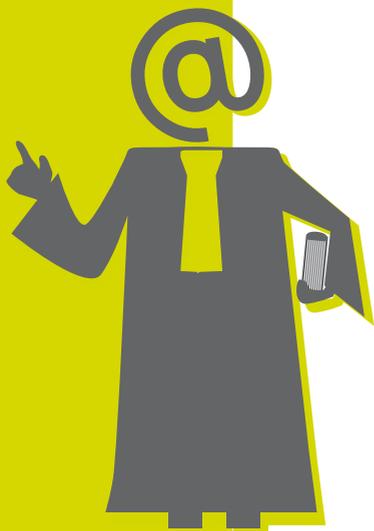




Fédération Nationale des
Tiers de Confiance

VADEMECUM JURIDIQUE DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS

3^{ème} édition



COLLECTION
LES GUIDES DE LA CONFIANCE
DE LA FNTC

Par le cabinet d'Avocats Caprioli & Associés (Paris, Nice)
www.caprioli-avocats.com
Sous la direction de Eric A. Caprioli, Avocat à la Cour,
Directeur en droit, Vice-Président de la FNTC

DANS LA COLLECTION LES GUIDES DE LA CONFIANCE DE LA FNTC,



Guide de la Facture électronique (janvier 2010)



Du mandat au mandat électronique (décembre 2009)



Vade-mecum juridique de la dématérialisation des documents (avril 2009)



Guide du vote électronique (avril 2009)



Guide de la signature électronique (septembre 2008)



Guide de la dématérialisation des marchés publics (édition déc. 2006)



Guide de l'horodatage (édition oct. 2004)

© Copyright avril 2010

Le présent document est une œuvre protégée par les dispositions du code de la propriété Intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, notamment par celles relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur, ainsi que par toutes les conventions internationales applicables. Ces droits sont la propriété exclusive de la FNTC (Fédération Nationale des Tiers de Confiance). La reproduction, la représentation (y compris la publication et la diffusion), intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit (notamment électronique, mécanique, optique, photocopie, enregistrement informatique), non autorisée préalablement par écrit par la FNTC ou ses ayants droit, sont strictement interdites.

Le code de la propriété intellectuelle n'autorise, aux termes de l'article L.122-5, d'une part, que « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration : « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* » (article L.122-4 du code de la propriété intellectuelle).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait une contrefaçon sanctionnée notamment par les articles L. 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.



PRÉFACE

En 2010, la dématérialisation a plus que jamais le vent en poupe.

Depuis près de dix ans, la Fédération Nationale des Tiers de Confiance œuvre pour rassembler les acteurs de la confiance au service de l'économie numérique. Un de ses objectifs : renforcer la confiance et la sécurité tant attendues par le marché pour gagner en compétitivité. Une de ses réponses : élaborer des guides de bonnes pratiques, des référentiels, puis labelliser ceux qui respectent lesdits référentiels.

C'est ainsi qu'il y a deux ans, en mars 2008, sortait la 1ère édition du vade-mecum juridique de la dématérialisation des documents, actualisé en 2009. Au vu du succès remporté et des nombreuses évolutions juridiques intervenues en 2009, il nous a semblé indispensable que les acteurs et utilisateurs de l'économie numérique puissent bénéficier de cette 3ème édition.

La mission de la FNTC consiste également à sensibiliser les entreprises aux avantages des échanges numériques sécurisés et entretenir un dialogue permanent avec les pouvoirs publics. C'est ainsi que la FNTC est fière d'être partenaire depuis février dernier avec le Secrétariat d'Etat à l'économie numérique sur le label IdéNum (label décentralisé de certification des internautes), solution alternative à la Carte Nationale d'Identité Electronique et qui sera opérationnel en 2011.

Jean Saphores
Président de la FNTC



INTRODUCTION

La dématérialisation des documents et des échanges se généralise pour tous les domaines de la vie des entreprises et des autorités administratives. Les contrats commerciaux et de consommation, les factures, les bulletins de paie, documents RH, les marchés publics, la TVA, les impôts sur le revenu en passant par le vote dans les assemblées générales d'actionnaires ou les élections des instances représentatives du personnel (IRP) : on ne compte plus les applications liées à la dématérialisation et leurs extensions européenne et internationale. Toutes les entités privées ou publiques ont désormais pignon sur web et elles entendent échanger avec leur environnement par les réseaux numériques, sans pour autant se priver de l'utilisation d'autres technologies (à savoir via le mobile, SMS, MMS, les cartes avec et sans contact, etc.). En 2008 le chiffre d'affaires de l'ensemble des sites de ventes en ligne a progressé de 25% par rapport à l'année 2007 pour atteindre 20 milliards d'euros¹. Avec le numérique, la dématérialisation s'inscrit résolument dans une perspective de développement durable des entreprises et son impact sur l'environnement ne peut être contesté, alors même que ne seront véritablement probants les bénéfices pour l'environnement papier seront devenues marginales qu'au moment où les impressions et exceptionnelles. Pour aller en ce sens, des mesures législatives et réglementaires pourraient être prises par les pouvoirs publics afin de mettre aux entreprises de détruire les originaux papier lorsqu'elles ont des copies numériques fidèles et durables et, pourquoi pas, encourager la réduction progressive des flux de documents papier.



Mais avant d'aller plus loin, il faut s'interroger sur ce que recouvre la notion de dématérialisation ? On entend communément le fait de transformer un document donné ou un flux de documents papier, ainsi que les traitements qui lui sont appliqués, en document, flux et traitements numériques. Pour atteindre cet objectif, la dématérialisation cherche à conserver en électronique une valeur juridique équivalente aux documents papier quels que soient leur support et leur moyen de transmission, ainsi que leurs modalités d'archivage.

Aujourd'hui, la dématérialisation représente pour notre société un enjeu majeur dans les domaines économiques, sociaux et technologiques. Elle suppose un encadrement par des règles juridiques claires et cohérentes entre elles et par rapport à l'ensemble des règles de droit commun avec lesquelles elles interagissent afin d'instaurer la confiance et la sécurité qu'attendent les utilisateurs de ces techniques. Dans la pratique, cependant, la dimension juridique ne se résume pas à la conformité juridique du procédé ou du service d'échanges électroniques (audit ou opinion juridique) ou à la phase contentieuse. Elle doit également être présente lors la phase de conception et de mise en œuvre du projet à côté des aspects informatique et sécurité, métier, marketing et organisation, afin de contribuer à l'établissement des spécifications fonctionnelles et de la documentation juridique et technique (politiques de certification et d'archivage, contrats clients et partenaires, analyse de risques et assurances, ...) à préparer. Cette association imbriquée du droit, de la technique et de l'organisation constitue un pré-requis essentiel pour la bonne fin du projet. C'est une des ambitions de la Fédération Nationale des Tiers de confiance que de contribuer à présenter la dématérialisation en l'envisageant sous ses différentes composantes dont le juridique est une composante décisive tant du point de vue stratégique que des risques encourus .

Actuellement, on peut estimer que les technologies et les solutions sont disponibles sur le marché, que le cadre juridique est quasiment complet et que tous les documents (hormis encore quelques exceptions résiduelles) peuvent être dématérialisés que ce soit dans la sphère privée (I^o) ou dans la sphère publique (II^o).

Eric A. Caprioli, Avocat à la Cour, Vice-président de la FNTC.



SOMMAIRE

6	<u>II/ La dématérialisation dans la sphère privée (B to C et B to B)</u>
6	<u>A. Le contrat sous forme électronique (acte juridique électronique)</u>
	1. <i>La notion d'écrit sous forme électronique</i>
	a) En matière probatoire
	b) En matière de validité d'un acte juridique
	2. <i>La notion de signature électronique</i>
	3. <i>La distinction entre l'original et la copie électroniques</i>
	4. <i>La gestion de preuve</i>
10	<u>B. Le contrat par voie électronique (commande en ligne)</u>
	1. <i>Le processus de contractualisation en ligne</i>
	2. <i>Le paiement électronique</i>
14	<u>C. Dispositions communes</u>
	1. <i>L'archivage électronique</i>
	a) Les documents signés
	b) Les processus de contractualisation en ligne
	2. <i>Les conventions sur la preuve</i>
19	<u>D. Domaines d'application de la dématérialisation</u>
	1. <i>Le droit social</i>
	2. <i>La facture électronique</i>
	3. <i>Les services de banques électroniques : l'exemple des relevés de compte</i>
	4. <i>Les envois électroniques recommandés</i>
	5. <i>Le vote électronique</i>
	a) Le vote électronique au sein des Assemblées générales d'actionnaires
	b) Le vote électronique au sein des ordres professionnels à travers l'exemple des avocats
	c) Les élections de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise
	6. <i>La billetterie dématérialisée</i>
	7. <i>Le Contrat d'assurance</i>
	8. <i>La gestion et l'archivage des courriers électroniques</i>
28	<u>II. La dématérialisation dans la sphère publique</u>
29	<u>A. L'ordonnance du 8 décembre 2005 et les décrets relatifs aux Référentiel général d'interopérabilité (RGI) et au Référentiel général de sécurité (RGS)</u>
30	<u>B. Les téléprocédures</u>
34	<u>C. Les marchés publics passés par voie électronique</u>
37	<u>D. L'archivage électronique des archives publiques</u>
40	<u>E. La Carte Nationale d'Identité Electronique</u>
42	<u>F. Le Label IdéNum</u>

I. La dématérialisation dans la sphère privée (B to C et B to B)

A. Le contrat sous forme électronique (acte juridique électronique)

1. La notion d'écrit sous forme électronique

En droit, les actes juridiques s'envisagent de deux manières : sur le plan de la preuve (ad probationem) et sur celui de la validité (ad validitatem).

Il est nécessaire de préciser à ce stade que l'article 1341 du code civil et un décret modifiant la procédure civile du 20 août 2004, disposent que la preuve peut être apportée par tout moyen jusqu'à 1.500 euros et qu'au-delà, il faut une preuve littérale².

a) En matière probatoire

« Ne pas être et ne pas être prouvé, c'est tout un » dit l'adage. La preuve est essentielle en droit car toute prétention juridique passe par une exigence de justification des droits. Cela se traduit par l'intervention d'un tiers (le juge) et la nécessité de le convaincre sur la base de faits pertinents qui permettent de déduire les conséquences juridiques posées par une règle de droit. Avec les technologies de l'information et de la communication (TIC), de nouvelles règles ont été posées en matière d'actes juridiques (ex. : les contrats).

La loi n°2000-230 du 13 mars 2000³ portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a intégré l'écrit sous forme électronique dans le dispositif probatoire en insérant l'article 1316-1 dans le Code civil. Cet article dispose que : « 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 ».

De cette définition, découlent deux fonctions juridiques essentielles de l'écrit sous forme électronique pour être admis en tant que preuve. Premièrement, l'auteur de l'acte doit pouvoir être dûment identifié, c'est-à-dire que le destinataire doit être en mesure de vérifier son identité au moyen d'éléments techniques suffisamment fiables associés au procédé de signature électronique (certificat électronique d'identification d'une personne). Deuxièmement, l'acte doit avoir été établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. L'intégrité des écrits sous forme électronique qui doit être assurée pendant toute leur durée de conservation constitue la pierre angulaire du dispositif **probatoire en matière électronique**.

b) En matière de validité d'un acte juridique

En ce qui concerne les exigences à des fins de validité des actes juridiques (par exemple, les contrats qui imposent des exigences de forme), la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁴ a introduit, dans le Code civil, les articles 1108-1 et 1108-2 relatifs à la validité des actes juridiques conclus sous forme électronique. Ainsi, l'article 1108-1 du Code civil dispose que : *« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.*

² Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, J.O. n° 195 du 22 août 2004 en vigueur le 1er janvier 2005, p. 15 032.

³ J.O. n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968. V. E. A. Caprioli, *Écrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-230 du 13 mars 2000*, JCP, éd. E, Cah. Dr. Entrep., n°2, année 2000, p. 1 et s. Sur les aspects juridiques de la signature, de l'écrit sous forme électronique et de l'archivage électronique, voir les documents publiés sur le site : www.caprioli-avocats.com.

⁴ J.O. du 22 juin 2004, p. 11168 et s.



Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même »⁵. A défaut d'écrit requis comme condition de validité de l'acte (ex : contrat de crédit à la consommation, statuts de société, etc.), la valeur juridique de ces actes pourrait être remise en cause. On peut d'ailleurs remarquer ici que le législateur renvoie aux articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sur la preuve pour caractériser et définir les conditions d'établissement et de conservation de ce type d'écrit.

Toutefois, tous les actes ne peuvent pas être dématérialisés. L'article 1108-2 du Code civil énonce que certains actes sous seing privé considérés comme graves et où l'écrit est exigé pour leur validité sont exclus. Sont ainsi concernés par cette exception :

d'une part, « les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions » (par exemple : contrat de mariage, adoption, convention préalable au divorce par consentement mutuel...); et d'autre part, « les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession » (par exemple, le cautionnement, ...).

2. La notion de signature électronique ⁶

L'article 1316-4 du Code civil relatif à la signature caractérise, au même titre que l'article 1316-1 du Code civil propre à l'écrit sous forme électronique, la recevabilité d'un acte sous forme électronique. La signature - et plus particulièrement la signature électronique - apparaît donc comme un élément fondamental de l'écrit sous forme électronique.

L'article 1316-4 du Code civil dispose que : « 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.

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. 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'Etat ». Le procédé d'identification de la signature électronique doit être fiable – comme le rappelle la jurisprudence⁷ - et doit garantir le lien avec l'acte auquel elle s'attache. Le décret en Conseil d'Etat en question, à savoir le décret n°2001-272 du 30 mars 2001⁸ pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil, a trait à la signature électronique sécurisée, une catégorie particulière de signature électronique.

Son article 1er al. 2 énonce qu'une signature électronique sécurisée est une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes :

- être propre au signataire ;

5 Voir Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, note Eric A. Caprioli, C.C.E, Juillet-août 2008, comm. 97 ; C.C.E. Juin 2008, comm. 80.

6 Voir le Guide de la signature électronique, Collection « Les Guides de la confiance de la FNTC », 2008, disponible sur le site www.fntc.org mais aussi Eric Caprioli, Signature et confiance dans les communications électroniques en droit français et européen, in Libre droit, Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 155 et s., disponible sur le site www.caprioli-avocats.com.

7 En ce sens, à propos d'une signature scannée (non admise), CA Besançon, 20 oct. 2000, JCP éd. G, 2001, II, 10606, p. 1890 et s., note E. A. Caprioli et P. Agosti ; confirmé par la Cour de cassation le 30 avril 2003, Bull. civ. 2003, n°118, p. 101 et s. (disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr).

8 Décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, JO du 31 mars 2001, p. 5070. V. Eric A. Caprioli, Commentaire du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, Revue de Droit Bancaire et financier, Mai/juin 2001, p. 155 s. ; v. égal. Laurent Jacques, Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, J.C.P. éd. E, 2001, Aperçu rapide, p. 1601 ; F. Coupez, C. Gailligüe, Vers une signature électronique juridiquement maîtrisée. A propos de l'arrêté du 31 mai 2002, C.C.E., novembre 2002, p. 8 et s.

- être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

L'article 2 de ce décret pose, quant à lui, les conditions qui permettent de présumer fiable un procédé de signature électronique. Ainsi, pour bénéficier de la présomption, ce procédé doit mettre en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et la vérification de cette signature repose nécessairement sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié. Si la signature électronique sécurisée ne garantit pas ces deux conditions cumulées, alors la présomption ne sera pas reconnue, et elle sera soumise au même régime qu'une signature électronique simple.

Bien qu'il existe une distinction entre la signature électronique « simple » et la signature électronique sécurisée présumée fiable, les deux types de signature électronique ont la même valeur juridique dès lors qu'elle repose sur l'utilisation d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache (art. 1316-4 al.2 du Code civil). Seule la charge de la preuve est inversée. Pour une signature électronique sécurisée présumée fiable, la charge de la preuve de l'absence de fiabilité du procédé utilisé repose sur celui qui conteste la valeur juridique de la signature (et plus généralement l'acte signé). Pour une signature électronique simple, la charge de la preuve de la fiabilité du procédé utilisé pour signer l'acte en cause repose sur celui qui se prévaut de la signature électronique.

