décret fixe les conditions générales dans lesquelles les actes authentiques électroniques dressés par un officier public doivent être établis et conservés, quelles que soient les catégories d'actes concernés : ceux des notaires, des huissiers, des officiers d'état civil, des juges ou des greffiers. Des décrets particuliers viendront ensuite compléter ce dispositif pour chacune de ces professions.

Méthodologie suivie

Afin de rendre son avis sur l'avant-projet de décret, le Forum des droits sur l'internet a constitué un groupe de travail composé d'experts et de membres du Forum intéressés : professionnels des métiers de l'acte authentique, représentant des consommateurs, chercheur au CNRS (voir composition en annexe). Le Ministère de la Justice a participé aux travaux en tant qu'observateur.

Les rapporteurs de ce groupe ont procédé à l'audition de plusieurs acteurs du secteur et de personnalités qualifiées. Ils ont reçu l'avis de chacun des membres du groupe de travail sur l'avant-projet de décret. Les débats se sont déroulés du 15 septembre au 9 octobre 2003.

Ce projet d'avis a été adopté par les membres du Forum des droits sur l'internet le 17 novembre 2003.

Compte tenu du délai imparti pour réaliser ce travail, il n'a pas paru souhaitable de se livrer à une analyse du texte, article par article. Le parti pris a été de se concentrer sur quelques points clés, structurants, par rapport à l'esprit et au dispositif prévu par le décret.

Avant toute chose, les membres du groupe de travail tiennent à souligner que **ce projet de texte répond à une attente forte des professionnels** dans la mesure où ils utilisent, d'ores et déjà, les supports électroniques pour établir, transmettre et conserver des actes authentiques et que l'incertitude juridique actuelle ne les satisfait pas.

RECOMMANDATIONS

I. A propos des différentes catégories d'actes authentiques visées par le décret

a) Cet avant-projet de décret correspond à certaines catégories d'officiers publics plus qu'à d'autres. Par exemple, le système de double officiers publics ne convient pas à certaines pratiques des huissiers ou de l'état civil. Or, comme l'exposé des motifs le prévoit, l'objectif est d'élaborer un régime juridique général pour toutes les catégories d'officiers publics¹.

C'est pourquoi, il convient que le présent décret se limite à exposer des principes communs qui puissent s'appliquer à l'ensemble des professions visées. Des décrets particuliers, concernant chaque catégorie d'actes authentiques, régleront le détail des différentes pratiques.

Ainsi, l'article 5, qui prévoit l'intervention de plusieurs officiers publics de chaque côté des écrans distants est certes intéressant dans son principe, mais ne sera pas réalisable dans tous les cas.

Par exemple, l'intervention de plusieurs officiers publics soulève un certain nombre de difficultés à la profession des huissiers. D'une part, cela induit un problème de coût dû à la multiplication des intervenants et pose la question de la charge de ce coût. D'autre part, ce système ne peut satisfaire aux situations où il est prévu la remise physique de documents et où l'officier public doit lire les droits de la personne à laquelle l'acte est remis.

Il est donc nécessaire de prévoir des règles de fonctionnement adaptées aux modalités de la remise physique.

→ En conséquence, le Forum des droits sur l'internet recommande que le présent avant-projet de décret se limite à exposer des principes communs qui puissent s'appliquer à l'ensemble des professions visées. Des décrets particuliers, concernant chaque catégorie d'actes authentiques, régleront le détail des différentes pratiques.

→ Le Forum des droits sur l'internet recommande par ailleurs, pour les actes devant être remis physiquement aux intéressés, une solution transitoire. Cette solution pourrait prévoir :

1.- qu'une sauvegarde papier de l'acte authentique électronique soit créée et signée par l'officier public (cette sauvegarde constitue une copie authentifiée et non un original) ;

2.- que l'officier public fasse porter mention sur l'original électronique que la procédure (par exemple celle du « parlant à ») a été respectée.

b) S'agissant des actes nécessitant la « présence personnelle » visés à l'article 6 de l'avant-projet de décret : les membres du groupe de travail ont constaté que la formulation actuelle de cet article aura pour effet d'interdire, *de facto*, l'établissement de l'acte authentique à distance prévu par l'article 5. En effet, l'établissement de la plupart de ceux-ci nécessite, en pratique, « la **présence personnelle**, devant celui qui dresse l'acte, de ceux qui doivent y concourir » (art. 6).

