

L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONSERVATION DES ACTES AUTHENTIQUES ÉLECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS

Isabelle de LAMBERTERIE

Volume 106, Number 3, December 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045706ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045706ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

de LAMBERTERIE, I. (2004). L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONSERVATION DES ACTES AUTHENTIQUES ÉLECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS. *Revue du notariat*, 106(3), 379–398. <https://doi.org/10.7202/1045706ar>

THÈME 2

Perspectives notariales et technologies de l'information

L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONSERVATION DES ACTES AUTHENTIQUES ÉLECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS

Isabelle de LAMBERTERIE*

- I- L'histoire récente de la valeur probatoire des écrits
et signatures électroniques en droit français 382

- Le principe de la preuve écrite et la conservation du
titre original : la réforme de 1980 et ses suites 382

- La préparation de la loi de 2000 382

- La loi du 13 mars 2000 384

- Les conditions de l'établissement et de la
conservation des actes électroniques : garantie
d'intégrité et procédé fiable 386

- II- Les enjeux des projets de décrets en cours de
préparation : quelles problématiques pour
l'établissement et la conservation d'un acte
authentique électronique ? 388

* Directrice de recherche, CNRS-CECOJI.

Le sens des termes « établissement » et « conservation » des actes authentiques électroniques	389
Acte mixte ou acte tout électronique ?	390
Un et/ou plusieurs décrets ?	390
La prise en compte des questions techniques dans les textes réglementaires	391
Les conditions de l'établissement des actes authentiques électroniques	391
L'identification des parties et de l'officier public.	393
La signature électronique.	394
La conservation des actes authentiques électroniques .	395
Les projets de décrets.	397

Depuis la loi du 13 mars 2000, le Code civil français reconnaît la valeur probatoire des écrits et signatures électroniques qu'il s'agisse d'actes sous seing privé ou d'actes authentiques. Cette reconnaissance s'inscrit dans une histoire du droit de la preuve qui remonte à plus de vingt ans. La question qui se posait à l'époque était de savoir comment assurer la sécurité juridique et le respect des obligations légales dans un contexte où le problème de l'archivage et de la conservation représentait une charge économique difficile à supporter. En 2000, la problématique s'est déplacée et le législateur a voulu intervenir pour créer la confiance dans les supports numériques et dans la signature électronique, dans le but de faciliter – entre autres – leur utilisation pour le commerce électronique. Faciliter l'usage de l'écrit électronique ne pouvait se faire au détriment de la sécurité juridique. C'est pourquoi la reconnaissance de la force probante de ces écrits signés est accompagnée de conditions relatives aux modes d'établissement et de conservation des actes concernés et de leur signature. De plus, l'application aux actes authentiques de la réforme de 2000 a ouvert de nouveaux questionnements sur la pérennisation des actes électroniques et l'archivage électronique.

Aujourd'hui, quatre ans après le vote de la loi, chacun s'accorde à reconnaître l'importance primordiale d'une prise en compte, dès l'établissement des actes, des contraintes relatives à leur conservation à long terme. Les chantiers mis en place par le Conseil supérieur du notariat concernant les actes authentiques électroniques poursuivent, bien entendu, ces objectifs. On notera, aussi, que les questions liées à l'archivage et à la conservation intéressent tous ceux qui d'une façon ou d'une autre ont besoin d'assurer, dans la durée, la pérennisation des écrits numériques.

I- L'HISTOIRE RÉCENTE DE LA VALEUR PROBATOIRE DES ÉCRITS ET SIGNATURES ÉLECTRONIQUES EN DROIT FRANÇAIS

Le principe de la preuve écrite et la conservation du titre original : la réforme de 1980¹ et ses suites

En 1980, le législateur français a introduit une nouvelle exception à l'obligation de conservation de l'original du document écrit². En effet, la multiplication des archives papier due en partie aux obligations de conservation imposée par les délais de prescription, rendait de plus en plus difficiles le stockage et l'accessibilité à ces archives et faisait peser sur les entreprises une charge économique importante. Avec le développement des techniques de reprographie sur microfilm ou autres supports, il était possible de résoudre à la fois le problème de stockage des archives comme celui de rendre plus facilement et rapidement accessible le document pouvant apporter la preuve nécessaire pour justifier l'existence d'un droit.

En ajoutant un nouvel alinéa à l'article 1348 du code civil, le législateur reconnaît, quand le titre original n'a pas été conservé, la possibilité de présenter une « copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable ». Le législateur complète le dispositif en donnant une définition de ce qu'il faut entendre par « durable » : « Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support »³.

Alors qu'il n'était pas question, à l'époque, de reproduction sur des supports numériques, cette réforme – qui ne visait que les actes sous seing privé – posait d'ores et déjà un certain nombre de principes sur les critères à attendre d'un document pour qu'il réponde aux conditions de sécurité technique et juridique lui assurant une force probante : reproduction *indélébile*, modification *irréversible* du support.