En outre, il faut bien comprendre que tous les types de signatures électroniques « simples » sont valables dès lors qu'elles répondent aux exigences posées par l'article 1316-4 du Code civil, à savoir l'identification du signataire, la manifestation du consentement des parties aux obligations découlant de l'acte et la fiabilité du procédé.

Par exemple, une signature électronique basée sur un certificat « éphémère » ou « à la volée » (valable pour une opération) pourra être reçue devant les tribunaux sous réserve que soient dûment respectées les exigences précédentes. Cette pratique, utilisée de plus en plus fréquemment dans certains produits bancaires (crédit à la consommation...) ou dans d'autres domaines contractuels permet d'assurer une identification suffisamment pertinente pour une opération déterminée d'un client connu de l'établissement, et ce pendant un laps de temps relativement court (de l'ordre de quelques dizaines de secondes). Une fois cette opération terminée, le certificat n'est plus valide et ne peut plus être réutilisé. Il sera archivé dans un fichier de preuve contenant l'ensemble des données démontrant qu'à un instant donné, la signature était valable et qu'elle a produit les effets juridiques escomptés (acceptation des termes du contrat). Le représentant du prestataire technique pourra attester de la fiabilité du certificat électronique (« éphémère » ou « à la volée ») contenu dans le fichier de preuve, le cas échéant, devant le tribunal.

3. La distinction entre l'original et la copie électroniques

La distinction selon laquelle l'écrit doit être considéré comme un original électronique ou comme une copie est importante car le régime juridique applicable est lui-même distinct et sa conséquence est déterminante en cas de litige (incident sur la preuve) : **la hiérarchie des preuves place l'original au dessus de la copie.**

Le titre original se définit comme « *un écrit dressé, en un ou plusieurs exemplaires afin de constater un acte juridique signé par les parties à l'acte (ou par le représentant) à la différence de la copie* »⁹. L'ordonnance du 16 juin 2005¹⁰ prise en application de l'article 26 de la LCEN est venue consacrer juridiquement : une nouvelle fiction juridique, l'original sous forme électronique: « *L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte*

9 Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige PUF, 2003. V° Original.

10 J.O. n° 140 du 17 juin 2005, p.10342.



est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès » (art. 1325, al.5 du Code civil). Cet article renvoie aux articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil déjà en référence pour les écrits requis à titre de validité. En conséquence, les mêmes conditions d'identification de l'auteur et d'intégrité du contenu de l'acte devront être respectées pour l'établissement et la conservation de l'acte. L'acte doit pouvoir être envoyé (aux) ou mis à disposition des parties signataires.

En ce qui concerne la copie, elle se définit comme « toute reproduction littérale d'un original qui, n'étant pas revêtue des signatures qui en feraient un second original ne fait foi que lorsque l'original ne subsiste plus et sous les distinctions établies par l'article 1335 du Code civil, mais dont la valeur est reconnue à des fins spécifiées (notamment pour les notifications), sous les conditions de la loi (copies établies par des officiers publics compétents) »¹¹. Selon l'article 1348 alinéa 2 du Code civil, **à défaut d'original**, la copie, pour pouvoir être retenue par les juges, doit être « la reproduction non seulement **fidèle** mais aussi **durable** » du titre original¹². **La fidélité** n'est pas définie juridiquement ; en revanche, selon la norme AFNOR Z 42-013, un document est fidèle « s'il permet de reconstituer toute l'information nécessaire aux usages auxquels le document d'origine est destiné ». **La durabilité**, quant à elle, est selon l'article 1348 alinéa 2 du Code civil « toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». La copie pourrait donc être tout document (Word, pdf, etc.) transitant sur les réseaux, mais dont l'archivage s'opère conformément aux exigences de la nouvelle version de la norme à laquelle la Fédération Nationale des Tiers de Confiance a largement contribué, et qui a pris effet le 3 mars 2009¹³. En vertu des principes issus des versions antérieures de la norme, l'archivage devait s'opérer sur un support non réinscriptible (disque optique numérique, technologie WORM¹⁴). Au nombre des innovations de la nouvelle version de la norme NF Z 42-013 figure notamment la reconnaissance des WORM logiques (technologie utilisant des supports tels que des disques durs), ainsi que la reconnaissance de la conservation sur des supports réinscriptibles avec les garanties et protections offertes par des moyens technologiques reconnus tels la signature électronique et l'horodatage. Désormais, les écrits originaux, établis sous forme électronique avec les procédés de sécurité associés, sont appréhendés dans toute la diversité des solutions d'archivage électronique utilisées en pratique. La prise en compte de la signature électronique et la définition de plusieurs niveaux d'exigences pour adapter les solutions aux besoins spécifiques constituent dans ce cadre des avancées significatives. La nouvelle norme conserve le chapitre spécifiquement dédié aux Tiers-archivistes qui était déjà présent dans la version antérieure.

Concernant la valeur probatoire d'une copie informatique d'un document, la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation a rendu une décision le 4 décembre 2008¹⁵, au visa des articles 1334, 1348 et 1316-4 du Code civil, dont l'attendu de principe est le suivant : « Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que lorsqu'une partie n'a pas conservé l'original d'un document, la preuve de son existence peut être rapportée par la présentation d'une copie qui doit en être la reproduction non seulement fidèle mais durable ; que selon le troisième, l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Elle a ainsi jugé que la cour d'appel privée de base légale sa décision en ne recherchant pas si le document électronique produit (une copie informatique non signée d'un courrier) par une CPAM répondait bien aux exigences des articles du Code civil visés. En l'espèce, ce qu'a surtout sanctionné la Cour de Cassation, c'est qu'il existait un

11 Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige PUF, 2003. V° Copie.

12 Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige PUF, 2003. « 2. Ecrit en vue de constater un acte juridique ou un acte matériel pouvant produire des effets juridiques ».

13 J.O. n° 48 du 26 février 2009, p. 3444.

14 Pour « Write Once, Read Many », traduit en français dans la norme par « support de stockage permettant de n'écrire qu'une seule fois et de lire plusieurs fois ».

15 Cass. civ. 2ème, 4 décembre 2008, SNC Continent France c/ CPAM de la Marne, pourvoi n° 07-17.622, Note Eric Caprioli, *Communication, Commerce Electronique (Lexisnexis)*, février 2009, n°19, p. 44 et s.

fort indice d'absence de fidélité de la copie produite devant les juges, puisque le logo figurant sur le courrier en principe envoyé en 2003 n'avait été utilisé par la CPAM qu'à partir de 2004.

L'apport essentiel de la notion d'original sous forme électronique introduite à l'article 1325 alinéa 5 du Code civil est donc d'intégrer un élément distinctif essentiel entre l'original et la copie : la signature électronique à laquelle il est fait référence dans l'article 1316-4 du Code civil, mais aussi implicitement à l'article 1316-1 du Code civil.

4. La gestion de preuve

L'écrit sous forme électronique est souvent requis à titre de preuve d'un acte. Les utilisateurs, spécialement les entreprises, doivent fournir un document électronique qui puisse être retenu comme preuve par les tribunaux (mais aussi les médiateurs et les arbitres). Or, il est important de pouvoir arguer de la validité de l'écrit sous forme électronique et par-là de la signature électronique au moment de la signature dudit écrit. Sans cela, la valeur juridique d'un document pourrait être remise en cause.

Pour ce faire, la création d'une Autorité de gestion de preuve (A.G.P.) peut être considérée comme un moyen pertinent et efficace pour vérifier la signature électronique le plus tôt possible après son apposition sur l'écrit sur support électronique et gérer dans le temps la trace de ces vérifications (signature, certificat, chemin de confiance) en établissant une attestation de preuve. Cette dernière établit que la vérification a été effectuée au moment de la signature (horodatage) conformément aux textes en vigueur¹⁶. Elle doit pouvoir emporter la conviction du juge, en cas de litige, quant à la valeur juridique et à la force probante de l'écrit sous forme électronique auquel elle est techniquement liée. Elle devrait être conservée par l'Autorité de gestion de preuve et l'utilisateur (qui la conservera avec le fichier électronique signé contenant le document électronique). L'A.G.P. émet une politique de gestion de preuve (P.G.P) pour fixer ses engagements en termes techniques, de sécurité et juridiques et ceux de ses composantes et des utilisateurs.

B. Le contrat par voie électronique (commande en ligne)

1. Le processus de contractualisation en ligne

Introduit par la LCEN¹⁷, les articles 1369-4 et suivants du Code civil consacrent la conclusion d'un contrat par voie électronique lorsqu'une personne commande un bien corporel ou incorporel ou un service sur l'Internet. Ce processus de contractualisation se distingue du dispositif prévu pour les actes juridiques (art. 1316 et s. du Code civil) en ce que la signature électronique n'est pas requise (mais rien n'interdit de le prévoir) dans l'hypothèse où le montant de l'opération est inférieur à 1.500 euros.

Dans un but de protection des acheteurs, l'article 1369-4 du Code civil impose au professionnel (qu'il soit une personne physique ou une personne morale) les éléments constitutifs de l'offre de contracter, à savoir :

- « *Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;*
- *Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;*

¹⁶ Les articles 1316-1 et suivants du Code civil et l'article 8 de l'ordonnance du 8 décembre 2005 (pour la sphère publique).

¹⁷ Ph. Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Comm. Com. Elect., 2004, Etude 30. , E. A. Caprioli et P. Agosti, La confiance dans l'économie numérique, P. Aff., 3 juin 2005, p 4 s.



- Les langues proposées pour la conclusion du contrat¹⁸ ;
- En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
- Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

Notons que l'offre de contracter engagera le professionnel tant qu'elle sera accessible par voie électronique.

Ensuite, l'article 1369-5 du Code civil établit une procédure à suivre lors d'une commande en ligne. En cas de non-respect des conditions posées, le contrat ne sera pas valablement conclu. L'acceptation de l'offre de contracter par le consommateur se concrétise par un geste électronique tout simple : le fameux « clic » sur une icône ou sur un « oui » ou un « j'accepte ». La manifestation du contentement de l'acheteur est l'élément fondamental du contrat.

Outre le fait que l'acceptation de la proposition doit être expresse, elle doit être éclairée. En effet, concernant les commandes en ligne, dès lors que le client a établi sa commande (par une série de clics), qu'il a « eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation », ce dernier doit la confirmer au « cybervendeur », le contrat est formé avec ce nouveau clic. D'où l'idée du « double clic » plus protecteur pour le consommateur. Cette confirmation constitue le moment de la formation définitive du lien contractuel.

Au surplus, le vendeur « doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée ». Le dernier alinéa de l'article 1369-5 du Code civil précise, en outre, que « la commande [de l'acheteur], la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

Au côté de ces règles applicables aux transactions conclues par un particulier sur un site marchand, deux exceptions sont posées à l'article 1369-6¹⁹ du même Code civil :

- les contrats conclus uniquement par courrier électronique ;
- les conventions conclues entre deux professionnels (principe de liberté de preuve entre commerçants).

On peut dès lors constater l'existence d'une large palette de modalités de contractualisation en ligne, avec ou sans signature électronique.

2. Le paiement électronique

Le paiement est « au sens courant, le versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation de somme d'argent²⁰ ». Cette définition est applicable aux paiements électroniques. La seule différence notable avec le papier et les échanges physiques



¹⁸ On observera que la formulation du 3° de l'article 1369-4 du Code civil marque la fin de l'obligation de l'emploi de la langue française dans les propositions, présentations ou offres de produits ou services qui était imposée à l'article 2 de la loi du 4 août 1994 (dite Loi Toubon). Un arrêt de la CJCE du 12 septembre 2000 (aff. C-366/98-Rec I p.6579, D. 2001, Jp, p.1458, note J.-M. Pontier) mettait déjà en exergue l'incompatibilité de la loi dite « Toubon » avec les règles communautaires de libre circulation.

¹⁹ « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestations de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électronique. Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels ».

²⁰ Voir G. Cornu, Vocabulaire juridique, éd. Quadrige PUF, 2003. V° paiement. Selon l'article 1315 du Code civil, « celui qui se prétend libéré (d'une obligation) doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. ».

consiste en sa rapidité en termes de débit de compte.

Les moyens de paiement électroniques se sont multipliés avec l'explosion du commerce électronique. Il s'agit, de nos jours, d'un impératif économique et commercial pour les banques mais aussi pour d'autres acteurs économiques qu'ils soient importants (le site voyages-sncf.com vend plus de 27 % des billets de chemins de fer²¹) ou plus modestes. Ces moyens de paiement peuvent reposer sur un support matériel (cartes à puce et sans contact), l'usage d'un logiciel et une connexion à un réseau de communication (Internet, SMS,...). L'identification de la personne comme le paiement, peuvent s'effectuer par le biais de plusieurs canaux.

S'agissant des moyens de paiement se fondant sur un support matériel, la carte bancaire est le moyen traditionnel. La carte à puce est aussi très utilisée, mais sa lecture suppose un lecteur de carte comme les terminaux de paiement ou les distributeurs de billets de banque. Il est important de noter que le Code Monétaire et Financier protège les consommateurs en cas d'utilisation frauduleuse de la carte de paiement. Le nouvel article L. 133-19 du C.M.F. issu de l'ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009²², pose le principe que le porteur n'est pas engagé si les données de la carte (numéro, date d'expiration, numéros au verso) ont été frauduleusement utilisées pour un paiement à distance²³. Il en est de même en cas de contrefaçon de la carte et si, au moment de l'opération, le titulaire se trouvait en possession physique de la carte. Ainsi, dès lors que le porteur signale sans tarder, au plus tard dans les treize mois suivant le débit, une opération de paiement non autorisée, les sommes contestées lui sont restituées immédiatement et sans frais. Le prestataire de services de paiement, « le cas échéant, rétablit le compte débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu »²⁴. Le porte-monnaie électronique (ex : le système Monéo) entre également dans cette catégorie. Des unités de valeurs sont stockées sur cette carte à puce pour effectuer progressivement des débits au fur et à mesure des achats. Ce procédé a été l'objet d'un règlement n°2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière, homologué par un arrêté du 10 janvier 2003²⁵. Ainsi, l'établissement émetteur doit assurer la sécurité du paiement et garantir la traçabilité pendant deux ans des chargements et des encaissements des unités et des transactions suspectes. Toutefois, l'usage de ce type de paiement est limité à de petits montants, la valeur maximale chargée sur la carte étant de 150 euros. Il est également possible d'utiliser d'autres solutions de porte-monnaie électronique (ex : Moneytronic) où les unités de valeur sont stockées sur le disque dur du détenteur du compte ou de l'organisme détenteur de ce solde. Ce procédé sert avant tout aux transactions en ligne.

Quant aux paiements à distance, le moyen le plus utilisé reste la communication en ligne (sécurisée) du numéro de la carte bancaire (et la date d'expiration et certains numéros au verso). Par ailleurs, on constate le développement de moyens de paiement sécurisé associant la messagerie électronique de l'internaute. C'est par exemple le cas de Paypal, Propay... Enfin, un internaute peut payer en ligne sa commande via son fournisseur d'accès à Internet : il s'agit d'une solution type kiosque.

Notons, d'autre part, que la directive 2007/64 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur²⁶ a été transposée en

21 Chiffre disponible dans « Voyages-sncf.com perd le monopole de la vente de billets sur Internet », Les Echos, 6 février 2009.

22 V. infra.

23 V. Y. Gérard, L'utilisation frauduleuse des instruments de paiement, JCP Entreprise et Affaire n°2, 14 janvier 2010, 1034.

24 Art. L. 133-18 du C.M.F.

25 Voir pour le domaine public : J.O. n° 27 du 1er février 2003, texte n°12 p. 2003.

26 J.O.U.E n° L. 319 du 5 décembre 2007.



droit français par une ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009²⁷, suivie du décret d'application n°2009-934 du 29 juillet 2009²⁸. La directive de 2007 tend à harmoniser les règles existantes afin de rendre les paiements électroniques à l'intérieur de l'Union européenne (virements, prélèvements automatiques et paiements par carte) aussi simples et sûrs que les paiements effectués à l'intérieur d'un État membre. L'objectif est de créer dans toute l'Union européenne un marché intégré des paiements (le SEPA : espace unique de paiement en euros). **Les informations à fournir aux utilisateurs, les modalités de contestation des paiements et les responsabilités associées seront similaires d'un Etat à l'autre ce qui devrait assurer une plus grande sécurité juridique aux utilisateurs**²⁹.

