



PRISE DE POSITION DU CCBE SUR LA PROPOSITION DE RÈGLEMENT SUR L'IDENTIFICATION ÉLECTRONIQUE ET LES SERVICES DE CONFIANCE (COM(2012) 238/2)

Prise de position du CCBE sur la proposition de règlement sur l'identification électronique et les services de confiance (COM(2012) 238/2)

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 31 pays membres et 11 pays associés et observateurs, soit environ un million d'avocats européens.

Le CCBE cherche à contribuer au développement d'un environnement électronique sûr et pratique pour les professionnels du droit de toute l'Europe : c'est pourquoi il a publié un certain nombre de recommandations et de lignes directrices à ses membres¹. Dans sa réponse à la consultation publique lancée par la Commission européenne sur l'identification, l'authentification et les signatures électroniques en mai 2011, le CCBE a exprimé son soutien envers la proposition de la Commission européenne afin de revoir la directive sur les signatures électroniques, compte tenu de l'effet positif possible sur le développement de systèmes de justice électronique efficaces et donc sur l'amélioration de l'accès à la justice en Europe. Les signatures numériques et d'autres formes d'identification et d'authentification électroniques permettent souvent aux avocats de réaliser, de manière plus ou moins importante dans un certain nombre d'États membres, tout un éventail d'opérations, tel que de classer, de déposer des documents auprès des tribunaux et des administrations publiques ou de mener des procédures et des transactions transfrontalières. D'autres applications sont également possibles grâce à ces technologies, par exemple dans le domaine de l'aide juridique ou des transactions liées aux honoraires et à la TVA.

Le CCBE salue donc la publication de la proposition de règlement sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur² (ci-après « le règlement ») et approuve de manière générale les objectifs qui y sont énoncés. Le CCBE estime toutefois qu'il est nécessaire de réviser certaines dispositions de la proposition actuelle et veut donc apporter certaines recommandations, dont certains amendements concrets.

1. Aperçu des préoccupations

Le CCBE constate que le paragraphe 2 de l'article 20 accorde à une signature électronique qualifiée le même effet juridique qu'à une signature manuscrite. La conséquence logique de cette disposition est que l'effet d'une signature électronique qualifiée varierait entre les États membres en fonction de l'effet juridique des signatures manuscrites en vertu de la législation de l'État membre concerné. Le CCBE estime qu'il s'agit d'une disposition équilibrée et juste en ce qu'elle respecte le principe de subsidiarité sans chercher à modifier le droit matériel des États membres ou l'effet des signatures manuscrites ou à innover en instaurant un type nouveau de signature électronique à effet différent de celui des signatures électroniques dans l'ordre juridique national.

Le CCBE remarque toutefois que, premièrement, la section 4 instaure un nouveau concept de cachet électronique et prévoit, au paragraphe 2 de l'article 28, qu'un cachet électronique bénéficie d'une « présomption légale quant à la garantie de l'origine et de l'intégrité des données auxquelles il est lié » et, deuxièmement, au paragraphe 2 de l'article 34, accorde une présomption légale semblable à un document portant une signature électronique qualifiée ou un cachet électronique qualifié. Le CCBE nourrit des réserves considérables quant à l'adoption d'une telle approche, qui crée dans les États membres une rupture de l'effet juridique des signatures et des cachets électroniques qualifiés par rapport aux effets juridiques des signatures manuscrites et des cachets apposés physiquement aux documents. Cette approche pourrait voir les signatures et les cachets électroniques qualifiés bénéficier d'un statut plus élevé que celui accordé par l'ordre juridique national aux signatures manuscrites et aux cachets physiques. Elle pourrait également provoquer d'autres anomalies dans

¹ Entre autres les [Lignes directrices sur les projets de signatures électroniques et sur l'usage des signatures électroniques pour les avocats](#) de février 2007 et les [Recommandations sur les cartes d'identité électroniques pour la profession d'avocat](#) de février 2007.