La préparation de la loi de 2000

Si la réforme de 1980 a permis de faire un pas important dans la prise en compte des difficultés d'archivage des actes sous seing privé, elle ne permettait pas de régler la question de la valeur

1. F. CHAMOIX, JCP 1981, I, 3008, P. Jestaz, RTDciv. 1980, 820.

2. Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980.

3. Art. 1348 *in fine*.

probatoire des supports informatiques⁴. L'opportunité d'une nouvelle intervention législative ou d'harmonisation des législations (via une directive) s'est alors posée avec acuité dans le courant des années 1980⁵. Les pouvoirs publics français comme les instances européennes ne sont pas restés indifférents au problème⁶. Que ce soit en France, avec un rapport sur « Une société sans papier » ou dans l'Europe des 12 de l'époque, il est apparu sage de laisser chaque droit national gérer – au coup par coup – la prise en compte de la valeur probatoire de ces nouveaux supports sans bouleverser l'économie générale du droit de la preuve. Toutefois, déjà à l'époque, il apparaissait important pour répondre aux besoins de sécurité juridique, de cerner les notions juridiques d'écrit et de signature ainsi que les critères qui permettent de leur reconnaître une crédibilité suffisante : lisibilité, durabilité, intégrité, fiabilité...

C'est donc, un peu plus tard, à la suite d'un travail de réflexion de fond sur les notions d'écrit et de signature électronique⁷ qu'a été établi le projet de loi déposé au Parlement en septembre 1999. Ce projet de loi prévoyait l'introduction de nouvelles dispositions générales en tête du chapitre VI du Code Civil relatif à la preuve des obligations et du paiement. Même si les articles concernés se trouvaient dans des dispositions générales, l'objectif, initialement, était uniquement de traiter de la preuve des écrits sous seing privé. Ce n'est que lors du premier examen du projet initial, par un amendement du Sénat, qu'a été introduite de façon expresse la reconnaissance d'un titre authentique sur support électronique⁸.

-
4. On utilisera comme des synonymes les expressions « informatique », « électronique » ou « numérique ». Même s'il peut y avoir des nuances techniques dans l'usage de ces différents termes, le droit reconnaît en eux à la fois un support et une technique d'écriture.
 5. Voir entre autres, P. LECLERCQ, « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », *Travaux de l'Association Capitant*, 1986 ; Michel VIVANT et al., *Lamy droit de l'informatique*, 1999 ; C. Lucas de LEYSSAC, « Pour une autre définition de la signature informatique », *J.C.P. (E)* 1986.
 6. F. GALLOUÉDEC-GENUIS et al., *Une société sans papier*, Notes et Études documentaires, La documentation Française, 1990 ; I. de LAMBERTERIE, « La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1992, n° 3, p. 641 et s.
 7. « L'introduction de la preuve électronique dans le code civil » par un groupe d'universitaires (dont l'auteur de ces lignes) JCP 1999, I, 182.
 8. Art. 1317 2^e alinéa : « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Dans le même temps la préparation de la directive européenne sur la signature électronique⁹ arrivait à son terme après avoir soulevé de nombreuses questions autour de la notion juridique de signature électronique et son indépendance par rapport à l'un ou l'autre des procédés technique de signature. À la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international) les représentants des États discutaient des grandes lignes de la future loi type sur la signature électronique¹⁰ avec le même souci de neutralité technologique.

La loi du 13 mars 2000

Cette loi s'inscrit dans l'esprit des textes du code civil. Elle se veut aussi concise que possible, se plaçant sur le terrain des principes tout en assurant à travers ces différents articles les modalités d'une transposition de la directive européenne qui venait juste d'être adoptée.

Nous ne reprendrons pas tous les détails de cette loi qui feront encore l'objet d'analyses critiques plus fines et ciblées dans les contributions qui suivent. Nous ne ferons ici que rappeler les grandes lignes qui éclairent le contexte dans lequel sont posées les conditions relatives à l'établissement et la conservation des actes en général et plus particulièrement des actes authentiques.

Après avoir défini la « preuve littérale ou par écrit »¹¹ et « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique »¹², le législateur français reconnaît l'admission en preuve de l'écrit sous

9. Directive 1999/93/CE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. JOCE D13/12 du 19 janvier 2000.

10. Cette loi type a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (85^e séance) le 12 décembre 2001.

11. Art. 1316 : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

12. Art. 1316-4, 1^{er} alinéa : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».

forme électronique¹³ et la même force probante à l'écrit sur support électronique qu'à l'écrit sur support papier¹⁴.

Toutefois, quelle que soit la nature des actes sous seing privé ou authentiques, l'admission en preuve et la force probante d'un écrit sur un support électronique sont soumises à une double condition : d'une part l'identification de la personne dont il émane et d'autre part qu'il *soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*¹⁵. Rien n'est dit sur ce que peuvent être ces conditions si ce n'est leur finalité (garantir l'intégrité).