Cette Directive repose essentiellement sur trois éléments :

Le droit de fournir des services de paiement au public :

L'objectif est d'harmoniser les conditions d'accès au marché applicables aux prestataires de services de paiement autres que les établissements de crédit³⁰.

Les exigences de transparence et d'information :

La Directive impose des obligations d'information à l'ensemble des prestataires de services de paiement, que ces derniers proposent des instruments de paiement SEPA ou des instruments de paiement « traditionnels »³¹.

Droits et obligations des utilisateurs et des prestataires de services :

La Directive vise enfin à clarifier les principaux droits et obligations des utilisateurs et des prestataires de services de paiement en harmonisant les règles nationales³², ce qui devrait contribuer à un renforcement de la sécurité juridique.

De plus, jusqu'alors, chaque Etat membre disposait de son propre secteur bancaire régi par ses propres règles et utilisant sa propre technologie. La Commission européenne ayant estimé que les initiatives visant à intégrer les infrastructures devaient être menées par le secteur bancaire lui-même, les banques et les organismes de crédit européens se sont regroupés au sein d'un Conseil européen des paiements (EPC). C'est ce Conseil qui a élaboré les instruments de paiement communs du projet SEPA. Ils fonctionneront selon des modalités juridiques, fonctionnelles et techniques communes, qu'ils soient utilisés pour réaliser des paiements nationaux ou transfrontaliers dans la zone SEPA. Ces instruments sont le virement SEPA ou SCT (SEPA Credit Transfer), le prélèvement SEPA ou SDD (SEPA Direct Debit), et la carte bancaire selon les modalités du SCF (SEPA Card Framework).

Le SEPA Direct Debit est destiné à remplacer le prélèvement automatique domestique à partir de

27 Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, JO n°0162 du 16 juillet 2009, p.11868 texte n° 13 – V. G. Notté, *Fourniture de services de paiement et création des établissements de paiement*, JCP Entreprise et Affaires n°31, 30 juillet 2009, act. 358 ; dossier spécial dans le JCP Entreprise et Affaires n°2, 14 janvier 2010, 1031 à 1034 : T. Bonneau, *Le domaine d'application de l'ordonnance, Notions d'instruments de paiement, de services de paiement et d'établissements de paiement au sens de l'ordonnance, application dans l'espace et dans le temps, domaine subjectif : consommateurs, professionnels*, R. Bonhomme, *Le déclenchement de l'opération de paiement : le consentement et l'ordre*, S. Torck, *L'exécution et la contestation des opérations de paiement et Y. Gérard, L'utilisation frauduleuse des instruments de paiements*.

28 Décret n°2009-934 du 29 juillet 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, JO n°0175 du 31 juillet 2009, p. 12744, texte n° 12.

29 Voir notamment le Guide « Du mandat au mandat électronique », publié en décembre 2009, suite aux travaux du Groupe e-Finance de la Fédération Nationale des Tiers de Confiance.

30 Art. 5 et s.

31 Art. 30 et s.

32 Art. 51 et s.

2010. L'EPC a publié le 29 octobre 2009 une norme³³ permettant de définir un ensemble complet de règles opérationnelles pour la gestion du système de prélèvement du SDD dont les formats et protocoles sont les mêmes que ceux préconisés pour le virement SEPA (norme ISO 20022, identification IBAN et BIC).

La signature et les certificats électroniques auront leurs rôles à jouer dans l'établissement des mandats sous-jacents dans ces trois moyens de paiement. Les traces des paiements électroniques devront faire l'objet d'un archivage.

Lors de la transposition en droit français de la directive de 2007, par l'ordonnance de 2009, le Code Monétaire et Financier a été profondément modifié. Les services de paiement peuvent désormais être proposés aussi bien par les banques que par des « établissements de paiement », dont le statut est mis en place par l'ordonnance³⁴. Par ailleurs, le processus de paiement est réformé, imposant notamment un traitement électronique des ordres de paiement, interdisant la pratique des dates de valeur pour les opérations de paiement électroniques et mettant à la charge des prestataires de services de paiement de nouvelles obligations, dont ils devront tenir compte dans le cadre de leurs conditions générales et dans leurs processus de contractualisation en ligne et papier.

C. Dispositions communes

1. L'archivage électronique³⁵

L'archivage peut être défini, techniquement comme « *l'ensemble des actions, outils et méthodes mises en œuvre pour conserver à moyen ou long terme des informations dans le but de les exploiter*³⁶ ». Une définition légale de l'archivage, applicable pour l'essentiel aux seules personnes publiques ou privées gérant un service public, se trouve à l'article L. 211-1 du Code du patrimoine qui dispose que l'archivage est la conservation de « *l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité* ». Chaque système d'archivage a des spécificités juridiques, techniques et organisationnelles propres. Un état des besoins prenant en compte ces trois dimensions est un préalable à l'élaboration de politiques d'archivage³⁷ à mettre en œuvre en fonction des différents documents et de leur finalité juridique ou de gestion (courriers électroniques signés ou non, actes juridiques, conditions générales, documents comptables ou sociaux, photos, plans, états de comptes bancaires, numérisation de documents papier/GED, ...).

L'archivage électronique concerne à la fois les actes juridiques signés et les processus contractuels conclus en ligne, dont la signature n'est pas toujours exigée, mais aussi les pièces justificatives diverses (factures, bulletins de paie, etc.) ainsi que l'ensemble des informations de gestion de l'entité, le tout constituant **son patrimoine informationnel. La protection et la sécurité de ces actifs**

33 « SEPA Core Debit, Scheme Rulebook » dans sa version 3.4 (<http://www.europeanpaymentscouncil.eu>).

34 V. P. Bouteiller, *La transposition en droit français des dispositions européennes régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement*, JCP Entreprise et Affaires n°39, 24 septembre 2009, 1897.

35 E. Caprioli, *La conservation électronique des preuves*, publiée dans les Cahiers du CRID (Belgique) en 2010 et qui sera disponible sur le site www.caprioli-avocats.com.

36 Définition du Dictionnaire du multimédia, AFNOR 1995.

37 Voir pour les échanges électroniques en droit public. *Politique et Pratiques d'archivage (sphère publique)*, version du 24 juillet 2006 disponible à l'adresse <http://www.ssi.gouv.fr/fr/confiance/archivage.html>. Cette politique est une trame qui doit être adaptée au contexte (ex : collectivité territoriale, Hopitaux publics, Etablissements publics, ...). En outre, pour le privé, cette politique-type devra être adaptée en fonction de l'activité de l'entreprise et des contraintes juridiques y afférentes.



« immatériels » doivent être assurées³⁸.

a) Les documents signés

L'archivage d'un contrat signé répond essentiellement à deux finalités juridiques :

- prouver le contenu d'un acte juridique (articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil) voire la constatation d'un fait juridique ;
- ou respecter une exigence de forme (article 1108-1 du Code civil relatif à la validité des actes juridiques conclus sous forme électronique).

L'intégrité de l'acte doit être garantie pendant tout le cycle de vie du document, c'est-à-dire de son établissement à sa conservation. La conservation devra donc préserver les fonctions essentielles de l'acte : identification et intégrité, c'est-à-dire qu'elle devra porter à la fois sur le document signé lui-même ainsi que sur les éléments permettant sa vérification. Aussi, sans entrer dans le détail de la technologie utilisée, la loi lie la preuve des actes sous seing privé à la fiabilité du procédé de signature électronique utilisé dont il est traité à l'article 1316-4 du code civil. La preuve du consentement émis sera garantie par des moyens de sécurité fiables portant sur la vérification de l'identité du signataire et de l'intégrité informationnelle de l'acte. En ce sens, la « solidité » et la durabilité du lien (logique) entre la signature électronique et le message ou le fichier constitue un aspect fondamental.

L'accent doit être mis sur deux éléments importants au niveau de la conservation car la durée et les modalités de conservation sont déterminées en fonction de la nature générale du document à archiver :

- La durée de conservation :

En matière civile, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile³⁹ a profondément modifié le régime de la prescription. Ainsi, le délai de prescription de droit commun, pour les actions personnelles et mobilières, passe de 30 ans à 5 ans⁴⁰ mais peut durer jusqu'à 20 ans (délai butoir)⁴¹. Les actions réelles immobilières continuent à se prescrire par 30 ans. Il est à noter également que la loi prévoit la possibilité pour les parties d'aménager la prescription dans certains contrats⁴².

Il est important de noter que les dispositions de la loi qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'était pas expiré au 19 juin 2008 (article 26-I de la loi). Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé. S'agissant des dispositions de la loi qui réduisent la durée de la prescription, elles s'appliquent aux prescriptions à compter du 19 juin 2008, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. Enfin, lorsqu'une instance a été introduite avant le 19 juin 2008, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne (article 26-II de la loi). On comprend bien que les deux régimes (antérieur et postérieur au 19 juin 2008) subsistent et **sont cumulatifs**. La gestion des documents archivés par une entreprise devra

38 E. Caprioli, *Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information, Droit et technique - Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Ed. Litec, novembre 2007, disponible sur le site www.caprioli-avocats.com.

39 J.O. du 18 juin 2008, p. 9856 et s. V. Eric A. Caprioli, *Les apports de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, CCE Décembre 2008, n°141, p. 46 et s, disponible sur le site www.caprioli-avocats.com.

40 Article 2224 du Code civil.

41 Article 2227 du Code civil.

42 Article 2254 du Code civil. *La durée de prescription peut donc, par accord des parties, être réduite au minimum à un an ou allongée de 10 ans maximum ; étant noté qu'un tel aménagement conventionnel est toutefois exclu dans la plupart des contrats à exécution successive, dans les contrats d'assurance ou dans les contrats avec les consommateurs.*

donc prendre en compte cette dichotomie chronologique.

Une autre distinction fondamentale s'impose : elle concerne **les délais de conservation obligatoires des documents archivés et les délais de prescription relatifs aux droits et obligations y afférents**. Le délai de conservation des documents est un délai préfix, non-susceptible d'interruption et il ne concerne que l'action tendant à la production des documents (comptables, sociaux, ...). En revanche, le délai de prescription (civil ou commercial) peut être interrompu par une action en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés, à celui qu'on veut empêcher de prescrire, ou par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit contre lequel il prescrivait. Les documents doivent donc être conservés jusqu'à l'expiration des divers délais de prescription légale. Ce qui compte, c'est l'extinction des effets juridiques liés à l'acte. Une fois le temps écoulé, toute action en justice fondée sur cette pièce devient caduque.

TYPE DE DOCUMENTS	DÉLAI DE CONSERVATION	DÉLAI DE PRESCRIPTION
Contrats	Délai particulier : 10 ans pour les contrats conclus avec les consommateurs d'un montant supérieur à 120 euros et en ligne (art L.134-2 du C. cons).	5 ans (pour les contrats établis après le 18 juin 2008) sauf si les obligations sont soumises à des exigences particulières (art L. 110-4 du C. com) (ex : délai de prescription fondée sur un contrat d'assurance : 2 ans à compter de la survenance de l'événement – art. L 114-1 du Code des assurances).
Factures	Délai commercial : 10 ans (art. L. 123-22 C. com) Délai fiscal : 6 ans (art L. 102-B LPF).	5 ans (pour les factures émises après le 18 juin 2008) – 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial) Début du délai : date de la dernière opération mentionnée sur les livres ou registres ou date à laquelle les factures ou pièces ont été établies.
Livres et registres comptables Bons de commande	Délai commercial : 10 ans (art. L. 123-22 C. com) Délai fiscal : 6 ans (art L. 102-B LPF) dont les trois premières années sous forme électronique.	5 ans (pour les documents comptables émis après le 18 juin 2008) – 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial) Début du délai : date de la dernière opération mentionnée sur les livres ou registres ou date à laquelle les documents ou pièces ont été établis.
Justificatifs comptables (ex. : notes de frais)	Délai commercial : 10 ans (art. L. 123-22 C. com) Délai fiscal : 6 ans (art L. 102-B LPF) dont les trois premières années sous forme électronique.	5 ans (pour les documents comptables émis après le 18 juin 2008) – 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial) Début du délai : date de la dernière opération mentionnée sur les livres ou registres ou date à laquelle les documents ou pièces ont été établis.
Correspondances commerciales liées à une opération comptable	Délai commercial : 10 ans (art L. 123-22 du C. com)	5 ans (pour les correspondances émises après le 18 juin 2008) – 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial).



TYPE DE DOCUMENTS	DÉLAI DE CONSERVATION	DÉLAI DE PRESCRIPTION
Relevé de comptes		5 ans (pour les documents établis après le 18 juin 2008) sauf si les obligations sont soumises à des exigences particulières (art L. 110-4 du C. com) (ex. : cf. convention de comptes bancaires).
Comptes annuels	<p>Délai commercial : 10 ans (art. L. 123-22 C. com.)</p> <p>Délai fiscal : 6 ans (art L. 102-B LPF) dont les 3 premières années sous forme électronique.</p>	<p>5 ans (pour les documents comptables émis après le 18 juin 2008) – 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial)</p> <p>Début du délai : date de la dernière opération mentionnée sur les livres ou registres ou date à laquelle les documents ou pièces ont été établis.</p>
Statuts, annexes, pièces modificatives		5 ans à compter de la radiation du RCS (pour les statuts établis après le 18 juin 2008)
Bulletins de paie	<p>Pour l'employeur</p> <ul style="list-style-type: none"> - 5 ans (art. L3243-4 du Code du travail) - 10 ans en tant que pièce comptable (art. L. 123-22 C. com.) - 6 ans en tant que pièce fiscale (art L. 102-B LPF) dont les 3 premières années sous forme électronique <p>Pour le salarié : durée illimitée (art. R. 3243-5 du Code du travail)</p>	
Contrat de travail		<p>5 ans à compter de la fin du contrat (pour les documents émis après le 18 juin 2008)</p> <p>– 10 ans (avant le 18 juin 2008 et dans un cadre commercial)</p>
Déclaration URSSAF	<p>3 ans suivant l'année de l'envoi litigieux</p> <p>5 ans en cas de travail illégal</p> <p>2 ans concernant le paiement des majorations de retard (art. L 244-3 du Code de la sécurité sociale)</p>	

• **Les modalités de conservation** : Elles peuvent être prescrites par un texte qui impose des modalités spécifiques (ex : comptabilité informatisée, factures électroniques ou EDI, documents liés au droit du travail, ...). A défaut, il faudra être en mesure de garantir les exigences de conformité juridiques du droit commun, applicables aux écrits électroniques et aux copies numériques. Dans la recommandation de la CNIL du 11 octobre 2005⁴³, il est prévu que les données archivées soient supprimées ou anonymisées au-delà du délai mentionné dans la déclaration.

b) Les processus de contractualisation en ligne

L'article L. 134-2 du Code de **la consommation dispose** que « *lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande* ». Cet article met à la charge du professionnel une obligation de conserver le contrat conclu par voie électronique avec un consommateur.

Le décret n° 2005-137 du 16 février 2005⁴⁴ a ainsi fixé **le montant à 120 euros et le délai de conservation à dix ans à compter de la conclusion du contrat** lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate. Dans le cas contraire, le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci. Le cocontractant professionnel doit en outre garantir l'accès et donc la copie à son cocontractant, à tout moment, si celui-ci formule une demande en ce sens.

En revanche, il convient de relever que cet article L. 134-2 n'est pas applicable aux relations professionnelles (B to B).

Il est à noter que le professionnel (vendeur le plus souvent) pourra mettre en place une procédure d'archivage en interne, mais il peut aussi avoir recours à un tiers indépendant, le tiers archiveur⁴⁵, prestataire de services d'archivage électronique. Ce tiers devra prendre en compte un certain nombre d'exigences s'il entend être conforme à la norme Z 42 013 de mars 2009. De plus, le Système d'information du tiers archiveur (ou une partie dédiée au service d'archivage) peut faire l'objet d'une certification du système de management de la sécurité de l'information conformément aux normes ISO 27001 à 27005.

2. Les conventions sur la preuve

La convention sur la preuve doit être considérée comme une clause contractuelle ayant pour finalité de définir les modes de preuve admissibles entre les parties, la charge de la preuve et les modalités de règlement des conflits de preuve (sous réserve des dispositions du Code de la consommation). Elle garantit la force probante des documents établis et produits par voie électronique en précisant les éléments techniques et de sécurité pris en compte ainsi que les effets juridiques y associés.