² [Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur](#) (COM(2012) 238/2).

certaines États membres. Dans certains États par exemple, l'apposition d'un cachet physique est insuffisante à certaines fins, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une signature manuscrite comme celle d'un directeur ou d'un autre responsable de la société dont le cachet est apposé. Le paragraphe 2 de l'article 28 et le paragraphe 2 de l'article 34 rendraient effectif, dans ces États membres, un document électronique au cachet électronique qualifié (mais sans signature électronique qualifiée), alors qu'en vertu du droit national, un document disposant d'un cachet physique mais d'aucune signature manuscrite lorsqu'elle est également nécessaire serait inefficace.

Le CCBE s'inquiète de ces innovations, qui constitueraient autant d'ingérences injustifiées dans le droit matériel des États membres et des violations du principe de subsidiarité.

C'est en raison de cette préoccupation essentielle que le CCBE formule les recommandations suivantes :

2. Cachets électroniques : section 4 du chapitre III (articles 28 à 31)

La section 4 (articles 28 à 31) instaure un nouveau concept de cachets électroniques en tant que service de confiance afin d'assurer l'acceptation à l'échelle de l'Union des versions électroniques des cachets physiques des personnes morales (sans recours obligatoire à la signature d'une personne physique en vertu du considérant 42).

Dans l'analyse d'impact du règlement³, il a été indiqué que les raisons de l'inclusion d'une disposition sur les cachets électroniques étaient les suivantes :

(a) par rapport aux signatures électroniques, les cachets électroniques « ont une signification juridique différente car *ils peuvent être apposés sans le consentement direct d'une personne physique, ce qui rend possible le cachetage automatique* », (b) les cachets électroniques peuvent être considérés « *comme l'équivalent électronique des timbres ou des cachets sur les documents en papier, qui sont liés davantage à une entité juridique qu'à une personne physique* » et (c) « *une société pourrait imprimer des millions de factures authentiques qui correspondent aux exigences de l'UE ; sans cachets électroniques, un responsable de la société devrait signer toutes les factures une à une pour atteindre le même degré de sécurité juridique* ».

Bien que nous soyons conscients des problèmes associés aux différences entre les diverses manières dont les juridictions nationales traitent des cachets et de leurs effets juridiques à la fois dans les domaines du droit privé et du droit public, le CCBE estime que l'approche correcte pour ce faire n'est pas de (a) réduire l'applicabilité des signatures électroniques aux personnes physiques uniquement (contrairement à la définition actuelle du paragraphe 3 de l'article 2 de la directive 1999/93/CE) ni (b) de dupliquer la plupart des dispositions relatives aux signatures électroniques dans les dispositions relatives aux cachets électroniques comme au chapitre III.

Le CCBE estime que l'approche actuelle, qui sépare artificiellement les signatures électroniques selon que les signataires sont des personnes physiques ou morales, pose davantage de problèmes qu'elle n'en résout et que tous les problèmes nationaux que le CCBE a identifiés concernant les cachets électroniques pourraient être résolus plus efficacement à l'échelle nationale. En vertu de la directive 1999/93/CE, il était possible que les États membres comprennent qu'un signataire puisse être une personne physique ou morale. Si le règlement est adopté selon l'approche actuelle, des aspects fondamentaux du droit national en matière de représentation et de responsabilité se verront affectés (comment une personne morale agit-elle, avec quelle responsabilité ?) et de manière négative : leur signification s'en trouvera involontairement modifiée. Le CCBE ne peut identifier, que ce soit dans l'analyse d'impact ou dans l'exposé des motifs, aucune exigence juridique qui puisse justifier une telle distinction (telle que proposée actuellement) entre les personnes physiques qui peuvent et les personnes morales qui ne peuvent pas apposer de signature électronique. Le CCBE voit donc un risque que le seul motif apparemment impérieux à l'origine de ce concept soit de faire figurer dans la législation un terme technique déjà employé dans les pratiques du marché. Suivre ce type d'approche visant à réglementer dans le seul but d'introduire des termes techniques dans l'ordre juridique

³ [Commission Staff Working Paper Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market \(COM\(2012\) 238 final\) \(SWD\(2012\) 136 final\).](#)

européen pose des problèmes dans le système juridique, aussi bien dans l'intégration du règlement dans les législations nationales que dans sa mise en œuvre à long terme.