Pour les actes authentiques, le législateur semble vouloir assurer *a priori* la sécurité juridique. Un *décret en Conseil d'État* fixera les conditions dans lesquelles doivent être *établis et conservés* les actes authentiques électroniques.

Quant à la signature, il est précisé que lorsqu'elle est électronique, elle doit consister « en l'usage d'un procédé *fiable* d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »¹⁶.

Enfin, pour mémoire sans entrer dans le détail, nous indiquerons que le législateur a introduit un renversement de la charge de la preuve de cette fiabilité (présomption simple jusqu'à preuve du contraire) « lorsque la signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État »¹⁷. Sur le fondement de ce dernier article, la France transposera un an plus tard la directive européenne de 1999 en posant le principe d'une présomption de fiabilité de la signature électronique sécurisée quand

13. Art. 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

14. Art. 1316-3 : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

15. Art. 1316-1 *in fine*.

16. Art. 1316-4, 2^e alinéa : « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

17. Art. 1316-4, *in fine* : « La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

celle-ci remplit les conditions posées par le décret de 2001¹⁸ et ses textes d'application¹⁹.

Les conditions de l'établissement et de la conservation des actes électroniques : garantie d'intégrité et procédé fiable

Comme nous venons de le voir, le législateur pose un certain nombre de conditions pour reconnaître la valeur probatoire des supports et signatures électroniques. Certaines de ces conditions s'appliquent aux actes authentiques comme aux actes sous seing privé. Que veut dire « conditions de nature à en garantir l'intégrité » ? Qu'est-ce qu'un procédé fiable d'identification ? Ces questions renvoient à des notions très générales comme l'intégrité ou la fiabilité et nous tenterons d'ouvrir quelques pistes pour cerner le sens juridique qui peut leur être donné.

On doit tout d'abord se demander à quoi se rapporte l'intégrité. S'agit-il de l'intégrité du support ? De l'intégrité du contenu informationnel ou encore de l'intégrité du processus de conservation du support comme du contenu ? Ou encore les trois à la fois ?

La Cour de cassation, dans son arrêt du 2 décembre 1997, fait référence autant à l'intégrité du support que de l'acte lui-même : « [...] l'acte [...] peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiés ou ne sont pas contestées »²⁰.

Nous retiendrons la demande de garantie d'intégrité comme s'appliquant autant au support qu'au contenu ou aux procédés de conservation. Toutefois ces garanties renvoient chacune à des caractéristiques différentes de l'écrit électronique. S'il s'agit de

18. Voir I. de LAMBERTERIE et J.F. BLANCHETTE, « Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique : lecture critique, technique et juridique », *JCP entreprises et Affaires* n° 30, 26 juillet 2001, 1269 et s.

19. Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, JO du 19 avril 2002, p. 6944, Arrêté du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, JO 8 juin 2002 p. 10223.

20. Cass. com. 2 décembre 1997, SA Descamps c/SA Banque Scalbert Dupont JCP éd. G 1998, II, 10097, obs. L. Grynbaum ; Dalloz 1998 JP 192, obs. Martin.

l'intégrité du support on peut se demander comment situer cette notion par rapport à celles de fidélité et de durabilité qui ont été introduites dans le Code civil à propos des copies du document original. Est réputée durable : « [...] toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support »²¹. Par durable on entend ici, comme dans le vocabulaire courant, l'idée de durée (qui dure longtemps) et de stabilité²². Le terme *intégrité* ne renvoie-t-il pas à la notion d'inaltérable ? Ce qualificatif est le plus souvent attaché à des supports qui ne peuvent être altérés, qui présentent un caractère constant et immuable. Cette condition est présumée être remplie par des supports comme le bronze ou la pierre. Qu'en est-il des supports dits immatériels ?

L'intégrité, bien entendu, vise l'acte lui-même et son contenu. C'est l'immutabilité de l'acte qui est visé et ce sont alors les notions de fidélité et de fiabilité qu'il convient de cerner pour apprécier l'intégrité. L'intégrité peut viser, enfin, les procédés d'archivage. Il faudrait alors établir que tout a été fait pour respecter le contenu conservé. Comment concilier une telle exigence d'« intégrité » et garantir l'accessibilité au contenu ? En effet, pour assurer la conservation de l'acte et de l'intégrité du support électronique, il s'avère nécessaire, depuis déjà plusieurs années, d'opérer des migrations sur de nouveaux supports sans lesquelles le contenu du document ne serait plus accessible.