Leur validité dans le domaine informatique est reconnue depuis plusieurs années par la jurisprudence⁴⁶ (signature informatique par code PIN dans les opérations avec carte bancaire).

43 Délibération CNIL n° 2005-213 du 11 octobre 2005 portant adoption d'une recommandation concernant les modalités d'archivage électronique, dans le secteur privé, de données à caractère personnel

44 J.O n° 41 du 18 février 2005, p. 2780.

45 Pour les tiers archiveurs, la Fédération Nationale des Tiers de Confiance a élaboré un label qui prévoit la réversibilité des archives entre les prestataires labellisés.

46 Cass. 1ère civ., 8 nov. 1989, n° 86-16.196, Sté Crédocas c/ Cassan : D. 1990, p. 369, note C. Galvalda.





La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 précitée⁴⁷ a entériné la pratique des conventions de preuve en introduisant un nouvel article 1316-2 dans le Code civil qui dispose « *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention [de preuve] valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support* ». A contrario, si une convention de preuve a été conclue entre les parties, le juge doit l'appliquer mais encore faut-il qu'elle soit valable.

Il est évident que ces conventions de preuve ne doivent pas porter atteinte à des règles d'ordre public ainsi qu'aux dispositions légales et réglementaires sur les clauses abusives. Ces conventions s'appliquent aussi bien en B to B, qu'en B to C ou C to C. Elles doivent être considérées comme un gage de sécurité juridique. Il est donc important de préciser ici que les conventions de preuve doivent être rédigées de manière équilibrée pour éviter qu'un tribunal ne remette en cause leur valeur juridique et par là, la valeur juridique des documents établis par le système d'information.

D. Domaines d'application de la dématérialisation

1. Le droit social

Il est désormais envisageable de dématérialiser les bulletins de paie, les contrats de travail et les contrats de travail temporaire. D'autres documents RH sont également susceptibles d'être dématérialisés (notes de frais, demande de congés,...) sous réserve de leur conformité juridique.

S'agissant des contrats de travail temporaires, deux situations doivent être distinguées :

- le contrat de mise à disposition (contrat entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice) peut être dématérialisé à condition de respecter les exigences du Code civil ou s'il est conclu dans le cadre d'une convention de preuve ;
- et le contrat de mission (contrat entre le travailleur temporaire et l'entreprise de travail temporaire). Les règles propres à la conclusion de ce type de contrat sont posées aux articles L. 1251-5 et s. du Code du travail. A titre indicatif, **la signature du contrat de mission est d'ordre public**. S'il est établi sous forme électronique, il devrait donc être signé électroniquement. Son omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification du contrat de mission en contrat de droit commun à durée indéterminée.

Le bulletin de salaire se définit comme « *le décompte détaillé des divers éléments de la rémunération du travailleur, obligatoirement délivré par l'employeur lors de la paie* »⁴⁸.

Dans sa nouvelle rédaction issue de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009⁴⁹, l'article L. 3243-2 du Code du travail, relatif au bulletin de salaire dispose que « *lors du paiement du salaire, l'employeur remet aux personnes mentionnées à l'article L. 3243-1 une pièce justificative dite bulletin de paie. Avec l'accord du salarié concerné, cette remise peut être effectuée sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir l'intégrité des données. Il ne peut exiger aucune formalité de signature ou d'émargement autre que celle établissant que la somme reçue correspond bien au montant net figurant sur ce bulletin.*

Les mentions devant figurer sur le bulletin ou y être annexées sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ». Le nouvel article L. 3243-4 du même code précise q ue « *l'employeur conserve un double des bulletins de paie des salariés ou les bulletins de paie remis aux salariés sous forme électronique pendant cinq ans* ». Peu importe la forme électronique ou papier, ce qui compte, c'est la remise de la pièce justificative.

47 J.O n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968

48 V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige PUF, 2003. V° *Bulletin de paye*.

49 Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1 - E. Caprioli, *La dématérialisation des bulletins de paie*, Cahier de droit de l'entreprise n°4, juillet 2009, prat. 20.



La pratique de la dématérialisation des bulletins de paie a ainsi été consacrée par le législateur. Il reste néanmoins des questions en suspens. Les caractéristiques liées au consentement du salarié et à son expression ne sont pas définies par la loi. Par prudence, il faudrait envisager un consentement individuel par écrit ; écrit papier ou écrit électronique.

Par ailleurs, les modalités et garanties entourant la remise électronique du bulletin de paie ne sont pas détaillées dans la nouvelle rédaction du Code du travail. Il est simplement demandé à l'employeur une garantie d'intégrité du bulletin lors de la remise.

Force est de constater que la loi n'impose pas d'obligation de signature du bulletin de paie, car c'est une pièce justificative dont la valeur reconnue de jurisprudence constante est celle du commencement de preuve par écrit. En effet, le Code du travail ne prescrit pas la signature du bulletin de paie et ce n'est pas un acte juridique au sens du code civil. En conséquence, sur le plan technique, tout procédé permettant d'assurer l'intégrité des données de façon fiable est acceptable au regard du Code du travail (signature électronique sécurisée, horodatage, signature avec un certificat de serveur, fonction de hachage de la pièce justificative, etc.). Toutefois, pour des raisons de sécurité, on peut recommander d'utiliser un procédé de signature électronique soit d'une personne physique habilitée (certificat d'identification), soit d'une personne morale (certificat de serveur).

Il faudra donc préciser les conditions de la remise dans le document constatant l'accord du salarié. D'autres fonctions importantes devront être également garanties : la confidentialité, la réversibilité et une accessibilité permanente au salarié concerné.

Enfin et concernant la conservation des bulletins de paie par l'employeur pendant une durée de 5 ans, il semble nécessaire que l'intégrité des documents soit assurée pendant cette période, eu égard notamment aux avancées technologiques prévisibles au cours de la durée d'archivage.

La FNTC va publier au cours du premier semestre 2010 un guide sur la « e-paie », fruit des travaux d'un groupe de travail qui a réfléchi aux meilleures pratiques du marché dans le domaine du bulletin de paie transmis sous forme électronique et a pour vocation de sensibiliser et d'accompagner les entreprises dans leur déploiement dans le cadre de projets de « e-paie ».

Le contrat de travail qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée est défini comme « *un contrat synallagmatique à titre onéreux caractérisé par la fourniture d'un travail en contrepartie du paiement d'une rémunération et (critère essentiel) par l'existence d'un lien de subordination juridique du travailleur à l'employeur* »⁵⁰. La dématérialisation de ce type de contrats permettrait de les transmettre par voie électronique et de les intégrer directement dans les systèmes de gestion intégrée des entreprises. Cela entraînerait une réduction des coûts, des délais de traitement et serait susceptible d'accroître l'efficacité des directions de ressources humaines.

Les CDD et les CDI (mais aussi les avenants aux contrats) peuvent donc être dématérialisés mais les employeurs doivent prévoir non seulement la mise à disposition des outils permettant la signature électronique de leurs salariés, mais aussi les modalités d'archivage sécurisé et d'accès aux exemplaires destinés aux salariés

2. La facture électronique

La directive n° 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée a été modifiée par la directive n°2001/115 du 20 décembre 2001⁵¹. Cette dernière a été ensuite transposée en droit français par l'article 17 de la loi de finances rectificative



50 V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. Quadrige PUF, 2003. V° Contrat de travail.

51 J.O.C.E L 15/24 et s. du 17 janvier 2002. V. le site www.caprioli-avocats.com pour le régime juridique des factures électroniques signées et EDI.



pour 2002⁵². La Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée⁵³ remplace la notion de « transmission » de la facture par la notion de « mise à disposition ». La notion de transmission implique de la part de l'émetteur une remise obligatoire de la facture au destinataire alors que la notion de mise à disposition ouvre l'opportunité à l'émetteur de remettre la facture au destinataire ou d'inviter ce dernier à venir la chercher chez l'émetteur, via une interface internet par exemple.

De plus, une proposition de directive modifiant la directive 2006/112 a été adoptée par la Commission européenne le 28 janvier 2009⁵⁴. Cette proposition vise à simplifier, moderniser et harmoniser les règles en matière de facturation électronique. Elle instaure notamment la neutralité entre les modes de transmission (papier ou par voie électronique). Toutefois, cela ne signifie pas forcément la fin des factures électroniques signées ou EDI : ces modes de facturation restent les modes les plus sûrs et fiables pour le marché. En matière de stockage, on notera également l'introduction d'une période commune de six ans dans toute l'UE.

L'article 17 de la loi de finances rectificative pour 2002 instaure un régime propre pour les factures électroniques, en recourant notamment aux dispositifs de signature électronique. Le nouveau régime fiscal de la facture électronique a ainsi introduit la facture électronique signée électroniquement. Il a réformé les articles 289 et 289 bis du Code général des impôts (CGI) relatifs aux règles de facturation. Les modalités d'application de la facturation électronique ainsi que les obligations des assujettis ont été précisées dans l'Instruction du 7 août 2003⁵⁵. L'arrêté du 18 juillet 2003⁵⁶, quant à lui, a fixé les conditions d'émission et de conservation des factures dématérialisées en application de l'article 289 bis du CGI et modifiant l'annexe IV de ce code. Le décret n°2003-659 du 18 juillet 2003⁵⁷ pris pour l'application de l'article 17 de la loi de finances rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002 a précisé les conditions propres aux factures électroniques, dotées d'une signature électronique.

Depuis 2002, la transmission de la facture électronique sur le territoire français ou entre Etats membres de l'Union européenne peut s'effectuer indifféremment selon deux modalités sécurisées dont les conditions d'utilisation diffèrent :

- la signature électronique des factures ;
- l'échange de données informatisées (EDI ou « Electronic Data Interchange »).

Le système de facturation électronique doit garantir l'authenticité de l'origine des factures ainsi que l'intégrité de leur contenu. Si l'acceptation préalable de ce système de facture électronique par le destinataire est requise (de façon tacite ou par écrit), il est vivement recommandé de l'établir sous la forme d'une convention qui en précisera les modalités. Par ailleurs, les assujettis peuvent transmettre au même destinataire un lot de factures - si certaines conditions sont respectées - en ne mentionnant qu'une seule fois les mentions communes à ces factures mais à condition que la totalité des informations propres à chaque facture soit accessible. Quant à la conservation de l'original de ces factures, elle doit être assurée : sur un support informatique pendant une durée au moins égale au délai de trois ans⁵⁸ ; sur tout support, choisi par l'entreprise, pendant les trois années suivantes. On soulignera ici qu'en pratique il sera difficile de changer de support les factures signées électroniquement, sous peine de perdre leur valeur fiscale (perte de la signature lors du passage au papier). Enfin, la facture émise et celle reçue doivent être identiques et restituables par l'entreprise à qui l'administration en fait la demande⁵⁹, dans un format habituellement admis dans

52 *Loi n°2002-1576 du 30 décembre 2002, J.O n° 304 du 31 décembre 2002, p. 22070.*

53 *J.O.U.E. L 347 du 11 décembre 2006, p. 1-118.*

54 *<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0021:FIN:FR:PDF>*

55 *Instruction de la Direction générale des impôts n° 136 du 7 août 2003, 3CA.*

56 *J.O. du 20 juillet 2003, p. 12273.*

57 *J.O. du 20 juillet 2003, p. 12272.*

58 *Article L. 169 al. 1er du LPF.*

59 *Si l'administration le demande, la restitution est effectuée sur support papier.*

les usages commerciaux. L'administration doit donc pouvoir, à des fins de contrôle, accéder en ligne à ces factures et aux données jointes.

Les factures transmises au moyen d'une signature électronique tiennent lieu de facture d'origine en l'application des articles 286 et 289 du CGI. L'article 96 F-I de l'annexe III du CGI porte sur la définition et les caractéristiques de la signature électronique en matière fiscale. L'exigence requise est l'utilisation d'un certificat électronique fourni par un prestataire de certification électronique afin d'identifier l'émetteur de la facture. Ce certificat n'a pas à être «qualifié» au sens du décret précité, mais doit présenter un degré de sécurité suffisant. Il est également prévu que les personnes morales puissent signer une facture (certificat de serveur). C'est un moyen visant à garantir que la facture émane bien de l'entreprise émettrice et n'a pas subi d'altération depuis sa création. Cependant, l'administration fiscale peut à tout moment utiliser son droit de contrôle, d'enquête ou de communication pour s'assurer que les normes techniques figurant à l'article 96 F-I du CGI ont bien été respectées.

Pour les factures transmises par EDI, un système de télétransmission de factures répondant à certaines normes techniques⁶⁰ doit être utilisé. Deux exigences techniques doivent être respectées. D'abord, le message facture doit comporter au minimum les mentions obligatoires prévues par l'article 242 nonies A de l'annexe II du CGI. Ces mentions doivent figurer dans des zones du message facture que le logiciel doit rendre obligatoire. Une vérification doit être faite à l'émission et à la réception du message. Ensuite, une liste récapitulative de tous les messages émis et reçus doit être établie au fur et à mesure, quel que soit le support, et comporter un certain nombre de mentions obligatoires⁶¹ ainsi que les anomalies éventuelles intervenues lors de chaque transmission. Par ailleurs, des contrôles inopinés de la conformité du fonctionnement du système de télétransmission peuvent être effectués par l'administration fiscale⁶².

Afin de prendre en compte des pratiques internes aux entreprises en matière d'archivage des factures, l'Administration fiscale a précisé les conditions dans lesquelles les entreprises émettrices de factures électroniques et transmises sur support papier aux destinataires peuvent être dispensées de l'obligation de conserver sous forme papier le double des factures ainsi transmises conformément à l'Instruction fiscale du 11 janvier 2007⁶³.

Un groupe de travail « E-facture » de la FNTC a étudié la question de la facture électronique signée et a établi un référentiel et une grille d'audit du label COREF FNTC-PFFE relatifs aux plates-formes d'échange de factures électroniques signées. A leurs suites, la FNTC a lancé le 3 février 2010 un guide sur la facture électronique.. Les travaux se réfèrent aux meilleures pratiques du marché dans le domaine de la facturation électronique et ont pour vocation de sensibiliser et d'accompagner les entreprises dans leur déploiement dans le cadre de projets de dématérialisation fiscale.

3. Les services de banques électroniques : l'exemple des relevés de compte

⁶⁰ Ces normes doivent être équivalentes à celle définie à l'article 2 de la recommandation 1994/820/CE de la Commission du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées.

⁶¹ Les mentions minimales à indiquer sont : le numéro et la date de la facture, la date et l'heure de constitution du message, les montants hors taxe et toutes taxes de la transaction et éventuellement le code devise, les éléments d'identification de l'émetteur ou du récepteur donnés par le système de télétransmission et la version du logiciel utilisée.

⁶² V. guide de la FNTC et référentiel pour les plate-formes en cours de facturation, publié en février 2010, www.fntc.org.

⁶³ B.O.I. n°4 du 11 janvier 2007.



En vertu de l'article D. 312-5 du Code monétaire et financier, les services bancaires de base comprennent « 5° l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte ». Ce relevé des opérations, récapitulant toutes les opérations enregistrées sur le compte d'un client pendant une période déterminée, généralement mensuelle, a été désigné par la pratique sous le vocable de « relevé de compte » bancaire.

Le Code monétaire et financier ne mentionnant pas expressément le support que doit emprunter le relevé de compte bancaire et, dans le silence de la loi, l'envoi de relevé de compte électronique étant dès lors possible, de plus en plus d'établissements financiers ont proposé à leurs clients de recevoir leur relevé de compte bancaire mensuel par l'Internet à la place de la version papier et ce gratuitement pour les consommateurs (en vertu des dispositions existantes depuis la loi MURCEF⁶⁴).

Ces relevés ont la même valeur juridique que les relevés de compte papier, aucune forme n'étant imposée à la banque pour son obligation de délivrance de ces documents. On ne pouvait toutefois que recommander d'utiliser des moyens techniques permettant d'assurer l'intégrité du relevé de compte établi, afin que d'autres tiers puissent valablement se fier à leur contenu. En effet, les cas sont nombreux en pratique, où le relevé de compte est utilisé pour justifier d'une situation patrimoniale ou de l'absence de crédit grevant la situation financière du titulaire du compte. En pratique, très souvent, les clients des banques en ligne ayant signé une convention de banque en ligne (contenant une convention de preuve) peuvent accéder via leur compte personnel à un document à télécharger – sous format pdf – récapitulant les opérations des trente derniers jours, ces documents étant rendus accessibles pour une durée variable en fonction des établissements. Cette procédure vient remplacer l'envoi postal du relevé de comptes.