Si un pays rencontre un problème dans la création de millions de factures authentiques de la part d'organismes privés ou par exemple de millions de certificats fiscaux électroniques de la part des organismes publics sans signature par une personne physique des factures ou des certificats un par un (en saisissant des codes PIN, etc.), il doit régler ce problème à l'échelle nationale, par exemple en abolissant l'exigence réglementaire d'un dispositif sécurisé de création de signature (aucun des cas n'exigeant de signatures qualifiées en vertu du droit communautaire).

La recommandation du CCBE est donc que le concept de cachets électroniques ne figure pas du tout dans le règlement, que la section 4 soit supprimée et que les modifications nécessaires qui en découlent soient apportées au reste du règlement. Le règlement devrait notamment définir « signataire » de manière à ne pas empêcher les États membres, s'ils le souhaitent, d'autoriser les personnes morales à signer des documents spécifiques sans faire connaître publiquement les personnes physiques qui ont signé au nom de ces personnes morales (tant que cela se fait dans le respect du droit national). À ces fins, la définition actuelle du paragraphe 3 de l'article 2 de la directive 1999/93/CE devrait suffire.

Au cas où, contrairement à cette recommandation, il est décidé de poursuivre l'instauration de cachets électroniques, le CCBE estime qu'il est primordial que le libellé du règlement soit modifié de manière à répondre aux préoccupations exprimées ci-dessus au sujet de la subsidiarité. Comme indiqué précédemment, l'article 28 (2) constitue une ingérence profonde dans les législations nationales en imposant un nouvel effet juridique qui peut ne pas exister dans les systèmes juridiques nationaux. Le CCBE ne voit pas de motif d'instaurer une telle différence entre les cachets électroniques et les signatures électroniques. Par conséquent, les effets juridiques des cachets électroniques qualifiés devraient reposer sur les effets juridiques des cachets non électroniques (qu'il est possible d'appeler « cachets physiques » ou « cachets sur papier ») dont chaque juridiction peut disposer. En outre, une telle approche serait cohérente vis-à-vis de l'article 20, qui prévoit que « l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée [soit] équivalent à celui d'une signature manuscrite », quel que soit l'effet juridique en question d'une signature manuscrite dans un État membre donné. Si le concept de cachets électroniques ne peut pas être exclu du règlement, le CCBE propose alors que les paragraphes 2 et 3 de l'article 28 soient modifiés de la manière suivante :

<i>Texte proposé par la Commission</i>	<i>Amendements proposés par le CCBE</i>
<p><i>Article 28</i></p> <p>1. L'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne peuvent être refusées à un cachet électronique au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique.</p> <p>2. Un cachet électronique qualifié bénéficie d'une présomption légale quant à la garantie de l'origine et de l'intégrité des données auxquelles il est lié.</p> <p>3. Un cachet électronique qualifié est reconnu et accepté dans tous les États membres.</p> <p>[...]</p>	<p><i>Article 28</i></p> <p>1. L'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne peuvent être refusées à un cachet électronique au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique.</p> <p>2. Un cachet électronique qualifié bénéficie d'une présomption légale quant à la garantie de l'origine et de l'intégrité des données auxquelles il est lié du même effet qu'un cachet apposé physiquement dans la mesure où cet effet est défini par la législation nationale de chaque État membre.</p> <p>3. Un cachet électronique qualifié est reconnu et accepté dans tous les États membres Les paragraphes 3 à 7 et les articles 21 à 27 de l'article 20 s'appliquent mutatis mutandis aux cachets électroniques.</p> <p>[...]</p>

En conséquence, la définition de « cachet électronique » en vertu du paragraphe 20 de l'article 3 devrait être supprimée.