Quant à la notion de fiabilité elle caractérise un objet ou une personne en qui on a confiance, à qui on peut se fier. Parler de fiabilité²³, c'est dire que ni l'origine ni le contenu de l'écrit n'ont été falsifiés. Se pose alors le problème de la vérification de cette fiabilité. Pour que soit reconnue la valeur probatoire de l'écrit électronique, il faut – comme pour tous les écrits – que l'intégrité et l'imputabilité soient *vérifiées* ou *non contestées*.

Il est intéressant de relever que la vérification renvoie à une preuve positive de ceux qui produisent l'acte. La « non-contestation » renvoie à une présomption : la force probante de l'écrit est présu-

21. Voir *supra*, art. 1348 al. 2 du Code civil.

22. Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, 1998.

23. Voir J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents requise à des écrits sous seing privé », *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*, 1988, H (nov.) et I (déc.) : « Si l'écrit occupe le sommet dans la hiérarchie des procédés de preuve, c'est aussi en raison de sa réputation de fiabilité ».

mée s'il n'est pas contesté. Peut-on en déduire que la vérification de l'intégrité ou de l'imputabilité ne s'impose pas si celles-ci ne sont pas contestées ?

Cette dernière question, comme celles qu'ont soulevées les réflexions ci-dessus sur les critères à prendre en compte pour cerner le respect des conditions de recevabilité des écrits électroniques n'ont pas laissé indifférents ceux qui travaillent, depuis le vote de la loi de 2000, à préparer des conditions appropriées et plus précises pour l'établissement et la conservation des actes authentiques.

II- LES ENJEUX DES PROJETS DE DÉCRETS EN COURS DE PRÉPARATION : QUELLES PROBLÉMATIQUES POUR L'ÉTABLISSEMENT ET LA CONSERVATION D'UN ACTE AUTHENTIQUE ÉLECTRONIQUE ?

Nous ferons pour commencer un constat préalable : l'acte authentique électronique n'était pas, en 2000, uniquement une vue de l'esprit de certains parlementaires futuristes. Il correspondait d'ores et déjà à une réalité. Toutefois, cette réalité était (est encore) le plus souvent limitée à une étape ou une phase de la vie de l'acte authentique. La plupart des acteurs concernés par les actes authentiques ont depuis un certain temps engagé des expériences de numérisation des actes authentiques. Le support informatique est, aujourd'hui, utilisé très largement pour la rédaction des actes. Toutefois la signature des actes reste l'un des obstacles à une chaîne ininterrompue du processus de numérisation. La conservation est aussi à l'ordre du jour à travers beaucoup de projets et déjà certaines expériences. Elle pose le problème du rapport au temps des supports et procédés utilisés. Elle soulève des problèmes d'organisation qui imposent une réflexion depuis la phase d'établissement de l'acte.

Face à ce constat, avant de fixer – par décret – les conditions d'établissement et de conservation des actes authentiques, la Direction des Affaires Civiles et du Sceau a souhaité que soit menée une réflexion préalable sur les questions que soulèvent l'établissement et la conservation des actes authentiques électroniques. Cette réflexion préalable a été confiée à un groupe de travail²⁴ qui, dans le

24. Cette mission est la deuxième expérience de travail collectif sur le droit de la preuve. Un premier groupe de travail avait procédé à une réflexion sur l'écrit et la signature électronique qui a servi à la préparation de la loi du 13 mars 2000.

cadre du Groupement d'intérêt public (GIP) Droit et Justice, a réuni des représentants des acteurs concernés par la production des actes authentiques (magistrats, greffiers, notaires, officiers d'état civil, huissiers, avocats), des spécialistes de la conservation et de l'archivage, des universitaires et des chercheurs et, bien entendu, des experts des différentes technologies susceptibles d'être utilisées. Les résultats²⁵ des travaux de ce groupe serviront de trame aux développements qui suivent sur les problématiques de l'établissement et de la conservation des actes authentiques. On donnera pour terminer quelques indications sur les grandes lignes des projets de décrets, ceux-ci étant encore en gestation à l'heure où ces lignes sont écrites (décembre 2004).

Le sens des termes « établissement » et « conservation » des actes authentiques électroniques

La question s'est posée de savoir s'il fallait ou non entendre *stricto sensu* les termes « établissement » et « conservation ». Il est apparu au groupe de travail qu'il fallait les entendre comme recouvrant toutes les phases de la vie de l'acte authentique : la réception des déclarations, la rédaction de l'acte, sa signature constituent les différentes phases de l'établissement initial de l'acte. La finalité de la conservation des actes authentiques a principalement pour intérêt de rendre possible leur délivrance aux intéressés. En effet, ceux-ci peuvent se prévaloir de la force probante particulière de ces actes auprès de tiers ou de l'administration. L'acte authentique est généralement appelé à être communiqué et, éventuellement, mis à jour ou complété en marge. Certains de ces actes peuvent aussi être complétés par des mentions.