Depuis, l'ordonnance du 15 juillet 2009⁶⁵ relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des « établissements de paiement », qui transpose en droit français la directive « Service de paiement »⁶⁶ a notamment pris en compte la dématérialisation du support de l'information que doivent fournir les prestataires de paiement à leurs clients.

Prévoyant spécifiquement la fourniture, par le prestataire de services de paiement ou encore l'établissement de crédit, d'avis d'opéré au client à la suite d'un paiement (art. L. 314-14 du Code monétaire et financier), la disposition indique que cette fourniture peut, si elle s'inscrit dans le cadre d'une convention de service, ne s'opérer qu'une fois par mois (art. L. 314-14 II). Le prestataire ou la banque a ainsi la possibilité en pratique de continuer à délivrer le relevé de compte mensuel intégrant les éléments d'information de l'avis d'opéré précité.

La directive « Service de paiement » ayant prévu la possibilité de la fourniture de ces informations sur « support durable », l'ordonnance de transposition fait de même, définissant également cette notion à l'art. L. 314-1 comme « *tout instrument permettant à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées, d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité et reproduites à l'identique* ».

A l'issue de cette transposition, il n'y a donc pas lieu de modifier la pratique de délivrance par les banques des relevés de compte électronique.

⁶⁴ La loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, a été publiée au Journal officiel du 12 décembre 2001.

⁶⁵

⁶⁶ Directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, JOUE L 319 du 5 décembre 2007, p.1 et s.

4. Les envois électroniques recommandés

Les envois électroniques recommandés sont régis par l'article 1369-8 du Code civil inséré par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005⁶⁷ relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. Il marque un pas en avant formidable dans la dématérialisation des correspondances et des notifications dans la pratique des contrats.

L'article 1369-8 du Code civil reconnaît juridiquement l'existence du courrier électronique recommandé avec ou sans avis de réception, mais aussi les lettres recommandées « hybrides », envoyées par voie électronique, éditées sur papier et acheminées par voie postale.

Le courrier électronique recommandé acquiert force probante lorsque le procédé utilisé pour l'envoi d'un courrier électronique recommandé répond à quatre exigences énumérées à l'alinéa premier de l'article 1369-8 du Code civil :

- le procédé doit identifier le tiers qui achemine le courrier électronique recommandé ;
- le procédé doit désigner l'expéditeur du courrier électronique recommandé ;
- le procédé doit garantir l'identité du destinataire du courrier électronique recommandé ;
- le procédé doit établir si la lettre a été remise ou non au destinataire dudit courrier.

Par ailleurs, deux modalités de réception du courrier recommandé électronique sont prévues par l'alinéa 2. Si une lettre recommandée par voie électronique est envoyée, l'expéditeur peut choisir une réception sur support papier ou une réception sous forme électronique. Si le choix a été fait pour une réception sur support papier, le contenu du courrier électronique recommandé est imprimé par le tiers pour être distribué au destinataire sous forme papier. Cette possibilité est importante car elle vise certaines pratiques dites « hybrides » dont la reconnaissance juridique pouvait, jusqu'alors, être source d'interrogation. En revanche, en cas d'option pour une réception sous forme électronique, le courrier recommandé est alors adressé au destinataire par voie électronique, étant noté que « *si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen recommandé ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs* »⁶⁸.

La datation de l'expédition et le cas échéant de la réception doivent résulter d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée lorsque ce procédé satisfait à des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat (ce décret est toujours en cours de rédaction).

L'avis de réception peut être adressé à l'expéditeur sous forme électronique ou par tout autre moyen, sous réserve qu'il permette sa conservation.

L'ordonnance du 16 juin 2005 a également créé la lettre simple électronique en introduisant l'article 1369-7 du code civil. Ce texte reproduit dans l'électronique le fameux « *cachet de la Poste faisant foi* ». Ainsi, à titre d'illustration, l'offre de contrat de crédit immobilier qui est subordonnée, aux termes de l'article L. 312-10 du Code de la consommation, au fait que « *le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur* » et l'acceptation d'une telle offre qui doit être donnée par lettre « *le cachet de la poste faisant foi* » peuvent désormais être passées par voie électronique, à la condition que le procédé de transmission du courrier permette de garantir la date d'expédition. Les exigences de fiabilité de la datation électronique de la lettre électronique seront également fixées par un décret en Conseil d'Etat.

67 J.O n° 140 du 17 juin 2005, p. 10342 et suivants.

68 Article 1369-8 al. 2 du Code civil.



5. Le vote électronique⁶⁹



Seul le vote électronique dans le cadre des Assemblées générales (AG) d'actionnaires, des élections des avocats et des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise seront détaillées ci-après. D'autres élections peuvent faire l'objet de vote électronique (ex : dans les associations dès lors que les statuts le prévoient).

a) Le vote électronique au sein des Assemblées générales d'actionnaires

L'article L. 225-107 du Code de commerce dispose que « *tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'Etat* ». De plus, « *II. si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat* ». Ce vote peut donc s'opérer soit par voie postale, soit par voie électronique pour faciliter la participation du plus grand nombre d'actionnaires.

Le nouvel article R. 225-63 du Code de commerce dispose que « *les sociétés qui entendent recourir à la télécommunication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74 et R. 225-88 recueillent au préalable par écrit l'accord des actionnaires intéressés qui indiquent leur adresse électronique. Ces derniers peuvent à tout moment demander expressément à la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception que le moyen de télécommunication susmentionné soit remplacé à l'avenir par un envoi postal* ».

La société doit créer un site exclusivement consacré à cette fin⁷⁰. L'actionnaire qui souhaite voter par voie électronique doit le confirmer par écrit et communiquer son adresse électronique. La convocation à l'AG et un « *formulaire électronique de vote à distance* » lui sont alors envoyés. L'actionnaire doit retourner le formulaire dûment signé au plus tard à quinze heures la veille du jour de la tenue de l'assemblée⁷¹. En outre, « *les actionnaires exerçant leur droit de vote en séance par voie électronique ne pourront accéder au site consacré à cet effet qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance* »⁷².

b) Le vote électronique au sein des ordres professionnels à travers l'exemple des avocats⁷³

Le décret n°2002-1306 du 28 octobre 2002⁷⁴ instituant le vote à distance par voie électronique pour l'élection des membres du Conseil national des barreaux est venu modifier le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991⁷⁵ organisant la profession d'avocat.

Ainsi, aux termes de l'article 28 alinéa 3 « *les électeurs peuvent voter à distance par voie électronique lorsque l'ordre dont ils relèvent a adopté les mesures techniques nécessaires. Dans cette hypothèse, quinze jours au moins avant la date du scrutin, l'ordre porte à la connaissance de ses membres disposant du droit de vote, les modalités pratiques du scrutin et leur adresse un code personnel et confidentiel* ».

69 Voir notamment le Guide du vote électronique, Collection Guides de la Confiance, disponible depuis mai 2009 sur le site www.fntc.org.

70 Article R. 225-61 du code de commerce.

71 Article R. 225-80 du code de commerce.

72 Article R.225-98 du code de commerce.

73 Art. 9 et s. de l'Arrêté du 6 juin 2008 portant agrément des titres Ier, II, III et IV du règlement intérieur de l'ordre des experts-comptables, J.O du 17 juin 2008.

74 J.O n° 254 du 30 octobre 2002, p. 17994.

75 J.O n° 277 du 28 novembre 1991, p. 15502

c) Les élections de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise

La LCEN instaure à l'article 54 la possibilité de recourir au vote électronique pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. Cet article insère à la première phrase des articles L. 423-13 et L. 433-9 du Code du travail, devenus depuis les articles L. 2314-21 et L. 2324-19, traitant du vote par bulletin-papier, les mots « *ou par vote électronique, dans les conditions et selon les modalités définies par décret en Conseil d'Etat* ». Notons ainsi que le décret n°2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise⁷⁶ insère un article R. 423-1-2 et un article R. 433-2-2 au Code du travail, devenus depuis les articles R. 2314-8 à R. 2314-21 et R. 2324-4 à R. 2324-17, qui prévoient les modalités d'organisation d'une élection par voie électronique et notamment :

- la nécessité d'un accord d'entreprise ou d'un accord de groupe comportant un cahier des charges pour recourir à un vote électronique (possibilité de recours cumulatif entre voie électronique et voie papier) ;
- le recours éventuel à un prestataire externe ;
- la confidentialité des données transmises, notamment de celles des fichiers constitués pour établir les listes électorales des collègues ;
- la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes ;
- le traitement par des systèmes informatiques distincts, dédiés et isolés des données relatives aux électeurs inscrits et à leur vote ;
- le scellement du système de vote électronique à l'ouverture et à la clôture du scrutin ;
- l'expertise préalable par un tiers du système de vote électronique ;
- l'archivage jusqu'au terme du délai de recours ou jusqu'à la décision juridictionnelle devenue définitive des fichiers supports comprenant les programmes sources et exécutables, les matériels de vote, les fichiers d'émargement, de résultats et de sauvegarde.

Un arrêté du Ministre chargé du travail, pris après avis de la CNIL, est venu préciser les dispositions pratiques de mise en œuvre du vote électronique⁷⁷.

6. La billetterie dématérialisée

L'article 104-IV de la loi de finances rectificative pour 2006 du 30 décembre 2004⁷⁸ a modifié la réglementation sur la billetterie, codifiée à l'article 290 quater du Code général des impôts, pour prendre en compte les nouveaux procédés technologiques employés par les professionnels du spectacle. Désormais, ces derniers peuvent utiliser une billetterie imprimée ou dématérialisée issue de caisses ou systèmes informatisés.

Les textes d'application de la loi ont récemment été modifiés par l'arrêté du 5 octobre 2007 relatif aux obligations des établissements de spectacles comportant un prix d'entrée et modifiant le cahier des charges annexé à l'arrêté du 8 mars 1993 relatif aux conditions d'utilisation de systèmes informatisés de billetterie par les exploitants de salles de spectacles visés à l'article 290 quater du Code général des impôts ou par les organisateurs de réunions sportives et les exploitants d'établissements de spectacles visés à l'article 1559 du code précité⁷⁹. Ce cahier des charges prévoit les conditions auxquelles doivent répondre les systèmes informatisés de billetterie.

76 J.O. du 27 avril 2007, p. 7492.

77 Arrêté du 25 avril 2007 pris en application du décret n°2007-602 du 25 avril 2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise, J.O du 27 avril 2007, p. 7494.

78 Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, J.O. du 31 décembre 2006, p. 20228 et s.

79 J.O. du 7 octobre 2007, p. 16455 et s.



Une instruction du 5 décembre 2007⁸⁰ permet enfin d'expliciter les obligations auxquelles sont soumis les professionnels du spectacle, parmi lesquelles des obligations d'enregistrement et de conservation des données, et donne une définition du billet « immatériel » ou « dématérialisé ». Elle précise ainsi à son paragraphe 29 : « *Le billet « immatériel » ou « dématérialisé » constitue un droit d'entrée dématérialisé. C'est une preuve d'achat qui peut être représentée sous la forme d'un code barre sur tout support (affiché sur l'écran du téléphone mobile, enregistré sur une puce, imprimé sur un document) ou d'un billet que le spectateur peut imprimer lui-même sur support papier lors de son achat sur internet. Ces modalités dépendent du choix retenu par l'exploitant* ».

7. Le Contrat d'assurance

Les sociétés d'assurance sont présentes sur l'internet. Leurs sites étaient le plus souvent des vitrines ou permettaient simplement de préremplir un formulaire de souscription avant l'envoi postal du dossier contenant les documents justificatifs ainsi que le formulaire signé. Toutefois, certaines ont mis en place des services de souscription en ligne pour certains contrats d'assurance automobile ou moto. Or, malgré l'aspect consensualiste du contrat d'assurance (qui ne nécessite pas un écrit d'un strict point de vue formel), les sociétés d'assurance doivent prendre la précaution de préconstituer les preuves de l'engagement des clients. Tel est l'apport de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 2008⁸¹ :

Claude X avait souscrit un contrat d'assurance sur Internet pour garantir sa motocyclette. Huit jours après, il a un accident de la route et est accusé d'homicide involontaire. La société d'assurance a refusé de verser la moindre somme au motif que, lors de la souscription, il a été précisé à Claude X que le contrat ne serait valable que **si, dans un délai de trente jours suivant la souscription, il envoyait un relevé d'information du précédent assureur confirmant qu'il n'avait pas eu d'accident**. Or, Claude X ayant payé mais n'ayant pas fourni le document, l'assureur a annulé le contrat postérieurement à la date de l'accident. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 novembre 2007, avait néanmoins condamné l'assureur à payer in solidum avec l'assuré des dommages et intérêts pour les préjudices matériels et moraux subis par les membres de la famille du défunt. Ces motivations étaient les suivantes. Tout d'abord, l'absence d'envoi du document est justifiée par le fait que l'assuré vivait aux Etats-Unis et que le système d'assurance américain est différent du système français. L'assureur ne peut donc pas lui reprocher de ne pas avoir fourni un document qu'il était dans l'impossibilité matérielle d'obtenir. Ensuite, la déclaration faite lors de la souscription s'est avérée parfaitement exacte. Enfin, l'éventuelle annulation opérée par l'assureur ne peut pas avoir d'effet rétroactif au jour de l'accident. A cette date, Claude X était donc assuré.

L'assureur s'est pourvu en cassation en arguant essentiellement du fait que Claude X n'avait opéré sur Internet qu'une demande d'assurance nécessitant une acceptation de l'assureur. Cette acceptation n'aurait pu avoir lieu qu'à la fin du délai de trente jours, dans l'hypothèse où le document demandé aurait été fourni. Sans acceptation, il n'y a pas de contrat, et donc pas de garantie au jour de l'accident. L'assureur a également mis en avant le fait que Claude X avait été mis au courant par courrier de l'annulation encourue en l'absence de fourniture du document dans le délai imparti, et précisé que ceci était une condition à la formation du contrat.

Dans son arrêt du 27 mai 2008, la Cour a rejeté le pourvoi en jugeant que, suite à la demande en ligne de Claude X d'être assuré immédiatement, il lui a été répondu que, « *sous réserve de l'exactitude de vos déclarations et dans un délai de trente jours de l'envoi d'un relevé d'informations confirmant vos déclarations et de l'encaissement de [la] prime, [il était] assuré à compter du jour de la demande* ». La Cour considère en effet que « *la demande d'assurance a été acceptée le jour où elle a été formée* ». Il est également important de noter le moyen selon lequel le contrat n'aurait pas été formé faute d'acceptation de l'assureur n'est pas fondé. En effet, puisque l'assureur « *n'a pas,*

80 B.O.I. 3 E-2-07 n° 127 du 5 décembre 2007.

81 Disponible sur www.legifrance.gouv.fr, pourvoi n° 07-88176. Voir note Eric A. Caprioli, *Rev. Dr. banc. et Finan*, Novembre Décembre 2008, n°183, p. 50 et s.

avant toute défense au fond, soulevé d'exception fondée sur une cause de nullité ou sur une clause du contrat », le pourvoi ne pouvait qu'être rejeté.

La fiabilité de la procédure de souscription est donc nécessaire et les sociétés d'assurance réfléchissent aujourd'hui à l'ouverture de services de souscription en ligne pour des prestations plus engageantes : les assurances portant sur la vie. Il n'est pas exclu que pour des raisons de sécurité juridique et technique, elles aient recours à des moyens et des prestations de signatures électroniques (comme des certificats éphémères par exemple), fournis par des prestataires de services de certification électronique.

8. La gestion et l'archivage des courriers électroniques⁸²

Les services de messagerie connaissent une croissance exponentielle au sein des entreprises (et des organisations) et les volumes des contenus échangés par voie électronique dépassent très largement ceux des flux papier. Ils correspondent à environ deux tiers des données transmises. Or, le plus souvent, les courriers électroniques sont mal gérés et mal archivés. Dans les grands groupes, plusieurs systèmes de messagerie sont utilisés, ce qui complexifie leur gestion. Mais certains courriers électroniques doivent être archivés par l'entreprise car ils sont susceptibles de l'engager ou de constituer des éléments de preuve d'un engagement commercial.