¹ Second paragraphe de l'exposé des motifs : « Le projet de décret ici présenté a pour objet de fixer les règles générales applicables à cet effet, quelles que soient les catégories d'actes concernés (...). Des décrets particuliers viendront compléter ce dispositif. »

Or, les rédacteurs du présent avant-projet de décret n'ont sans doute pas souhaité limiter ainsi le champ d'application de l'article 5. Il conviendrait donc que le terme de « **présence personnelle** » soit remplacé par celui, plus précis et restreint, de « **présence physique** ».

Par ailleurs, la rédaction de l'article 6 suggère que l'outil de création de l'acte authentique soit dans le local où est réalisé l'acte. Le recours à des systèmes de création d'actes à partir d'un site central situé hors du local semble ainsi être proscrit.

**→ Pour éviter toute incohérence entre les articles 5 et 6, le Forum des droits sur l'internet recommande que l'article 6 soit ainsi reformulé :
« L'article 5 n'est pas applicable lorsqu'est requise la présence physique, devant celui qui dresse l'acte, de ceux qui doivent signer l'acte ».**

Avis particulier :

L'association Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV) souhaite éviter que les actes judiciaires (assignation, signification d'actes de procédure...) fassent l'objet d'une procédure d'envoi électronique. Selon la CLCV, les actes judiciaires sont ceux qui, par leur nature, nécessitent une remise en main propre sur support papier afin de les rendre plus facilement consultables et, surtout, afin que le destinataire soit bien au fait de l'importance des documents qu'il reçoit. La CLCV craint par ailleurs la désacralisation potentielle des actes authentiques et donc, leur valeur actuelle. Un message électronique, aussi sophistiqué et perfectionné soit-il, peut encore sembler virtuel pour de nombreuses personnes.

II. A propos de l'articulation entre actes authentiques électroniques et actes authentiques papiers

Il est tout d'abord rappelé que l'acte authentique électronique ne peut être qu'une faculté supplémentaire offerte aux parties² et non une modalité nouvelle et exclusive. L'idée selon laquelle ce décret doit assurer la transition entre le papier et l'électronique a ensuite été exprimée au sein du groupe de travail. Il est donc nécessaire qu'un certain nombre d'éléments visuels symboliques destinés à susciter la confiance demeurent présents pour assurer la transition entre les deux modes.

C'est dans cet esprit que le projet de décret emploie les termes d' « **image du sceau** » ou encore de « **signature manuscrite** ».

Ce faisant, il convient de constater que le décret introduit dans l'acte deux images propres à un environnement papier qui, dans l'environnement électronique, n'ont aucune valeur juridique.

Par conséquent, le groupe de travail souhaite que le destinataire de l'acte authentique n'attribue pas l'authenticité de l'acte à ces éléments visibles, sans se préoccuper de la signature électronique.

En outre, certains des membres du groupe craignent que la valeur sous-jacente que l'on pourrait attribuer aux images du sceau et de la signature manuscrite ne remette en cause, dans les faits, le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le papier et l'électronique posé par l'article 5 de la loi du 13 mars 2000³.

→ Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande aux rédacteurs du décret de faire porter la mention suivante, à proximité de ces images : « Image de la signature de l'officier public, délivrée à titre informatif ».

Avis particulier :

Le Comité Interprofessionnel de Régulation des Echanges Sécurisé (CIRES) regrette que, alors même que l'on voudrait susciter la confiance chez l'utilisateur, le parallélisme des formes prévu à l'article 5 semble suggérer la méfiance des rédacteurs du décret vis-à-vis du support électronique.

² Le groupe de travail a également estimé qu'un certain nombre d'actes ne peuvent, pour l'heure, relever uniquement de l'électronique et nécessitent encore une remise « en main propre » sous format papier.

³ Pour assurer l'équivalence fonctionnelle, la loi du 13 mars 2000 a notamment remplacé à l'article 1326 du code civil les mots « de sa main » par les mots « par lui-même ».