Ces deux aspects de la vie d'un acte soulèvent des problèmes de gestion. Ces derniers couvrent aussi bien les moyens mis en œuvre pour assurer l'intégrité de l'acte à court terme (tenue des registres) que ceux de sa communication. Derrière ces questions émerge un besoin d'amélioration des conditions d'établissement et de mise à jour des actes authentiques électroniques dans des conditions répondant aux critères de sécurité juridique attendue. On ne peut non plus donc échapper à la question de savoir s'il est

25. Voir I. de LAMBERTERIE (dir.), *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique et prospective*, La documentation française, avril 2002, 279 p.

souhaitable ou non de proposer un cadre commun, à l'ensemble des actes authentiques électroniques, complémentaire des décrets spécifiques à chaque type d'acte.

Si dans le cadre de cette analyse, c'est principalement l'acte notarié qui nous intéresse, il nous faut le replacer dans le contexte plus large de l'ensemble des actes authentiques qui nous renvoie à la notion cadre d'authenticité.

Acte mixte ou acte tout électronique ?

Ce sont les arguments économiques qui sont surtout utilisés pour justifier un système qui ferait disparaître le papier tant pour l'établissement que pour la conservation des actes authentiques. Toute rupture de charge (passage d'un support électronique à un support papier et vice-versa) représente un coût induit. Par ailleurs, les risques d'erreur de saisie et de re-saisie ne sont pas à négliger.

Enfin, les partisans du passage au tout électronique invoquent le fait que ce support ne présente pas plus de risques que le support papier à condition que les garanties soient apportées par la technique utilisée.

Mais cette position ne tient pas compte des craintes liées à l'avenir des supports, et à leur obsolescence rapide, obstacles à une perspective de conservation pour une durée illimitée.

Par ailleurs, la question des difficultés de mise en œuvre des signatures électroniques sécurisées surtout pour les parties concernées ne peut laisser indifférent. Le pragmatisme et la prudence invitent à privilégier une coexistence dynamique des différents supports plutôt que d'imposer un passage automatique – en force – à l'acte authentique électronique.

Un et/ou plusieurs décrets ?

Comme on a pu l'évoquer, l'acte authentique électronique ouvre l'opportunité de rappeler les principes de l'authenticité quel que soit le type d'acte. En effet, le texte de l'article 1317, comme les articles suivants, concernent tous les types d'actes authenti-

ques. Par conséquent, il s'avère nécessaire, voire indispensable, de traiter sur les mêmes bases des points communs à tous les actes authentiques. Ces raisons justifient pleinement la rédaction d'un décret général qui ouvrirait sur d'autres textes propres à chaque type d'actes. Ce décret général pourrait aider à préciser le sens de l'article 1317 et, pourquoi pas, rappeler le principe de l'authenticité.

La prise en compte des questions techniques dans les textes réglementaires

Dès qu'il est question de « technique » se pose la question de savoir comment les textes juridiques doivent se positionner par rapport à l'une ou l'autre technique. La directive signature électronique et son décret de transposition montrent les limites de l'indépendance technologique des textes juridiques.

Faut-il pour les actes authentiques établir une « norme » ou recommander une *technique* ou un *procédé* dans un décret fixant les conditions d'établissement et de conservation de ces actes ? Si mettre l'accent dans le décret général sur la qualité du support (durabilité, lisibilité) ainsi que sur l'intégrité du contenu et sa durabilité ou encore la fiabilité de la signature électronique se justifie pleinement, la diversité des procédés comme la rapidité d'évolution des techniques invitent à rester prudent et à veiller à la neutralité technologique du texte.

Les conditions de l'établissement des actes authentiques électroniques

Le terme « établi » se rapporte aux conditions de rédaction de l'acte et de son authenticité, c'est-à-dire celles relatives à l'intervention des différentes personnes intéressées à l'acte et, plus particulièrement, l'officier public sous l'autorité et la responsabilité duquel les comparants et les témoins interviennent. Pour résumer, le mot « établi » paraît équivalent à « créé ». Quel que soit le terme (établir ou créer), la question relève des conditions posées pour l'authenticité. Comment transposer les solennités requises ? Comment traiter des différentes signatures électroniques ?

Lors de la discussion parlementaire, la ministre de la Justice a dit expressément l'intérêt d'une réflexion sur le formalisme électronique :

La forme électronique ne doit pas remettre en question les garanties particulières dont l'acte authentique est revêtu. Il faut trouver un formalisme électronique qui se substituera aux exigences actuelles liées au support papier et qui permettra à l'officier public de rester le témoin privilégié de l'opération constatée dans l'acte.²⁶

Il convient donc de reconnaître que l'acte authentique électronique ne remet pas en cause le principe d'un formalisme. Pour ce formalisme « à trouver » les exigences sont-elles les mêmes que pour l'acte authentique sur support papier ? Les propos de la Ministre semblent apporter une réponse : *le formalisme à trouver* ne doit traiter que des modalités selon lesquelles est dressé l'acte et non pas des conditions requises pour la solennité de l'opération constatée par l'acte. Se posent donc les questions de la présence de l'officier public, de celle des parties, des signatures électroniques, enfin de questions connexes touchant à l'établissement des actes (doubles registres, copie et original...).