La gestion et l'archivage des courriers électroniques doivent faire l'objet d'un traitement spécifique par l'élaboration d'une politique visant à les encadrer juridiquement en corrélation avec la charte informatique, le règlement intérieur et la Politique de sécurité de l'information de l'entreprise. Par exemple, lors d'un litige entre commerçants où la preuve est libre ou à l'occasion d'un litige avec un salarié où la preuve doit être collectées de façon loyale et licite, ces éléments de preuve, dès lors qu'ils sont organisés et accessibles, peuvent être très utiles pour éclairer le juge dans sa décision.

Une Politique de gestion et d'archivage des courriers électroniques⁸³ - différente de la Politique d'archivage des documents - pourra être mise en œuvre. Elle consistera à veiller au respect de la vie privée des salariés et à encadrer les exigences propres de l'entreprise (traçabilité des échanges interne et externe) conformément aux textes applicables.

II. La dématérialisation dans la sphère publique

Avec l'administration électronique, la dématérialisation est une préoccupation de plus en plus forte dans la sphère publique. Elle constitue l'une des composantes du processus de modernisation de l'Etat. Les téléprocédures en sont une parfaite illustration. La dématérialisation est aujourd'hui devenue une réalité pour les administrations et les usagers et a donc trouvé tout naturellement sa place dans le plan de développement de l'économie numérique « France numérique 2012 » d'Eric Besson publié en octobre 2008⁸⁴.

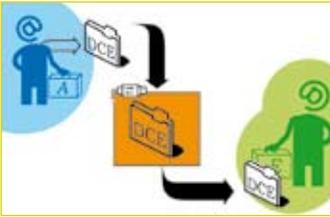
⁸² La problématique a été l'objet de nombre d'études intégrant les dimensions juridiques et techniques. Citons par exemple le guide du Forum des Compétences « Vers une politique d'Archivage électronique des documents », avril 2009.

⁸³ V. Eric A. Caprioli, *Gestion et archivage des mails : une problématique juridique délicate*, disponible sur le site www.journaldunet.com - Eric A. Caprioli, *L'archivage électronique : de la dématérialisation à la politique d'archivage, l'omniprésence du droit*, <http://www.caprioli-avocats.com> - E. Caprioli, *L'archivage électronique*, JCP Ed. G. n°38, 14 septembre 2009, n°251.

⁸⁴ V. tout particulièrement les actions 120 à 127 de ce plan qui est disponible à l'adresse : <http://france-numerique2012.fr/>.



A. L'ordonnance du 8 décembre 2005 et les décrets relatifs aux Référentiel général d'interopérabilité (RGI) et au Référentiel général de sécurité (RGS)¹⁸⁵



L'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives⁸⁶ précise le cadre juridique relatif aux échanges électroniques dans la sphère publique. Elle assure les fondations du développement de l'administration électronique, un des piliers de la réforme et de la modernisation de l'Etat.

L'ordonnance s'applique aux autorités administratives définies à l'article 1-1 comme « *les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes gérant des régimes de protection sociale relevant du code de la sécurité sociale et du code rural ou mentionnés aux articles L. 223-16 et L. 351-21 du code du travail et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif* ».

Dans un souci de simplification des relations entre administrations et usagers, l'ordonnance du 8 décembre 2005 a adopté plusieurs mesures :

- Tout usager peut adresser une demande, une déclaration ou produire des documents par voie électronique. Sauf dérogation⁸⁷, l'administration, qui doit avoir accusé réception de la demande ou de l'information de l'utilisateur (si l'accusé de réception n'est pas instantané, elle doit émettre un accusé d'enregistrement)⁸⁸, est alors régulièrement saisie et doit traiter la demande sans exiger de l'utilisateur une confirmation ou la répétition de son envoi sous une autre forme. De même, tout paiement opéré dans le cadre d'un téléservice peut être effectué en ligne et doit faire l'objet d'un accusé de réception et, le cas échéant, d'un accusé d'enregistrement. Il est à noter que l'accusé de réception ou d'enregistrement doit être émis selon un procédé conforme aux règles fixées par le RGS et que la non transmission de l'accusé de réception ou son caractère incomplet rendent en principe inopposables les délais de recours à l'auteur de la demande. Par ailleurs, un décret qui n'a toujours pas été adopté à ce jour, doit préciser les conditions et les délais d'émission de ces accusés ainsi que les indications devant y figurer.

- La création d'un service public chargé de mettre à disposition de l'utilisateur un espace de stockage accessible en ligne permettant à ce dernier de conserver ses informations et documents pour leur communication aux autorités administratives dans le cadre de l'accomplissement de ses démarches est prévue. Cet espace, placé sous son contrôle exclusif, est ouvert et clos à sa demande et peut même devenir un véritable espace d'échanges avec les administrations. Sur son autorisation, elles pourront y déposer des documents ou obtenir transmission d'informations ou de documents dont elles ont à connaître, étant noté qu'un décret⁸⁹ et un arrêté du 18 juin 2009⁹⁰ sont venus préciser les modalités de mise en œuvre et d'exploitation de ce service appelé « mon.service-public.fr ».

85 *V. la dernière version du RGS (V. 0.98 du 18 décembre 2008) disponible à l'adresse : <http://www.referencs.modernisation.gouv.fr/>.*

86 *J.O n° 286 du 9 décembre 2005, p. 18896 et s.*

87 *L'article 3 de l'ordonnance prévoit en effet qu'un décret doit fixer les cas dans lesquels, en raison d'exigences particulières de forme ou de procédure, il peut y avoir dérogation à cette règle.*

88 *Article 3 et article 5-1 de l'ordonnance du 8 décembre 2005.*

89 *Décret n° 2009-730 du 18 juin 2009 relatif à l'espace de stockage accessible en ligne pris en application de l'article 7 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, J.O. du 20 juin 2009, p.10111.*

90 *Arrêté du 18 juin 2009 portant création par la direction générale de la modernisation de l'Etat d'un téléservice dénommé « mon.service-public.fr », J.O. du 20 juin 2009, p.10112.*

• Toute autorité administrative peut créer des téléservices dont elle doit fixer le niveau de sécurité et à condition de respecter les dispositions de la loi du 6 janvier 1978⁹¹ ainsi que les règles de sécurité et d'interopérabilité fixées dans le RGS et le RGI. La décision de création du téléservice et ses modalités d'utilisation doivent être accessibles depuis ce service et s'imposent aux usagers.

Par ailleurs, l'ordonnance prévoit que les actes des autorités administratives pourront désormais faire l'objet d'une signature électronique⁹². A cet égard, l'article 8 de l'ordonnance précise que la signature « n'est valablement apposée que par l'usage d'un procédé, conforme aux règles du référentiel général de sécurité mentionné au I de l'article 9, qui permette l'identification du signataire, garantisse le lien de la signature avec l'acte auquel elle s'attache et assure l'intégrité de cet acte ». On peut remarquer que cette définition reprend les mêmes fonctions que la signature prévue par le code civil pour les actes en droit privé.

Malgré les avancées que l'ordonnance apporte dans le domaine des échanges électroniques avec les autorités administratives, il n'en demeure pas moins que son efficacité est désormais tributaire de l'adoption du RGS. En effet, si la majorité des textes d'application de l'ordonnance ont été adoptés et notamment le décret relatif aux conditions d'élaboration, d'approbation, de modification et de publication du RGS⁹³ et si le RGI a été validé par un arrêté du 9 novembre 2009⁹⁴, l'arrêté définissant le contenu du RGS est encore très attendu.

Le RGI fixe un ensemble de règles dont le respect s'impose à tous pour faciliter les échanges et rendre cohérent l'ensemble constitué des systèmes d'information du service public, pour assurer la simplicité d'intégration de nouveaux systèmes et pour faciliter l'évolution du système global ainsi que son utilisation par tous les acteurs.

Le RGS, qui devrait être publié à l'heure où ce Vademecum sera imprimé ou téléchargé, quant à lui, déterminera les règles que doivent respecter les fonctions des systèmes d'information contribuant à la sécurité des informations échangées par voie électronique entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (notamment les fonctions d'identification, de signature électronique, de confidentialité et d'horodatage). Des niveaux de sécurité seront proposés aux autorités administratives afin qu'elles déterminent pour leurs téléservices le niveau adapté en fonction de la sensibilité des opérations.

B. Les téléprocédures

L'ordonnance du 8 décembre 2005⁹⁵, l'adoption du RGI et prochainement celui du RGS devraient faciliter la création de nouvelles téléprocédures, qui permettent tant aux administrations qu'aux usagers un gain de temps et qui simplifient les démarches administratives. Il est à noter que, dans la mise en place de ces téléprocédures, les administrations devront, en tout état de cause, assurer l'accessibilité des sites à tous les citoyens, y compris les personnes handicapées. A cet égard, dans

91 Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; J.O du 7 janvier 1978 et rectificatif au J.O. du 25 janvier 1978, modifiée par la loi du 4 août 2004. Egal. Décret du 20 octobre 2005 et décret du 25 mars 2007.

92 E. A. Caprioli, *Des échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives d'une part, et entre ces dernières d'autre part*, JCP éd. A et CT, 2006, n°1079, p. 432 et s.

93 Décret n° 2010-112 du 2 février 2010 pris pour l'application des articles 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, J.O. du 4 février 2010, p. 2072.

94 Arrêté du 9 novembre 2009 portant approbation du référentiel général d'interopérabilité, JO n°0262 du 11 novembre 2009, p.19593.

95 J.O n° 286 du 9 décembre 2005, p. 18896 et s.



un souci d'harmonisation des différents sites publics et conformément à l'article 47 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁹⁶, un référentiel général d'accessibilité pour les administrations (RGAA) a été publié en octobre 2009⁹⁷. De la même manière, et dans le cadre de l'action 125 du plan numérique 2012, une charte ergonomique a été validée dans sa version 2.0 le 19 décembre 2008⁹⁸, charte dont l'objet consiste à définir un ensemble de règles ergonomiques communes aux interfaces des sites Internet publics. Toutefois, l'Etat n'a pas attendu la dite ordonnance de 2005 pour déjà mettre en place certaines téléprocédures. Le tableau ci-dessous présente, de façon non exhaustive, quatre exemples de téléprocédures existantes : TéléTVA, Téléc@artegrise, la téléprocédure URSSAF et TélÉIR.



96 J.O. du 12 février 2005, p. 2353 et s.

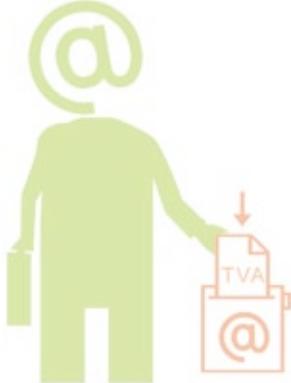
97 Décret n°2009-546 du 14 mai 2009 pris en application de l'article 47 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et créant un référentiel d'accessibilité des services de communication publique en ligne et arrêté du 21 octobre 2009 relatif au référentiel général d'accessibilité pour les administrations, J.O. du 29 octobre 2009, p. 18329.

98 Voir sur le site <http://www.references.modernisation.gouv.fr/>.

TÉLÉPROCÉDURES

DESCRIPTIF DE LA TÉLÉPROCÉDURE

Télé TVA



- Elle permet l'envoi et le règlement des déclarations de la TVA par voie électronique.
- Elle est obligatoire pour l'entreprise, sous peine de pénalités, si son chiffre d'affaire est supérieur à 760000 euros.
- Elle est accessible à toutes les entreprises assujetties à la TVA du régime réel.
- Elle sera obligatoire pour l'entreprise, sous peine de pénalités, si son chiffre d'affaire est supérieur à 500 000 euros
- Elle sera obligatoire pour l'entreprise, sous peine de pénalités, si son chiffre d'affaire est supérieur à 230 000 euros.

Site du Système d'Immatriculation des Véhicules (SIV)¹

- Cette téléprocédure permet pour les professionnels :
- la réalisation de certaines opérations relatives à l'immatriculation des véhicules (ex : déclaration d'achat).
 - les déclarations de prise en charge et de destruction pour les véhicules hors d'usage.
- Pour les particuliers, elle permet :
- de demander des certificats de situation,
 - d'effectuer une pré-demande de changement de titulaire de carte grise,
 - de suivre où en est sa demande de carte grise.

Téléprocédure² URSSAF

- Elle permet aux entreprises, aux établissements du secteur public et aux professions libérales la déclaration et éventuellement le paiement de leurs cotisations sociales.
- Les entreprises redevables de plus de 7 millions d'euros doivent obligatoirement payer leurs cotisations par virement.
- Obligation de dématérialiser les déclarations sociales :
Pour les entreprises redevables de plus de 800000 euros ;
Pour les entreprises redevables de plus de 400000 euros ;
Pour les entreprises redevables de plus de 150000 euros.

TéléIR

Elle permet aux particuliers de déclarer leurs impôts sur le revenu en ligne. Un accusé de réception numéroté et horodaté est adressé lors du « dépôt en ligne ». L'authentification de l'utilisateur s'effectue lors de sa première connexion à partir des éléments d'identification : n° du télédéclarant, n° fiscal personnel, revenu fiscal de référence.

¹ V. <http://www.ants.interieur.gouv.fr/siv/siv-.html> .

² V. le site des URSSAF : <http://www.urssaf.fr>.



DATE DE MISE EN VIGUEUR	TEXTES LÉGISLATIFS APPLICABLES	TEXTES RÉGLEMENTAIRES APPLICABLES
<ul style="list-style-type: none"> • depuis le 1^{er} mai 2001 • depuis le 1^{er} janvier 2007 • à partir du 1^{er} octobre 2010 • à partir du 1^{er} octobre 2011 	<p>L'article 4 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle¹ fixe un cadre général à la transmission électronique des déclarations aux administrations par les entreprises.</p> <p>Articles 1649 quater B bis et s., 1695 quater et 1738 du CGI.</p> <p>Article 29 de la loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La circulaire AFB n°97/193 du 7 mai 1997 décrit les spécifications et modalités de mise en œuvre des téléversements de type A et B. • Le décret n° 2000-1036 du 23 octobre 2000 pris pour l'application des articles 1649 quater B bis et 1649 quater B quater du code général des impôts et relatif à la transmission des déclarations fiscales professionnelles par voie électronique : il autorise la transmission des déclarations professionnelles, de leurs annexes et de tout document les accompagnant par voie électronique à la DGI. • Instruction de la DGI du 11 septembre 2001 (BOI n°171 du 25 septembre 2001) relative à la transmission par voie électronique des déclarations et des paiements de la TVA..
<ul style="list-style-type: none"> • depuis 2003 • depuis juillet 2006 		
<ul style="list-style-type: none"> • depuis le 1^{er} janvier 2007 • depuis le 1^{er} janvier 2007 • depuis le 1^{er} juillet 2007 • depuis le 1^{er} janvier 2008 • depuis le 1^{er} janvier 2009 	<p>Article L. 243-14, R. 243-16 et R. 243-18 du Code de la sécurité sociale.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - L'arrêté du 12 novembre 2001 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « programme Copernic » chargé de la mise en place du système d'information relatif au compte fiscal simplifié¹ (TéléIR s'inscrit dans ce programme). - L'arrêté du 22 décembre 2006 modifiant l'arrêté du 12 novembre 2001 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « programme COPERNIC » chargé de la mise en place du système d'information relatif au compte fiscal simplifié² - Arrêté du 3 avril 2008 modifiant l'arrêté du 12 novembre 2001 modifié portant création d'un service à compétence nationale dénommé « programme COPERNIC » chargé de la mise en place du système d'information relatif au compte fiscal simplifié³.
<p>Depuis le 11 mars 2002, la Direction Générale des Impôts a mis à disposition des internautes un portail dédié à la télé-déclaration des impôts sur le revenu.</p>	<p>¹ J.O n° 37 du 13 février 1994, p. 2493.</p>	<p>¹ J.O. du 13 novembre 2001 p. 18024. ² J.O. n°13 du 16 janvier 2007. ³ J.O. n° 80 du 4 avril 2008.</p>

C. Les marchés publics passés par voie électronique

Le Code des marchés publics du 1er août 2006⁹⁹ a transposé les directives dites « Marchés publics » de 2004¹⁰⁰. Si le principe de la dématérialisation des marchés publics a été introduit dès le Code de 2001, à la différence du Code de 2001 et de celui de 2004, la dématérialisation et les procédures y afférentes sont dorénavant traitées dans le corps du texte réglementaire et non plus dans le seul article 56. Quelques modifications ont déjà été apportées à cette dernière version du Code des marchés publics par un décret du 17 décembre 2008¹⁰¹ et celui-ci devrait encore faire l'objet d'amendements dans le cadre du plan de relance annoncé par le Président de la République. L'article 56, largement modifié par le décret du 17 décembre 2008, continue toutefois à traiter des communications et des échanges d'informations par voie électronique mais c'est surtout un arrêté du 14 décembre 2009¹⁰² abrogeant en grande partie celui du 28 août 2006¹⁰³ (sauf pour les dispositions relatives à la signature électronique), qui donne des précisions sur les conditions et les modalités de mise en œuvre de la dématérialisation.