III. A propos de la signature électronique

a) L'exposé des motifs indique qu'il n'est pas exigé que la signature électronique utilisée par l'officier public réponde aux exigences de la signature sécurisée du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique. Ce faisant, le texte adopte d'emblée une position de neutralité technologique.

Or, de nombreux articles font référence à une technologie particulière, notamment en employant le terme de « **scellement** » (la notion de scellement de l'acte par la signature électronique se retrouve ainsi aux articles 3, 5, 9, 13 et 14).

Le groupe de travail a souhaité que le décret reste techno-indépendant dans ses articles aussi bien que dans ses motifs, car il est important que la création et la conservation des actes authentiques ne soient pas soumises à une technique déterminée.

En outre, le groupe de travail a noté que le terme de « scellement », même s'il est techniquement applicable, est juridiquement inadapté car aucun texte ne l'emploie explicitement.

→ Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que la rédaction du décret soit revue pour que le principe de neutralité technologique soit uniformément appliqué au sein du texte.

b) Par ailleurs, l'ensemble des membres du groupe de travail s'interroge sur la nécessité de conserver la signature électronique et d'autres éléments dans un **fichier distinct** relié à l'acte lui-même. Cette notion de fichier distinct figure aux articles 2, 5 et 11 du décret.

Un tel dispositif semble devoir être remis en cause pour les raisons suivantes :

- il impose des contraintes techniques difficiles à satisfaire⁴ ;
- il ne répond pas au standard actuel (SMIME/PKCS7) qui crée une enveloppe englobant le document, la signature et, éventuellement, le certificat associé ;

La notion de « fichier distinct » contrarie, de la sorte, le principe de neutralité technologique fixé dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de décret. Dans un certain nombre de cas, il pourrait lui être préféré l'inclusion des informations dans les métadonnées⁵ de l'acte.

→ Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que la notion de fichier distinct n'apparaisse que dans les décrets particuliers si, toutefois, il y a lieu de les employer pour telle ou telle catégorie d'actes.

c) Un autre aspect technique n'a également pas sa place dans un décret général et ne s'applique pas à toutes les catégories d'officiers publics. Il s'agit de l'obligation de « **mention portée sur l'acte** » (art. 10). En effet cette disposition est inapplicable en matière d'état civil.

d) Enfin, le groupe de travail soulève une impossibilité technique s'agissant des **données visibles** sur lesquelles doit porter « la signature électronique de l'officier public qui dresse l'acte, et éventuellement de ceux qui sont appelés à y concourir » (article 2§4).

En effet, la signature d'un document électronique porte nécessairement sur toutes les données informatiques que celui-ci contient, qu'elles soient visibles (contenu de l'acte)

⁴ La notion de « fichier » fait référence à une entité informatique précise qui ne semble pas appropriée à ce qui est implicitement visé par le décret.

⁵ Le terme de « métadonnées » est utilisé pour définir l'ensemble des informations techniques et descriptives ajoutées aux documents pour mieux les qualifier.

ou invisibles (type de document, police de caractère utilisée,...). Les actes authentiques électroniques ne pourraient donc pas répondre à cette obligation.

On comprend que les rédacteurs de l'avant-projet de décret ont souhaité que les intéressés ne s'engagent que sur la foi de ce qui est visible à l'écran. Une solution serait que le décret énonce de manière affirmative l'objet sur lequel porte la signature (« porte sur les données visibles »), au lieu de prévoir une obligation qui ne sera pas techniquement réalisable (« doit porter sur les données visibles »).

→ Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande de modifier, à l'article 2, les termes suivants : « ne doit porter sur » par « porte sur ».

Avis particulier :

L'association Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV) propose qu'une version papier de l'acte soit dressée au même moment que l'acte électronique et que la version papier soit d'une force probante supérieure à l'acte électronique. La CLCV souhaiterait ainsi que soit ajouté à l'article 3 le paragraphe suivant : « Une version papier de l'acte est dressée au même moment. En cas de divergence entre l'acte authentique électronique et l'acte authentique dressé sur papier, priorité est donnée à ce dernier ».