La possibilité d'utiliser les capacités des technologies de l'information pour une déclaration ou une lecture de l'acte à distance a été évoquée. Depuis longtemps il aurait été possible avec une caméra (vidéoconférence) ou tout simplement un téléphone de procéder à ces formalités.

Ce serait méconnaître que la présence de l'officier public est une condition substantielle de l'authenticité. Sa fonction de témoin (témoin du consentement des époux, du consentement des parties, d'autres déclarations diverses) lui permet de dresser l'acte sur lequel sont constatés ces déclarations ou ces consentements. Il est témoin privilégié car il *procède à des vérifications et atteste tout à la fois de l'identité* des parties, de la *réalité de leur consentement*, de la *véracité* et de l'*exactitude* de certaines mentions figurant dans l'acte. Ce qui démarque l'acte authentique notarié de l'acte sous seing privé, c'est la présence physique du notaire qui le reçoit (ou éventuellement de son clerc habilité). Le notaire, officier public intervient comme témoin privilégié : Il est témoin, car il rapporte dans son acte ce qu'il a vu et ce que les parties lui ont déclaré. On notera l'importance de la lecture faite aux déclarants.

26. Onzième législature, Assemblée nationale, Compte rendu intégral, p. 1393 (Séance du 29 février 2000).

Faut-il exiger aussi la présence physique des parties ou du déclarant ? Voulant sauvegarder le principe d'un notaire instrumentaire unique qui atteste de la rencontre des consentements, le Conseil supérieur du notariat recommande expressément le recours à la technique de la procuration. Pour les actes notariés, le consentement des parties qui ne sont pas présentes physiquement pourrait être recueilli au moyen d'une procuration authentique reçue par un autre notaire et transmise au notaire instrumentaire unique. La procuration pourrait être envoyée sous forme électronique – via un réseau sécurisé. Elle serait ensuite annexée à la minute électronique de l'acte.

L'identification des parties et de l'officier public

L'officier public est la personne dont « émane » l'acte authentique. Il doit être « dûment identifié » (art. 1316- 1). L'acte authentique électronique – comme l'acte authentique papier – doit donc contenir les éléments permettant d'identifier celui qui remplit la fonction d'officier public. *L'identification des parties* constitue aussi *une obligation pour l'officier public* dans le processus d'établissement de l'acte authentique électronique. Celui-ci engage sa responsabilité sur la vérification de l'identité des personnes parties à l'acte. Il doit aussi porter sur l'acte lui-même les identités telles qu'il les a reçues et vérifiées. Peut-on imaginer une « identification électronique » ? Il est encore prématuré de penser à une carte d'identité électronique mais rien ne s'y opposerait dans le principe. Toutefois, un point délicat devra être éclairci dès maintenant : un certificat à clé publique utilisable pour la signature électronique²⁷ peut-il être utilisé pour justifier l'identité d'une personne qui est soit déclarante soit partie ? La possession d'un tel certificat suffit-elle à justifier de l'identité d'une personne ? N'est-ce pas à l'officier public de vérifier cette identité et ne doit-il pas pour un acte authentique exiger la production d'autres éléments venant corroborer les indications du certificat ? On mesure les risques que représenterait une présomption de fiabilité qui dégagerait l'officier public de son obligation de vérification. Dans le cadre de l'établissement de l'acte authentique, il engage sa responsabilité et la force probante de l'acte authentique (jusqu'à inscription de faux en écriture) est beaucoup plus forte que celle du certificat (présomption simple).

27. Voir décret de transposition de la directive « signature électronique », précité.

La signature électronique

Comme nous avons pu l'évoquer ci-dessus, le droit positif français distingue la signature électronique de la signature électronique sécurisée. La définition de la signature électronique de l'article 1316-4 laisse ouvertes les conditions et les modalités dans lesquelles cette signature est apposée pourvu que ces conditions et modalités correspondent à l'usage d'un procédé d'identification garantissant le lien de la signature avec l'acte auquel elle s'attache. Dans le décret de 2001, la définition de la signature sécurisée renvoie, elle, à d'autres exigences dont celle de rendre détectables des modifications ultérieures de l'acte signé. La finalité de la signature sécurisée est ainsi, en plus des autres finalités d'une signature (identification – authentification) de *garantir* l'intégrité du document. Ces besoins de sécurité et de garanties s'expliquent et se justifient pleinement dans un univers numérique ouvert pour des échanges à distance entre personnes ne se connaissant pas. Mais l'établissement d'un acte authentique électronique se situe, lui, dans un tout autre contexte. La signature électronique de l'officier public doit attester non seulement de son identité mais aussi de son pouvoir de conférer l'authenticité à l'acte. Il faut que la signature permette cette identification et qu'elle soit apposée de façon à garantir le lien avec l'acte. Elle est un élément de l'acte et ne doit pas pouvoir être dissociée de celui-ci. Il ne fait pas de doute qu'il est souhaitable que d'une façon ou d'une autre, l'accès aux moyens matériels et informatiques permettant l'apposition de la signature soit contrôlable et contrôlé afin qu'il n'y ait pas de risques d'utilisations abusives de la signature. Il s'agit de la même logique que celle qui préside aux dépôts de signature des officiers publics.