Les principaux éléments concernant la dématérialisation des marchés publics sont les suivants :

Si le principe de la dématérialisation des marchés publics a été introduit dès le Code de 2001, à la différence du Code de 2001 et de celui de 2004, la dématérialisation et les procédures y afférentes sont dorénavant traitées dans le corps du texte réglementaire et non plus dans le seul article 56. Quelques modifications ont déjà été apportées à cette dernière version du Code des marchés publics par un décret du 17 décembre 2008 et celui-ci devrait encore faire l'objet d'amendements dans le cadre du plan de relance annoncé par le Président de la République. L'article 56, largement modifié par le décret du 17 décembre 2008, continue toutefois à traiter des communications et des échanges d'informations par voie électronique mais c'est surtout un arrêté du 14 décembre 2009 abrogeant en grande partie celui du 28 août 2006 (sauf pour les dispositions relatives à la signature électronique), qui donne des précisions sur les conditions et les modalités de mise en œuvre de la dématérialisation.

Les principaux éléments concernant la dématérialisation des marchés publics sont les suivants :

• Généralités concernant les marchés publics électroniques :

> Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les écrits peuvent être remplacés par un échange électronique mais également par la production de supports physiques électroniques¹⁰⁴. Par ailleurs, il est prévu la possibilité pour les candidats d'envoyer une copie de sauvegarde de leur candidature et de leur offre dans les conditions fixées par l'arrêté du 14 décembre 2009 (il est à noter que contrairement à l'arrêté du 28 août 2006, celui-ci est applicable à l'ensemble des procédures de passation des marchés publics et non pas seulement aux procédures

99 Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics ; J.O. n° 179 du 4 août 2006 p. 11627.

100 Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (J.O.U.E. n° L 134 du 30/04/2004, p. 1 et s.) et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (J.O.U.E. n° L 134 du 30/04/2004, p. 114 et s.).

101 Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, J.O. du 18 décembre 2008, p. 19367 et s.

102 Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, J.O. n° 295 du 20 décembre 2009, p. 22028.

103 Arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés, J.O. n° 199 du 29 août 2006, p. 12766 et s.

104 Article 56-I alinéa 1 du Code des marchés publics.



formalisées). Cette copie de sauvegarde, qui doit nécessairement être envoyée dans les délais impartis pour la remise des candidatures et des offres¹⁰⁵, peut être sur support physique électronique ou sur support papier. Elle ne pourra être ouverte par la personne publique que dans deux cas expressément prévus à l'article 7 de l'arrêté :

- Lorsqu'un programme informatique malveillant a été détecté par la personne publique dans la candidature ou l'offre du soumissionnaire transmise par voie électronique ;
- Ou lorsque la candidature ou l'offre transmise par voie électronique n'est pas parvenue à temps au pouvoir adjudicateur ou qu'elle n'a pas pu être ouverte par ce dernier.

> Que la transmission électronique des offres soit obligatoire ou facultative, il est fait obligation au pouvoir adjudicateur d'assurer la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique qui doit être accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté. Il est précisé toutefois que, dans les marchés passés selon une procédure adaptée, ces modalités tiennent compte des caractéristiques du marché, notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause. Les frais d'accès au réseau sont, en revanche, à la charge des candidats¹⁰⁶.

> L'arrêté du 14 décembre 2009 prévoit en outre que le dépôt des candidatures et des offres transmises par voie électronique ou même sur support physique électronique doit donner lieu à un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception¹⁰⁷.

Enfin, pour les appels d'offre ouvert ou les concours ouvert, le même arrêté prévoit les modalités de destruction des offres sous forme électronique ou sur support physique électronique ainsi que des copies de sauvegarde, dès lors que la candidature a été rejetée¹⁰⁸.

• Dispositions relatives à l'organisation de la publicité et à l'information des candidats :

> Le Code des marchés publics de 2006 modifié a introduit quelques innovations comme, par exemple, la publication de l'avis de préinformation sur le « profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur »¹⁰⁹. La circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics¹¹⁰ précise qu'il s'agit « d'un site, généralement une « plate-forme », accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures : au minimum, information des candidats et réception des candidatures et des offres. Le site internet d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités. » (article 10.2.1.2).

> Il prévoit également une réduction des délais de réception des candidatures et des offres en cas d'envoi électronique de l'avis d'appel public à la concurrence et de mise à disposition des documents de la consultation par voie électronique.

> Le décret du 17 décembre 2008 fait désormais obligation au pouvoir adjudicateur, à partir du 1er janvier 2010 et pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90.000 H.T. :

- de publier l'avis de publicité sur son profil d'acheteur¹¹¹ ;
- de publier les documents de la consultation sur son profil d'acheteur¹¹², selon des modalités fixées par l'arrêté ministériel du 14 décembre 2009. Ces documents doivent ainsi « être d'accès libre, direct et complet » et l'adresse de téléchargement de ces documents doit figurer dans l'avis d'appel

105 Article 56-V du Code des marchés publics et article 6 de l'arrêté du 14 décembre 2009.

106 Article 56-IV du Code des marchés publics.

107 V. l'article 5 de l'arrêté du 14 décembre 2009.

108 V. l'article 8 de l'arrêté du 14 décembre 2009.

109 V. l'article 39-I du Code des marchés publics.

110 J.O. n° 303 du 31 décembre 2009, p. 23171.

111 Articles 40-III, 40-IV et 150-III, 150-IV du Code des marchés publics.

112 Article 41 alinéa 3 du Code des marchés publics.

public à la concurrence s'il existe¹¹³.

> Suite au rejet d'une candidature à un appel d'offres ouvert ou à un concours ouvert, la personne publique doit informer le candidat de la destruction de son offre transmise sous forme électronique¹¹⁴.

• **Mode de transmission des candidatures et des offres :**

> Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou dans la lettre de consultation pour les marchés négociés sans publicité préalable, le mode de transmission qu'il retient pour les candidatures et les offres¹¹⁵ ; étant noté que jusqu'au 1er janvier 2010, les candidats à un marché passé selon une procédure formalisée peuvent opter, sauf exceptions, pour un autre mode de transmission que celui prescrit par la personne publique¹¹⁶.

> Les candidats doivent, en revanche, s'en tenir au même mode de transmission pour l'ensemble des documents (candidature et offre) qu'ils adressent à la personne publique¹¹⁷, sans préjudice des dispositions applicables à la copie de sauvegarde.

> En tout état de cause depuis le 1er janvier 2010, les acheteurs publics pourront imposer la transmission par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa du I de l'article 56, y compris les candidatures et les offres¹¹⁸. Cette transmission par voie électronique s'imposera cependant aux candidats pour les marchés relatifs à des achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90.000 euros H.T.

> Enfin, à compter du 1er janvier 2012, les acheteurs publics ne pourront plus refuser les candidatures et les offres des candidats transmises par voie électronique pour les marchés de fournitures, de services ou de travaux d'un montant supérieur à 90.000 euros H.T.

• **Présentation des candidatures et des offres :**

> Le décret du 17 décembre 2008 précise désormais à l'article 48 alinéa 2 du Code des marchés publics que le candidat doit transmettre son offre en une seule fois, sans préjudice des dispositions relatives à la copie de sauvegarde, et que seule la dernière offre reçue dans les délais par l'acheteur public sera prise en compte.

• **Signature électronique de l'acte d'engagement :**

> La signature électronique de l'acte d'engagement¹¹⁹ est maintenue ; étant noté qu'en cas de groupement l'acte d'engagement doit être signé soit par l'ensemble des entreprises membres du groupement, soit par le mandataire du groupement dûment habilité pour représenter ces entreprises¹²⁰. Les articles 5 à 7 de l'arrêté du 28 août 2006, toujours en vigueur en attendant l'adoption du RGS¹²¹, en donnent des précisions. Outre le visa de l'arrêté faisant référence aux articles 1316 à 1316-4 du Code civil, l'article 6 dudit texte prévoit que les catégories de certificats de signatures utilisables doivent non seulement être conformes au RGS (qui n'a toujours pas été

113 V. l'article 1 de l'arrêté du 14 décembre 2009.

114 V. l'article 8-I de l'arrêté du 14 décembre 2009.

115 Article 56-I alinéa 2 du Code des marchés publics.

116 Article 56-I alinéa 4 du Code des marchés publics.

117 Article 56-I alinéa 3 du Code des marchés publics.

118 Article 56-II-1° du Code des marchés publics.

119 Article 48-I du Code des marchés publics.

120 Article 51-IV alinéa 2 du Code des marchés publics.

121 En effet, une fiche explicative relative à l'arrêté du 14 décembre 2009 (disponible à l'adresse : http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/code2006/arrete-14-12-09-demat-passation-mp.pdf) précise : « Un arrêté spécifique viendra ultérieurement préciser les règles applicables à la signature électronique compte tenu du référentiel général de sécurité qui doit être adopté en application de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques. ».



adopté) mais également être référencées sur une liste établie par le ministre chargé de la réforme de l'Etat¹²².

Outre la dématérialisation des procédures « classiques » de passation des marchés publics, le Code des marchés publics de 2006 a :

- d'une part, maintenu la possibilité pour la personne publique d'organiser des enchères électroniques mais uniquement pour les marchés de fournitures formalisés¹²³.

- d'autre part, prévu une nouvelle procédure¹²⁴ entièrement électronique limitée aux achats de fournitures courantes et dans le temps (durée maximale de quatre ans) : le système d'acquisition dynamique¹²⁵. Les opérateurs sont d'abord pré-sélectionnés sur la base d'une offre indicative conforme au cahier des charges, puis le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs.

La dernière réforme du Code des marchés publics confirme l'objectif affiché en 2006 de favoriser la dématérialisation des marchés publics et même de l'imposer en grande partie à compter du 1er janvier 2010. D'un point de vue plus pragmatique, il faut dire que la dématérialisation permet, d'une part, la réalisation d'économies par la baisse des dépenses liées à la transmission et à l'élaboration des documents sur support papier, ainsi que par la diminution des coûts de transactions. D'autre part, elle est un gain de temps dans la préparation du dossier, les formulaires étant remplis et envoyés par courrier électronique. Enfin, la dématérialisation est un facteur de concurrence. Elle permet d'étendre plus largement l'accès à la commande publique aux entreprises. Elle assure ainsi une meilleure égalité de traitement des candidats, les petites entreprises ayant dorénavant un accès plus facile aux offres de marchés publics. Le retour des expérimentations qui sont maintenant achevées dans ce domaine sera donc très intéressant et permettra de déterminer si cette mouture du Code connaîtra le succès escompté en matière de dématérialisation.

D . L'archivage électronique des archives publiques

La loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives¹²⁶ reprend pour majeure partie les grands principes généraux d'organisation des archives des collectivités locales fixés par le Code du patrimoine et par le décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979 enfin modifié par le décret n° 2009-1124 du 17 septembre 2009¹²⁷ et n'aborde pas spécifiquement la question des archives électroniques. Toutefois, certaines de ces dispositions ont une incidence directe et significative sur l'archivage électronique.

Les définitions existantes étant déjà suffisamment larges pour englober les archives électroniques, la loi du 15 juillet 2008 n'a fait qu'apporter quelques légères modifications au Code du patrimoine.

Le nouvel article L. 211-4 du Code du patrimoine définit désormais les archives publiques comme :
« a) Les documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public ou des personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre de leur mission de service public. Les actes et documents des assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ; (...)

122 Liste publiée à l'adresse suivante : <http://www.entreprises.minefi.gouv.fr/certificats/>.

123 Cette procédure est détaillée dans un seul article du Code : l'article 54.

124 Transposition de l'article 33 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (J.O.U.E. n° L 134 du 30/04/2004, p. 114 et s.).

125 Article 78 du Code des marchés publics

126 J.O. du 16 juillet 2008, p.11322 et s. V. Eric Caprioli, Ilène Choukri, Noëlle Jean Pierre, *Décryptage de la loi du 15 juillet 2008, Gazette des communes*, du 1er décembre 2008, p. 68 et s.

127 J.O. du 18 septembre 2009, p. 15251.

c) *les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels* ».

De plus, la circulaire du 2 novembre 2001¹²⁸ précise que « *les archives publiques comprennent l'ensemble des documents qui, quels qu'en soient la date, la forme ou le support, procèdent de l'activité de l'Etat, des collectivités locales, des établissements et des entreprises publiques, et des organismes de droit privés chargés de la gestion d'un service public ou d'une mission de service public, ainsi que les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels* ». Les archives publiques ne font donc pas l'objet de prescriptions juridiques particulières quant à leur date, leur forme ou leur support. L'archivage électronique est ainsi compatible avec le cadre juridique applicable aux archives publiques. D'ailleurs, la Direction des Archives de France, aujourd'hui le Service Interministériel des Archives de France¹²⁹, s'intéresse de plus en plus à la question de l'archivage électronique et a déjà publié des notes d'information et des instructions très riches en la matière¹³⁰.

Dans la sphère publique, l'archivage a essentiellement deux finalités : une finalité informationnelle, historique, statistique ou une finalité juridique¹³¹.

L'archivage des documents à finalité informationnelle, historique ou statistique par l'administration a pour objectif la préservation du patrimoine informationnel et culturel de la France. Cet archivage est distinct et souvent postérieur à l'archivage à finalité juridique. Lorsque la finalité de l'archivage est seulement patrimoniale, les documents électroniques archivés ne doivent plus nécessairement remplir les conditions exigées par le droit pour admettre leur valeur juridique. L'archivage devra cependant garantir au minimum l'intégrité des documents conservés, leur disponibilité et leur accessibilité (au sens de lisibilité). Toutefois, en pratique, l'archivage des documents au titre d'archives publiques recouvre le plus souvent une finalité juridique. Dans cette finalité, l'archivage doit permettre de prouver certains droits ou de démontrer que les exigences de légalité imposées aux documents conservés ont été respectées. L'enjeu d'utiliser un archivage électronique fiable et sécurisé n'est donc pas anodin¹³². Par ailleurs, du fait de leur caractère public, les archives conservées par l'administration doivent impérativement, pendant une certaine période, rester consultables. L'archivage électronique de ces archives doit donc prendre en compte deux contraintes : la durée de conservation du document et les règles de communication du document archivé, surtout depuis que le régime de communicabilité des archives publiques a été modifié par la loi du 15 juillet 2008.

Habituellement, on distingue trois étapes d'utilisation des archives publiques¹³³ :

- Les archives courantes qui sont « les documents qui sont d'utilisation habituelle pour l'activité des services, établissements et organismes qui les ont produits ou reçus » ;
- Les archives intermédiaires qui sont « *les documents qui : a) ont cessé d'être considérés comme archives courantes ; b) ne peuvent encore, en raison de leur intérêt administratif, faire l'objet de sélection et d'élimination* » conformément à l'article 16 du décret du 3 décembre 1979 modifié ;
- Les archives définitives qui sont les « *documents qui ont subi les sélections et élimina-*

¹²⁸ Circulaire du 2 novembre 2001 relative à la gestion des archives dans les services et établissements publics de l'Etat, J.O n° 256 du 4 novembre 2001, p.17359 et s.

¹²⁹ Ce service est rattaché à la direction générale des patrimoines. L'organisation de cette direction est décrite dans l'arrêté du 17 novembre 2009 relatif aux missions et à l'organisation de la direction générale des patrimoines, J.O. du 5 décembre 2009.

¹³⁰ V. sur le site de la Direction des Archives de France la rubrique « Archives électroniques » disponible à l'adresse suivante : <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/gerer/textes/>.

¹³¹ V. l'article L. 211-2 du Code du patrimoine.

¹³² Il est à noter toutefois qu'un document qui n'aurait pas de valeur juridique dès son établissement n'en aura pas non plus du fait d'un archivage électronique sécurisé.