Les autres membres du groupe de travail notent qu'une telle position irait à l'encontre de la notion d'équivalence fonctionnelle, qui donne la même valeur au document électronique qu'au document papier.

En outre, ils rappellent qu'il existe un certain nombre de garanties procédurales permettant de s'assurer de la valeur probatoire d'un écrit. Ces garanties émanent notamment de l'application des articles 288 et 308 du Nouveau code de procédure civile.

IV. A propos de la notion d'« original »

La définition de l'original de l'acte qui en est donnée à l'article 3§3 (« Est considéré comme l'**original** de l'acte la version définitive première en date qui est revêtue de la signature électronique de celui qui l'a dressé »), ne convient pas à la majorité des professionnels représentés au sein du groupe de travail qui craignent une hiérarchisation inutile entre les originaux premiers en date et les subséquents. En outre, le caractère unique de l'original est questionné par la pratique : un acte authentique peut être dressé en deux exemplaires (technique de la double minute). L'un et l'autre de ces documents sont considérés comme des originaux.

Certains membres du groupe de travail ont donc estimé que l'original devait être défini comme « l'acte qui existe au moment où la signature requise de l'officier public est apposée ».

→ Le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi que soient préférés aux termes « Est considéré comme l'original de l'acte la version définitive première en date qui est revêtue de la signature électronique de celui qui l'a dressé » ceux de « Est considéré comme l'original de l'acte, au sens du présent décret, l'acte qui existe au moment où la signature requise de l'officier public est apposée ».

L'ensemble du groupe de travail a néanmoins considéré qu'il était nécessaire de mener une réflexion approfondie sur la notion d'original (également mentionnée aux articles 13, 14 et 15 de l'avant-projet de décret) dans un univers dématérialisé.

Par ailleurs, il a été remarqué que cette notion est intrinsèquement liée aux réflexions entourant l'archivage, celles-ci concernant notamment le maintien et la lisibilité de l'acte original dans le temps.

→ Par conséquent, il convient de préciser que la définition retenue de l'original ne doit s'appliquer que dans le sens du présent décret.

V. A propos de la conservation de l'acte authentique électronique

a) L'article 1317 al 2 du code civil fait des conditions de conservation une condition de validité de l'acte authentique électronique. Les modalités pratiques de cette conservation doivent donc faire l'objet d'une attention particulière, d'autant qu'aucun « principes généraux » n'ont été édictés sur ce sujet⁶, pas même dans la loi sur les archives de 1979.

Les membres du groupe de travail ont souhaité que les modalités de conservation tiennent compte des évolutions techniques pour garantir, dans le temps, l'intégrité et la fiabilité de l'acte archivé. Or, les conditions de conservation décrites au sein de l'avant-projet de décret ne semblent pas répondre à cette nécessité.

→ Par conséquent, le Forum des droits sur l'internet recommande que le sujet de l'archivage soit approfondi et se propose de mener prochainement une réflexion générale sur ce thème.

b) Le groupe de travail a par ailleurs constaté que la création d'une « autorité publique centrale » (APC) agréée par le Ministre de la Justice répond favorablement aux vœux de certains professionnels.

La création de cette autorité emporte néanmoins deux séries de remarques. Il convient tout d'abord de s'interroger sur la possibilité de créer une telle autorité publique centrale par décret. En second lieu, se pose à terme la question de la qualité des personnes assurant le fonctionnement de cette autorité. Sur ce point, il semble nécessaire que certaines actions (remplacement de la signature, migration de l'acte,...) doivent être assurées par des officiers publics appartenant à la profession habilitée pour les accomplir.

→ Le Forum des droits sur l'internet recommande ainsi que les personnes en charge de la conservation des actes au sein de l'autorité publique centrale soient des officiers publics ayant la qualité requise.

Avis particulier :

La société Certeurope envisage plusieurs solutions techniques. Parmi celles-ci, Certeurope propose de créer un système de traitement qui conserve intacte une copie de l'acte tel qu'il a été dressé par l'officier public et qui maintiendrait disponible un avatar de l'acte authentique en « clair » pouvant être consulté quel que soit l'évolution des technologies. Certeurope propose ici de conserver une copie de l'acte sous format papier. La maintenance de l'avatar de l'acte (ses conversions dans différents formats) devra bien entendu être garantie par l'APC. Certains éléments devront également être maintenus (date électronique de l'acte si besoin est, et algorithmes de vérification de signature...)