Pour les parties, quelle que soit la technique de signature, c'est l'officier public « qui garantit le lien entre la signature et l'acte auquel celle-ci s'attache ». C'est aussi lui qui identifie les parties et qui atteste de leur identité. La présence de l'officier public et l'action de vérification qu'il va mettre en œuvre pour s'assurer de l'identité de la personne qui va signer peuvent-elles être considérées comme un « procédé fiable » ? Certains pourraient penser que par « procédé » on entend uniquement un procédé technique ou industriel. Ce serait réduire les capacités de la loi à laisser ouvertes les interprétations. Dans le dictionnaire Robert « procédé » signifie « méthode employée pour parvenir à un certain résultat » (sens 2). L'officier

public – de par sa fonction – a reçu « l'onction de la puissance publique »²⁸ pour conférer à un acte authentique la force probante qui est la sienne. Sa présence physique active et l'exécution de sa mission de vérification constituent bien un procédé qui remplit les conditions de fiabilité fixées par la loi. Quels que soient les moyens techniques utilisés (simple numérisation des signatures, tablette graphique, écran tactile, carte à puce...) les conditions de l'article 1316-4 sont ainsi remplies du fait même de la présence de l'officier public.

La conservation des actes authentiques électroniques

La question de la conservation peut apparaître comme un problème « classique » qu'il faut régler, principalement, en tenant compte de sa finalité. Ne rencontre-t-on pas des problèmes techniques pour la conservation des registres papier ? Le Conseil supérieur du notariat rappelait à juste titre que la notion de conservation est la même quel que soit le support, et que le souci de la pérennité de l'acte et de son intangibilité (ou intégrité) se trouvent déjà dans les décrets actuels²⁹. Pourtant, la logique de l'usage de l'électronique invite, aussi, à penser autrement la conservation sans transposer, obligatoirement, à ce nouveau support les catégories du papier. Les impératifs de la conservation à long terme peuvent-ils, ainsi, orienter les modalités d'établissement de l'acte authentique ? Comment ? Quelles conséquences doit-on en tirer dans le décret général ? On examinera donc les modalités relatives à l'établissement des actes authentiques qui pourraient soulever des difficultés de conservation. C'est, entre autres, la pérennité d'une signature électronique sécurisée utilisant le procédé de cryptographie à clés publiques qui retiendra particulièrement notre attention compte tenu des conséquences à tirer si ce mode de signature pose des problèmes de conservation.

Pour la phase de conservation à long terme, la difficulté réside dans l'inconnu que présente aujourd'hui l'avenir des supports électroniques. Il faut en assurer une *lisibilité* pérenne à l'acte authentique électronique alors que les instruments informatiques utilisés pour le créer et le décoder ont disparu. Les réflexions qui suivent sont des incitations à la prudence sur le fondement des travaux des

28. Voir Jean-Michel OLIVIER, « L'authenticité en droit positif français », *Les Petites Affiches*, 28 juillet 1993, p. 12-21.

29. Voir par exemple l'article 7 du décret de 1971 relatif aux actes établis par les notaires.

milieux scientifiques concernés³⁰ pour relativiser l'impact de certaines techniques, comme celles utilisées pour la signature cryptographique à clés publiques. Si elles apportent des garanties pour répondre aux risques induits par ceux qui voudraient modifier de façon malveillante des documents, elles ne permettent pas de répondre aux contraintes induites par l'archivage à long terme. Dans l'état actuel de la technique, la pérennité du document peut être assurée par une migration des formats d'encodage liée à un saut technologique, cette pérennité est plus problématique si le document a été « signé » avec un mécanisme de signature électronique sécurisée de type cryptographique. Dans ce cas, il faut assurer non seulement la lisibilité du document mais de plus assurer la pérennité du dispositif de vérification de signature. Sans entrer dans des considérations techniques, la difficulté réside dans le fait que le processus de migration invalide nécessairement la signature cryptographique qui y est associée. En effet, le système de vérification de signature ne peut faire de distinction entre une modification malhonnête et une modification résultant du processus de migration. Face à cette difficulté, on se trouve devant le dilemme suivant : soit on veut assurer la conservation d'un document lisible, il faut alors détruire la signature qui y est attachée ; soit on veut assurer la conservation de la signature et le document archivé sera inintelligible pour les générations futures. Plusieurs types de solutions ont été proposées pour résoudre ce dilemme. Mais aucune ne permet d'assurer une garantie de pérennisation de la signature de celui qui a authentifié l'acte en le signant. Certains proposent des « resignatures » ou « sursignatures » mais ce ne sont pas celles de l'origine et même si un nouvel officier public authentifie l'intégrité et la fidélité du document sur son nouveau support, on ne dispose plus de la signature d'origine. D'autres suggèrent la mise en place de systèmes d'archivage centralisés qui apporteront des garanties quant à la fidélité des migrations mais ne résoudront pas la difficulté de conservation de