¹³³ V. les articles 12 à 14 du décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979 modifié, J.O du 5 décembre 1979, p. 3056.



tions définis (...) aux articles 15 et 16 [du décret du 3 décembre 1979 modifié] et qui sont à conserver sans limitation de durée».

Ces périodes dépendent de la durée d'utilité administrative (D.U.A.)¹³⁴ du document conservé. La durée d'utilité administrative dépend de l'utilisation du document et de la nature du droit auquel il se rapporte. Il peut s'agir de très courtes durées ou de durées infinies.

Les délais de communication prévus par le législateur imposent, quant à eux, que les archives restent consultables pendant une certaine période. De ce point de vue, la loi du 15 juillet 2008 a largement modifié le régime de communicabilité des archives dans un but de simplification et d'harmonisation avec la loi « CADA » du 17 juillet 1978¹³⁵. Désormais, le principe est celui de la libre communicabilité des archives au public¹³⁶, sauf exceptions qui sont prévues à l'article L. 213-2 du même Code. Ce dernier impose des délais spéciaux, globalement plus courts qu'auparavant¹³⁷, pour les documents non immédiatement communicables.

L'affirmation du principe de libre communicabilité des archives et l'abrégement des délais de communicabilité (qui restent toutefois relativement longs) ont des conséquences majeures sur la mise en place d'un système d'archivage électronique. En effet, le service d'archives devra mettre en place un système de gestion des archives (gestion électronique de documents) permettant de retrouver de manière rapide et efficace tous les documents faisant l'objet d'une demande de consultation ou de communication. De plus, compte tenu des délais de conservation, l'archivage électronique devra prendre en compte ces contraintes de temps, ce qui implique que le procédé d'archivage soit capable d'évoluer à moyen ou à long terme.

Qui plus est, avec le développement de l'administration électronique, les personnes publiques seront de plus en plus confrontées au besoin d'archiver des documents créés sous forme électronique et qui seront alors des « originaux électroniques ». Pour ce faire, elles devront mettre en place un système d'archivage fiable et sécurisé. Jusqu'ici, l'externalisation de l'archivage des documents des collectivités était proscrit, mais la loi du 15 juillet 2008 offre désormais la possibilité pour les collectivités locales de recourir à des tiers archiveurs privés dans certaines conditions.

Ces conditions sont celles posées au nouvel article L. 212-4 II du Code du patrimoine et surtout celles décrites dans le décret du 3 décembre 1979 modifié par le décret n°2009-1124 du 17 septembre 2009 :

- Le recours à un tiers archiveur n'est possible que pour les archives courantes ou intermédiaires, ce qui exclut les archives définitives. De même, lorsqu'un texte prévoit expressément que les archives publiques doivent être obligatoirement versées dans un service public d'archives, il sera impossible de passer par un tiers.

- **Le tiers archiveur devra au préalable être agréé par l'administration des archives.**

Les conditions d'attribution et de retrait de cet agrément sont détaillées dans les articles 20-5 à 20-13 du décret du 3 décembre 1979 modifié. L'article 20-9 dudit décret définit plus spécifiquement les éléments que le prestataire doit fournir pour pouvoir conserver des archives sur support électronique ; étant noté que dans ce cas l'agrément n'est accordé que pour une durée de trois ans contrairement à la durée d'agrément pour une conservation sur support papier. Par ailleurs, un arrêté du 4

¹³⁴ Cette durée correspond au délai minimal pendant lequel les documents doivent être conservés dans les locaux des établissements ou services producteurs en tant qu'archives courantes ou intermédiaires. Ces dernières peuvent être prises en charge par les services publics d'archives.

¹³⁵ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, J.O. du 18 juillet 1978, p. 2851 et s.

¹³⁶ Nouvel article L. 213-1 du Code du patrimoine.

¹³⁷ Ils varient désormais de 25 à 120 ans.

décembre 2009¹³⁸ précise les normes auxquelles les prestataires d'archivage électronique devront se référer dans le cadre de l'exercice de leur activité : il s'agit de la norme NF Z 42-013 de mars 2009 et de la « *norme ISO 14721 : 2003/CCSDS, juin 2005, qui constitue un modèle de référence pour un système ouvert d'archivage (OAIS)* ».

• La collectivité devra procéder à une déclaration auprès de l'administration des archives et surtout devra **conclure avec la société privée un contrat de dépôt dont les clauses minimales sont imposées par l'article L. 212-4 II du Code du patrimoine** (conditions de sécurité et de conservation des documents déposés, modalités de leur communication et de leur accès, du contrôle de ces documents par l'administration des archives et de leur restitution au déposant à l'issue du contrat). Le décret du 3 décembre 1979 modifié précise également que ce contrat est nécessairement conclu par écrit, qu'il est soumis au contrôle de la personne chargée du contrôle scientifique et technique de l'Etat sur les archives qui doit formuler ses observations dans le mois de la transmission du projet de contrat et qu'il ne peut contenir de clause prévoyant un droit de rétention des archives déposées. Par ailleurs, l'article 20-4 du décret détaille les clauses minimales devant figurer dans le contrat et qui sont les suivantes :

- «
- 1° *La nature et le support des archives déposées ;*
 - 2° *La description des prestations réalisées : contenu des services et résultats attendus ;*
 - 3° *La description des moyens mis en œuvre par le dépositaire pour la fourniture des services ;*
 - 4° *Les dispositifs de communication matérielle et d'accès aux archives par le déposant ;*
 - 5° *Si le dépositaire procède à des modifications ou à des évolutions techniques, ses obligations à l'égard du déposant ;*
 - 6° *Une information sur les garanties permettant de couvrir toute défaillance du dépositaire ;*
 - 7° *Les dispositifs de restitution des archives déposées à la fin du contrat de dépôt, assortis d'un engagement de destruction intégrale des copies que le dépositaire aurait pu effectuer pendant la durée du contrat ;*
 - 8° *Une information sur les conditions de recours à des prestataires externes ainsi que les engagements du dépositaire pour que ce recours assure un niveau équivalent de garantie au regard des obligations pesant sur l'activité de conservation ;*
 - 9° *Les polices d'assurance que le dépositaire souscrit pour couvrir les dommages et pertes que pourraient subir les archives déposées le contrat prévoit que celles-ci excluent expressément les archives déposées du champ d'application de la clause de délaissement ;*
 - 10° *La durée du contrat et les conditions d'un éventuel renouvellement. »*

L'adoption du décret d'application de la loi du 15 juillet 2008 publié en 2009 était très attendue et permet de donner tout son sens à l'externalisation de la gestion des archives publiques. Qui plus est, il permet de mettre fin à certains conflits possibles avec d'autres textes réglementaires allant dans le sens contraire à la loi du 15 juillet 2008 puisqu'il est prévu dans son article 22 que « *Toutes dispositions contraires au présent décret sont abrogées et notamment le décret du 21 juillet 1936 réglementant les versements dans les dépôts et archives de l'Etat des papiers des ministères et des administrations qui en dépendent.* ».

En tout état de cause, que la collectivité décide de recourir ou non à un tiers archiveur, pour être considéré comme sécurisé¹³⁹, le système d'archivage devra garantir l'intégrité, l'intelligibilité, la durabilité et l'accessibilité du document archivé. Toutes les archives et les opérations y afférentes

138 Arrêté du 4 décembre 2009 précisant les normes relatives aux prestations en archivage et gestion externalisée, J.O. du 12 décembre 2009.

139 V. à titre informatif l'étude publiée par la Direction Centrale de la Sécurité des Systèmes d'Information (DCSSI qui est devenue l'ANSSI) relative à l'archivage électronique sécurisé dans la sphère publique (http://www.ssi.gouv.fr/site_article48.html). Celle-ci traite de la problématique de l'archivage électronique à des fins juridiques dans la sphère publique. Ont participé à cette étude et à la rédaction de la politique d'archivage type pour la sphère publique : le bureau conseil de la DCSSI, la DGME et la DAF. Cette étude a été réalisée sur la base de travaux du Cabinet d'avocats Caprioli & Associés, de la société Oppida et de JMR Consultants.



devront nécessairement être tracées et la disponibilité du service ainsi que l'interopérabilité entre les différents systèmes d'archivage (collectivités, archives de France, ...) devront être assurées. Enfin, la mise en place d'un archivage électronique sécurisé doit reposer sur l'adoption d'un certain nombre de documents importants (politique d'archivage, déclaration des pratiques d'archivage, cahier des charges, grilles d'audit). De plus, les recommandations de la Direction générale des patrimoines dans ce domaine seront également à prendre en compte. Un standard d'échange conforme aux normes internationales, applicable également dans les entreprises, a été élaboré par l'ancienne Direction des Archives de France avec la Direction générale de la Modernisation de l'Etat du Minfe et a fait l'objet très récemment d'une évolution, cette nouvelle version 0.2 étant désormais disponible à l'adresse : <http://www.references.modernisation.gouv.fr/presentation>.

E . La Carte Nationale d'Identité Electronique

La carte Nationale d'identité est un document portatif individuel délivré par l'Etat, permettant d'établir et de vérifier l'identité de son porteur, voire de le contrôler. Les enjeux sociaux, culturels et juridiques du passage à l'électronique sont très importants¹⁴⁰. C'est dans cette optique que les programmes INES (Identité Nationale Electronique Sécurisée) ont été lancés par le Ministère de l'Intérieur. Ce programme devait consister à :

- Fusionner les procédures de demande de carte d'identité et de passeport (le passeport électronique est aujourd'hui disponible pour un grand nombre de citoyens) ;
- Améliorer la gestion des titres dans de nouvelles applications ;
- Délivrer des titres conformes aux exigences internationales ;
- Offrir des moyens d'identification et de signature électronique aux citoyens.

La Carte Nationale d'Identité Electronique (CNIE) devait voir le jour en 2006. Elle devait comprendre les principales données relatives à l'état civil de son titulaire (nom, prénom, sexe, date et lieu de naissance), la mention de sa nationalité, son adresse, la date de délivrance et de caducité de la carte, le numéro d'identification du document, le code de la commune qui l'a délivré, la signature numérisée du titulaire ainsi qu'également des informations imprimées sur la carte, en particulier la photo et deux empreintes digitales.

La CNIE avait notamment pour objectifs de :

- Mieux garantir l'identité contre les risques d'usurpation ou de détournement ;
- Lutter contre le terrorisme ;
- Autoriser l'authentification du porteur en vue de l'utilisation de téléservices dans les relations avec les administrations et la signature électronique pour les services commerciaux sur l'internet ;
- Simplifier les demandes de documents d'identité électronique (un seul dossier pour la CNIE et le passeport) et leur renouvellement.

Après une large concertation sur le sujet (action du Forum des droits sur l'internet) le projet a été provisoirement suspendu. Mais étant donné que le déploiement du passeport électronique est en bonne voie, la CNIE devrait être lancée et son rôle peut être décisif en terme de confiance pour le développement du commerce dématérialisé et sécurisé.

Il est essentiel que la CNIE contienne au minimum un certificat d'authentification de la personne et un certificat de signature pour les relations avec les autorités administratives. Cela permettra notamment d'utiliser l'authentification forte délivrée par l'Etat pour identifier des personnes qui souhaitent disposer d'autres certificats électroniques ou faire des opérations sur l'internet. La CNIE devait jouer le même rôle que la carte nationale d'identité actuelle, notamment dans les transactions

¹⁴⁰ V. l'Etude d'impact AFNOR, *La signature électronique et les infrastructures à clé publique dans le contexte de l'identité numérique : quels usages pour les titres sécurisés émis par l'Etat dans le monde de l'économie sécurisée*, décembre 2007, disponible sur le site www.caprioli-avocats.com.

commerciales avec paiement par chèque.

Le Plan France Numérique, dans son Action n°76 du 20 octobre 2008 prévoit le déploiement à partir de 2009 de la Carte Nationale d'identité électronique, « sur la base d'un standard de signature électronique fortement sécurisé pour atteindre à terme un objectif de 100% de citoyens titulaires d'une CNIE »¹⁴¹.

F. Le Label IdéNum

Le Secrétariat d'état à l'Economie Numérique a décidé de mettre en œuvre avec une vingtaine de partenaires parmi lesquels la FNTC, la CDC, Keynectis ou encore le Cabinet Caprioli & Associés, une solution alternative à la CNIE : **le label IDéNum**¹⁴².

L'objectif de ce label est de fédérer les outils d'authentification émis par différents acteurs, en garantissant un niveau homogène de sécurité et d'interopérabilité. Il s'appuiera techniquement sur le RGS et sur le référencement visés par l'ordonnance du 8 décembre 2005 concernant notamment les téléservices. Ce texte prévoit que les produits référencés seront automatiquement acceptés par toutes les administrations qui disposent de services électroniques. Il s'agit également de permettre aux services privés qui le souhaitent d'accepter les produits référencés.

Un outil labellisé pourra ainsi donner accès à tous les services publics en ligne ou privés d'un niveau de sécurité déterminé, ce qui a pour vocation de créer un marché unifié et de simplifier les démarches au quotidien des administrés et des citoyens. Qui plus est, le label permettra au public de bénéficier de produits d'identification et de signature électronique de qualité garantie et d'identifier facilement les services en ligne qui acceptent ces produits.

141 Le plan de 80 pages est disponible à l'adresse : <http://francenumerique2012.fr>.

142 V. la présentation de lancement du Label IDéNum en date du 1er février 2010 par le Secrétariat d'Etat à l'Economie Numérique : http://www.telecom.gouv.fr/fonds_documentaire/internet/presidenum.pdf



A PROPOS DE LA LA FÉDÉRATION NATIONALE DES TIERS DE CONFIANCE

La FNTC est aujourd'hui reconnue comme un acteur essentiel de la sécurisation des échanges électroniques et de la conservation des informations, maillons essentiels à la maîtrise de l'ensemble de la vie du document électronique.

Elle regroupe aujourd'hui les principaux professionnels de la dématérialisation répartis en 4 collèges en fonction de leur activité professionnelle, tous concernés directement ou indirectement par la sécurisation des échanges électroniques et la conservation des informations. Elle réunit les opérateurs et prestataires de services de confiance (acteurs de l'archivage électronique, de la certification, de l'horodatage et des échanges dématérialisés ; les éditeurs et intégrateurs de solutions de confiance ; les experts et les représentants des utilisateurs ainsi que les institutionnels et les professions réglementées). Elle a pour but d'établir la confiance, de promouvoir la sécurité et la qualité des services dans le monde de l'économie numérique, d'offrir une garantie aux utilisateurs et de défendre les droits et intérêts liés à la profession des Tiers de Confiance.

LES ADHÉRENTS FNTC*:

Accelya ; ACOSS ; ADAP ; AFDCP ; Alma Conseils et Services ; Almerys ; APECA ; APROGED ; Argus DMS ; Aspheria ; Atos Worldline ; Bruno Couderc Conseil ; Cabinet Caprioli & Associés ; Security.com ; Celtipharm ; CertEurope ; ChamberSign ; Chambre Nationale des Huissiers de Justice ; CodaSystem ; Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes ; Conseil National des Greffiers de tribunaux de commerce ; Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts Comptables ; DARVA ; Darwin Consulting & Finance ; Data Syscom ; Demaeter ; Digimedia Interactivité ; Docu-base Systems ; Document Channel ; Ecosix ; Edificas ; Edokial ; ESI ; Esker ; Esopica ; Everial ; Explain ; Extelia ; Forum Atena ; G.L.I. Services ; Gdoc Lasercom ; Hervé Schauer Consultants ; Imprimerie Nationale ; Info Service Europe ; Interb@t ; Isilis ; Greffe du TC de Bobigny ; jedeclare.com ; Khan & Associés ; Keynectis ; Lex Persona ; Locarchives ; Maileva ; Micrographie Services ; Microlist ; MIPIH ; Neufilize OBC ; NPAI ; OFSAD ; Omnikles ; OPUS Conseils ; Orsid ; PF Numérique ; Pitney Bowes Asterion ; Scala ; Société Générale d'Archives ; Sogelink/DICT.fr ; SR Développement ; Stocomest ; Syrtals ; TrustMission ; Voxaly Electionneur.

**Liste arrêtée au 1^{er} mars 2010*

Fédération Nationale des Tiers de Confiance
19, rue Cognacq-Jay
75007 – Paris
Tel. 01 47 50 00 50
info@fntc.org - www.fntc.org