<i>Texte proposé par la Commission</i>	<i>Amendements proposés par le CCBE</i>
<p><i>Article 3</i></p> <p>[...]</p> <p>(20) «cachet électronique», des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données électroniques pour garantir l'origine et l'intégrité des données associées;</p>	<p><i>Article 3</i></p> <p>[...]</p> <p>À supprimer</p>

Le considérant 47 devrait également être supprimé. La raison en est que la différence entre les effets juridiques d'une signature électronique et d'un cachet électronique ne devrait pas aller au-delà de la formulation recommandée de l'article 28(2).

<i>Texte proposé par la Commission</i>	<i>Amendements proposés par le CCBE</i>
<p><i>Préambule – considérant 47</i></p> <p>Les cachets électroniques peuvent servir à authentifier, outre un document délivré par une personne morale, tout bien numérique de ladite personne, par exemple un code logiciel ou un serveur.</p>	<p><i>Préambule – considérant 47</i></p> <p>À supprimer</p>

3. Documents électroniques (article 34)

L'article 34 concerne les effets juridiques et les conditions d'acceptation des documents électroniques : le paragraphe 1 prévoit une équivalence des documents électroniques vis-à-vis des documents papier, et le paragraphe 2 prévoit un certain nombre de dispositions concernant les documents électroniques portant des signatures électroniques qualifiées et des cachets électroniques qualifiés.

Les préoccupations du CCBE concernant le paragraphe 2 sont les mêmes que celles que le CCBE a exprimées au sujet de la réglementation des cachets électroniques : la proposition constitue une ingérence dans les législations nationales en imposant un nouvel effet juridique qui peut ne pas exister dans les systèmes juridiques nationaux et elle exacerbe les problèmes ainsi créés en instaurant une autre condition jusqu'alors non utilisée, à savoir l'exclusion de tout document aux « *caractéristiques dynamiques susceptibles de le modifier automatiquement* ».

Le règlement ne pourra pas avoir l'effet juridique escompté s'il renvoie à une présomption légale « *d'authenticité* » et « *d'intégrité* », c'est-à-dire à une présomption légale dont le contenu exact est douteux en raison de l'absence d'une quelconque signification ou histoire au sein des législations nationales. Le CCBE propose de reformuler le paragraphe 2 de manière à renvoyer directement aux effets juridiques d'un document papier à signature manuscrite ou à cachet physique, quel qu'en soit l'effet juridique dans un État membre donné.

Le CCBE estime que, concernant la deuxième partie du paragraphe 2 (« *caractéristiques dynamiques susceptibles de le modifier automatiquement* »), le règlement ne devrait pas préciser ce type de

détails et devrait abandonner cette disposition. Le règlement semble soit (a) chercher à expliquer d'une manière ou d'une autre ce qu'est « l'intégrité », mais en ne faisant que présenter de nouveaux termes plus vagues, soit (b) chercher à restreindre la définition autrement très globale de « document électronique ».

Ces deux approches comportent chacune certains risques. Ni le terme « document », ni le terme « intégrité » d'un document ne sont généralement définis dans les législations nationales en matière de documents écrits : ainsi, pour obtenir la définition opérationnelle d'un document électronique ou de son intégrité, il serait également nécessaire d'instaurer l'équivalent de ces concepts pour le papier dans les législations nationales avant de s'appuyer sur ces concepts nationaux. L'exclusion actuelle de la présomption d'intégrité repose sur le respect des conditions d'un document aux caractéristiques dynamiques susceptibles de le modifier automatiquement alors que, du point de vue de l'intégrité, la présomption devrait se trouver annulée ne serait-ce que par la possibilité manuelle (non automatique) de modifier un document ou par tout changement automatique ne reposant pas sur une caractéristique dynamique. Nous proposons donc la formulation ci-dessous aux paragraphes 1 et 2 de l'article 34.

Enfin, un paragraphe distinct devrait être ajouté à l'article 34 afin de clarifier le fait que les législations nationales qui comportent des présomptions légales allant au-delà de celles de l'article 34 (telle que la section 371a du code civil allemand) ne sont pas affectées.