30. Voir entre autres les travaux de J.F. BLANCHETTE : avec F. BANAT-BERGER, « La dématérialisation des actes authentiques », dans *Comma, International Journal on Archives* (forthcoming, December 2004) ; « La « dématérialisation » du livre foncier d'Alsace-Moselle – Archivistique et preuve électronique », *Document Numérique*, special issue on « Archivage et pérennisation » (forthcoming May 2004), avec D. JOHNSON, « Data retention and the panoptic society : The social benefits of forgetfulness », *The Information Society* 18(1):1-13 (January/February 2002), « Les technologies de l'écrit électronique : Synthèse et évaluation critique, » dans *Les actes authentiques électroniques : Réflexion juridique prospective*, *op. cit.*

la signature initiale. Il semble donc essentiel, lors de l'établissement de l'acte comme dans le cadre d'une politique d'archivage responsable, de tenir compte de ces aléas.

Les projets de décrets

S'il est difficile aujourd'hui de s'avancer sur le détail des textes en préparation, il est néanmoins possible de donner quelques-unes des grandes lignes du décret concernant les actes notariés (modifiant le décret de 1971 relatif aux actes établis par les notaires), du moins sur les questions évoquées ci-dessus.

S'agissant de la présence des parties et de l'acte à distance³¹, le ministre de la Justice a fait connaître de façon explicite sa position dans une réponse ministérielle en juillet 2004³² :

Une disposition spécifique sera consacrée à l'établissement à distance de tels actes afin de permettre à chacun de profiter pleinement des potentialités offertes par l'environnement numérique. En ce cas, le consentement de la partie absente chez le notaire instrumentaire sera recueilli par un autre notaire se trouvant à distance. L'acte ainsi établi présentera la sécurité juridique propre à tout acte authentique.

Le décret pourrait reconnaître aussi la possibilité de maintenir les actes sur papier et les actes électroniques. Pour les actes sur supports électroniques, le notaire aurait à utiliser un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le ministre de la Justice et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte. Quant à la signature, le régime serait différent suivant qu'il s'agit de celle du notaire ou de celle des parties ou témoins. Le premier utilisera une signature électronique sécurisée, les autres un procédé graphique permettant l'apposition à l'écran de l'image de leur signature manuscrite, ce procédé étant agréé par le ministre de la Justice. Enfin, tout porte à croire que la conservation sera assurée, dans un minutier central, établi et contrôlé par le Conseil supérieur du notariat après agrément du ministre de la Justice et de la Direction des archives de France. Il

31. Voir aussi sur ce point M. GRIMALDI et B. REYNIS, « L'acte authentique électronique », *Les Petites Affiches*, 6 novembre 2003, n° 222, p. 3-13.

32. Réponse publiée au JO le 27 juillet 2004, p. 5857.

n'en reste pas moins indispensable que l'institution en charge de la conservation réponde aux besoins de sécurité que génèrent les supports informatiques : établissement d'un format pérenne de conservation qui ne soit pas lié à un système technique donné, réalisation des migrations régulières tout en garantissant l'absence de modifications des contenus migrés³³. C'est du respect de ces conditions que dépendra la confiance dans l'acte notarié électronique.

En conclusion, comme nous l'avons vu, l'acte authentique électronique ne devrait pas bouleverser les grands principes du formalisme imposé par le statut de ces actes. Au contraire, les réflexions préparatoires à ces nouveaux textes ont été l'occasion de repenser ces notions fondamentales dans le respect des principes. Par ailleurs, le lien entre établissement et conservation des documents électroniques qui a été plus spécialement soulevé à propos des actes authentiques, concerne aujourd'hui tous les types d'actes et suscite aujourd'hui des réflexions concernant toutes les professions et tous les secteurs d'activité³⁴.

33. M. GRIMALDI, B. REYNIS, *op. cit.*

34. Dans le cadre d'une initiative conjointe du Forum des droits sur l'Internet et de la mission de l'Économie numérique du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, un groupe de travail « conservation électronique des documents » a été mis en place en 2004. Il devrait rendre compte de ses conclusions mi-2005.