⁶ Il convient de noter que des conditions de conservation des archives électroniques ont pu être précisées dans la circulaire concernant la « Taxe sur la valeur ajoutée. Obligations des assujettis. Obligations relatives à l'établissement des factures » (Bulletin Officiel des Impôts, 3 C.A., N° 136 du 7 août 2003) prise en application des articles 289, 289 bis du CGI et L. 102 C du LPF (transposition de la directive concernant la facture électronique). Cependant, le caractère limité et particulièrement précis de ces conditions d'archivage empêche de les retenir comme principes généraux de conservation des archives électroniques.

VI. Recommandations et remarques diverses

a) A propos de la « pagination » mentionnée à l'article 2§2 : le groupe de travail s'interroge sur l'utilité d'imposer une pagination au niveau du système de traitement et de transmission de l'information agréée. Outre le fait que la pagination n'est pas nécessaire pour un document dématérialisé, celle-ci sera assurée par le logiciel permettant de créer l'acte ou de gérer la conversion du format analogique de l'acte en format numérique. Les membres du groupe de travail craignent qu'une telle formulation suggère que chacune des pages soit paraphée, ce qui n'est guère envisageable dès lors que la signature électronique est apposée sur l'ensemble du document.

→ Le Forum des droits sur l'internet recommande que soit supprimés de l'article 2 §2 les termes : « il doit permettre d'opérer la pagination de l'acte ».

b) A propos de la « datation » mentionnée à l'article 2§2 : le groupe de travail souhaite savoir à quoi se rapporte précisément la datation évoquée. S'agit-il d'un simple horodatage ou s'agit-il de la date inscrite dans le document par l'officier public lui-même ? Sur ce point le groupe de travail estime qu'il n'est pas opportun de dater la production de l'acte (horodatage). Ce qui importe seul est la date inscrite dans le document par l'officier public.

→ Le Forum des droits sur l'internet recommande que le système garantisse la datation au moment de la signature par l'officier public.

Avis particulier :

La CLCV souligne qu'il sera nécessaire de procéder régulièrement à des mises à jour des systèmes de traitement et de transmission de l'information et que l'agrément délivré par le Ministère de la Justice devra imposer une révision périodique pour être renouvelée.

ANNEXE 1 : COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL
--

Philippe BAZIN, avocat, représentant du Comité Interprofessionnel de Régulation des Echanges Sécurisés (CIRES)

Stéphanie BRUNENGO – BASSO, avocat, Cabinet Brunengo – Basso

Jacques CHARLIN, Notaire, représentant du Mouvement Jeune Notariat

François COUPEZ, Juriste, représentant de la Société Générale

Isabelle DE LAMBERTERIE, Directeur de recherche, Centre national de la recherche scientifique (CNRS)

Fabrice DEVELAY, Huissier de Justice, SCP Charlet-Develay

François RENOU, Directeur technique, CertEurope

David RODRIGUES, Juriste, représentant de l'association Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV)

Observateur de l'administration :

Isabelle VENDRYES, Ministère de la Justice

Rapporteurs :

Jean GONIÉ et **Lionel THOUMYRE**, chargés de mission au Forum des droits sur l'internet

ANNEXE 2 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Françoise BANAT-BERGER, Ministère de la Justice, Chef du service des archives

Jean-François BLANCHETTE, Post-doctoral Fellow, InterPARES Projet

Isabelle DE LAMBERTERIE, Directeur de recherche, Centre national de la recherche scientifique (CNRS)

Fabrice DEVELAY, Huissier de Justice, SCP Charlet-Develay

Isabelle GUYON-RENARD, Juge d'application des peines, Tribunal de grande instance de Nantes

Sylvie JONAS, Avocate, Cabinet Lexvia

Marie-Laure LAFFAIRE, Avocate, Cabinet Lexvia

Isabelle RENARD, Avocate, Cabinet AUGUST & DEBOUZY