<i>Texte proposé par la Commission</i>	<i>Amendements proposés par le CCBE</i>
<p><i>Article 34</i></p> <p>1. Un document électronique est considéré comme équivalent à un document imprimé et recevable comme preuve en justice, compte tenu du niveau de garantie de son authenticité et de son intégrité.</p> <p>2. Un document portant une signature électronique qualifiée ou un cachet électronique qualifié de la personne compétente pour délivrer le document pertinent bénéficie d'une présomption légale quant à son authenticité et à son intégrité à condition que le document ne contienne pas de caractéristiques dynamiques susceptibles de le modifier automatiquement.</p> <p>[...]</p>	<p><i>Article 34</i></p> <p>1. Un document électronique est considéré comme équivalent à un document imprimé et recevable comme preuve en justice, compte tenu du niveau de garantie de son authenticité et de son intégrité <i>L'effet juridique et la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que celui-ci est au format électronique.</i></p> <p>2. Un document portant une signature électronique qualifiée ou un cachet électronique qualifié de la personne compétente pour délivrer le document pertinent bénéficie d'une présomption légale quant à son authenticité et à son intégrité à condition que le document ne contienne pas de caractéristiques dynamiques susceptibles de le modifier automatiquement <i>du même effet juridique qu'un document sur papier comportant une signature manuscrite ou un cachet apposé.</i></p> <p>[...]</p> <p><i>5. (nouveau) Les paragraphes 1 à 4 n'affectent pas le droit des États membres à inscrire dans leur législation nationale d'autres présomptions légales concernant les documents électroniques.</i></p>

4. Confusion possible concernant la définition des prestataires de services de confiance

Le CCBE remarque l'utilisation, dans le texte anglais du document de la Commission, des expressions *trust services* et *trust service providers*. Le CCBE s'inquiète des confusions et des difficultés à venir en raison de cette terminologie utilisée depuis longtemps dans le secteur de la confiance, qui est une part importante des services juridiques dans certaines juridictions du CCBE. Cette terminologie a par exemple été utilisée dans le contexte des services juridiques dans d'autres instruments législatifs communautaires, notamment la 3^e directive anti-blanchiment⁴ et est largement répandue aussi bien dans la législation anti-blanchiment des États membres que plus largement dans les législations nationales au niveau international. Le fait d'avoir deux groupes distincts de prestataires de services de confiance soumis à différents régimes de réglementation crée un risque évident de confusion et d'inefficacité. Nous tenons à indiquer, dans le contexte de la proposition COM(2012) 238, que l'équivalent américain largement répandu est *trusted provider*. Il s'agit d'un équivalent plus proche du terme utilisé dans la version française, « service de confiance », qui évite toute confusion inutile à l'avenir.

5. Conclusion

En tant qu'organisme représentant environ un million d'avocats européens qui utilisent ou sont du moins des utilisateurs potentiels des identifications électroniques et des services de confiance aussi bien en tant que citoyens qu'en tant qu'acteurs de leur système judiciaire, le CCBE soutient le règlement ainsi que la plupart de ses dispositions. Il convient toutefois de souligner que tout effet juridique que le règlement souhaiterait prévoir devrait reposer sur des conditions qui existent dans la plupart des juridictions des États membres, sans quoi les dispositions pourraient provoquer une incertitude et affecter négativement le marché déjà fragmenté de l'identification électronique et des services de confiance et mettre en péril la réalisation de l'objectif principal du règlement. Le CCBE estime en outre que le règlement devrait respecter le principe de subsidiarité.

C'est pourquoi le CCBE recommande premièrement d'abandonner la section du règlement qui propose l'instauration des cachets électronique et, deuxièmement, de modifier les dispositions concernant les effets juridiques des documents électroniques (et des cachets électroniques si cette proposition est poursuivie malgré notre première recommandation) afin de garantir à la fois la cohérence intrinsèque du règlement entre ces dispositions et celles concernant l'effet juridique des signatures électroniques et le respect du principe de subsidiarité.

⁴ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.